

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Anarquismo Judicial e  
Segurança Jurídica**  
Judicial Anarchism and Legal  
Certainty

Ivo Teixeira Gico Jr.

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Rocha e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
<b>O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>116</b>
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
<b>A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....</b>	<b>135</b>
Thiago Aguiar Pádua	
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>170</b>
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvio Dagoberto Orsatto

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310**

Urá Lobato Martins

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

<b>A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....</b>	<b>362</b>
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	<b>375</b>
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
<b>TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>392</b>
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
<b>O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>410</b>
André Pires Gontijo	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....</b>	<b>425</b>
Giovana Maria Frisso	
<b>GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>438</b>
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ....</b>	<b>440</b>
Luís Inácio Lucena Adams	
<b>A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>452</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
<b>ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>480</b>
Ivo Teixeira Gico Jr.	
<b>A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....</b>	<b>501</b>
Aléssia de Barros Chevitarese	
<b>PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>519</b>
Leonardo Zehuri Tovar	
<b>POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....</b>	<b>538</b>
Saul Tourinho Leal	

<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS .....</b>	<b>553</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES .....</b>	<b>588</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
<b>A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....</b>	<b>606</b>
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
<b>O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>622</b>
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>637</b>
Envio dos trabalhos.....	639

## Judicial Anarchism and Legal Certainty

Ivo Teixeira Gico Jr.\*\*

### RESUMO

A partir de uma interpretação da segurança jurídica como uma forma de capital, o capital jurídico, explora-se as consequências sociais da ausência de mecanismos de coordenação entre magistrados para a formação e manutenção de jurisprudência, em especial, o anarquismo judicial. Utilizando-se um modelo agente-principal, demonstra-se que os magistrados brasileiros não possuem incentivos e mecanismos suficientes para investir em capital jurídico e uniformizar regras jurídicas. A insegurança jurídica resultante gera incentivos para a sobreutilização dos tribunais, resultando no problema endêmico de congestionamento.

**Palavras-chave:** Judiciário. Anarquismo Judicial. Segurança jurídica. Agente-Principal.

### ABSTRACT

By interpreting legal certainty as a form of capital, the legal capital, the social consequences of the absence of coordination mechanisms between judges to create and maintain the law is analyzed, specially the resulting judicial anarchism. A principal-agent model indicates that Brazilian judges do not have enough incentives and mechanisms to invest in legal capital and to unify legal rules. The resulting legal uncertainty generates incentives for the overexploitation of courts, hence, the endemic problem of court congestion.

**Keywords:** Judiciary. Judicial Anarchism. Legal Certainty. Legal Capital. Principal-Agent.

## 1. INTRODUÇÃO

O Judiciário tem uma função estruturante fundamental na construção da sociedade civil e no que se convencionou chamar Estado de Direito. Seu papel de garantidor das barganhas públicas (leis) e privadas (contratos) permite a cooperação entre grupos em uma sociedade cada vez mais plural e complexa. Em última instância, não é possível conceber uma sociedade moderna sem a existência de um Judiciário eficaz.

No exercício de garantidor último das barganhas sociais, o Judiciário aplica e cria regras jurídicas que informam aos agentes sociais como determina-

\* Artigo convidado.

\*\* Doutor em Direito pela USP. Doutor em Economia pela UnB. Mestre com Honra Máxima (James Kent Scholar) pela Columbia Law School. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado. E-mail: gico@ghdadvogados.com.br

das questões serão resolvidas, caso surjam conflitos e os tribunais venham a ser invocados para resolvê-los. Esse conjunto de regras pode ser interpretado com uma espécie de capital, que denominaremos o **capital jurídico**<sup>1</sup>. O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento.

Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes sociais podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos **segurança jurídica**, por sua vez, permite aos agentes sociais saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento. Além disso, caso o risco de um determinado evento não tenha sido expressamente previsto em um contrato, seja por que não há contrato (e.g. em um caso de responsabilidade civil extracontratual), seja por que as partes não anteviram o evento ou preferiram não regulá-lo (lacuna contratual), a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer ao Judiciário. Assim, por exemplo, em um acidente de trânsito em que uma das partes bate na outra por trás, sabendo que o Judiciário vai presumir sua culpa, há uma maior probabilidade de o condutor que bateu concordar espontaneamente em indenizar o condutor do veículo da frente. Essa cooperação espontânea (autocomposição) alcança o mesmo resultado que seria alcançado por um julgamento (heterocomposição) sem incorrer nos custos de adjudicação, logo, é mais eficiente.

O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, ergo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamento oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes. Assim, quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, mais segurança sobre o resultado provável de conflitos e, portanto, mais preparados estarão seus integrantes para elaborar planejamentos de longo prazo e para cooperar. O acúmulo ótimo de capital jurídico é, portanto, uma condição necessária para o desenvolvimento social.

No entanto, a escolha social de quanto investir na produção de capital jurídico depende das escolhas descoordenadas de dois grupos: os litigantes e os magistrados. Para fins do presente artigo, adotaremos o pressuposto de que o desejo privado pelo bem da vida objeto do litúgio será suficiente para que os particulares invistam recursos em atividades litigiosas. Nossa atenção será voltada, portanto, para o outro lado da questão, ou seja, quais são os incentivos para que o magistrado brasileiro invista na produção e manutenção de capital jurídico e, dessa forma, gere segurança jurídica?

A resposta a essa pergunta reside na análise da estrutura de incentivos dos magistrados que compõem o próprio Judiciário. Além dessa introdução, no Item 2 discutiremos a função de produção do capital jurídico. Em seguida, no Item 3, discutimos as duas formas que a literatura especializada tem usado para modelar o comportamento judicial e, no Item 4, valorizando o conflito de interesses natural de qualquer organização, modelamos o comportamento do magistrado como um problema agente-principal. Nossas conclusões são apresentadas ao final, no Item 5.

## 2. A FUNÇÃO DE PRODUÇÃO DO CAPITAL JURÍDICO E OS MAGISTRADOS

Normalmente, o Judiciário é discutido como um único ente, uma organização compacta. Todavia, para entendermos plenamente o comportamento dessa organização precisamos compreender melhor a estrutura

1 GICO JUNIOR, Ivo T. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 444, jul./dez. 2013.

de incentivos de seus integrantes, pois é a interação entre magistrados e partes em um litígio que determina o produto social dessa organização.

Nessa linha, em linguagem juseconômica, a função de produção do capital jurídico ou simplesmente investimento  $I$  tem dois insumos básicos: (i) os investimentos privados em atividade litigiosa pelas partes litigantes no Judiciário (e.g. advogados, peritos, tempo); e (ii) os investimentos judiciais realizados pelos magistrados envolvidos no processo na produção e/ou manutenção de jurisprudência (e.g. assessores, técnicos judiciários, pesquisa legal e jurisprudencial, exposição de fundamentos).

Assim, podemos definir o investimento em capital jurídico como uma função dos recursos alocados pelas partes privadas em litígio,  $L_t^i$ , e os recursos alocados pelo magistrado no desenrolar da atividade adjudicatória, produzindo e seguindo a jurisprudência,  $M_t^i$ , ambos na  $i$ -ésima área do direito no período  $t$ :

$$I_t^i = I(L_t^i; M_t^i) \quad \text{Equação 2-1}$$

Para fins de análise da função de produção do capital jurídico, doravante  $J$ , investimento de particulares em litígio ( $L_t^i$ ) e investimento judicial em jurisprudência ( $M_t^i$ ) são bens complementares, pois o investimento em litígio só se converte em capital jurídico se o magistrado produzir e seguir a jurisprudência. Do contrário, resolve-se a controvérsia (lide), mas não são geradas ou reforçadas regras jurídicas que guiem comportamentos futuros. Por outro lado, como ao magistrado é vedado agir de ofício, isto é, sem provocação pelas partes, sem o investimento privado em litígio, não há como o magistrado produzir e seguir a jurisprudência. É o que diz a vedação ao agir de ofício do magistrado, prevista expressamente no Código de Processo Civil - CPC:

Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

[...]

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

[...]

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Assumimos que  $L_t^i$  e  $M_t^i$  são complementares perfeitos apenas para fins de produção de capital jurídico, pois, da perspectiva privada, é possível litigar e obter a prestação jurisdicional (resolução de conflito) sem que esse resultado siga ou forme jurisprudência e, da mesma forma, da perspectiva do magistrado, é possível que ele decida a lide sem seguir ou formar jurisprudência. Todavia, da perspectiva de formação de capital jurídico, um magistrado só pode agir se houver investimento privado em litígio ( $L_t^i$ ) e o litígio só resultará em formação ou manutenção de jurisprudência se o magistrado investir nisso.

Vale lembrar que as partes possuem incentivos para alocar recursos na atividade litigiosa,  $L_t^i$ , na expectativa de maximizar sua utilidade (os juristas diriam para alcançar o bem da vida), ou seja, obter o provimento de seu pedido e, assim, aumentar sua utilidade. Nesse sentido, a intenção das partes não é formar jurisprudência (bem público), mas sim ganhar a disputa (benefício privado)<sup>2</sup>. A formação de capital jurídico  $J$  é apenas um subproduto não intencional dessa atividade e, portanto, de  $L_t^i$ . Por outro lado, o que é que incentiva os magistrados a se esforçarem para formar e seguir jurisprudência?

2 É possível se pensar em litigantes de massa como entes governamentais, instituições financeiras e empresas de telecomunicações, que teriam interesse em construir jurisprudência que elimine ou mitigue litígios futuros. No entanto, para fins do presente artigo, adotamos como modelo o litigante individual.

Há quem sugira, como Landes e Posner<sup>3</sup>, que os magistrados produzirão e seguirão precedentes porque eles extraem bem-estar da imposição de suas preferências à comunidade e, para que isso seja possível em larga escala, isto é, para que os demais magistrados repliquem a decisão original, deve haver um acordo – ainda que implícito – entre os magistrados de respeito ao *stare decisis*. Obviamente essa hipótese faz sentido em um sistema consuetudinário no qual a regra jurídica normalmente não está prevista em lei, mas deriva das decisões anteriores, os precedentes.

Nessa formulação, a cultura do precedente torna-se semelhante à formação de um acordo tácito, com os mesmos problemas de formação e sustentação de um cartel, quais sejam custos de negociação, monitoramento e punição<sup>4</sup>. Por outro lado, essa cooperação seria altamente instável e propícia a comportamentos oportunistas, já que existem custos de transação associados à negociação de quem determina que precedente (segue-se o juiz ou o desembargador que primeiro decide?), ao monitoramento da obediência (como vigiar a baixos custos se os demais magistrados estão seguindo o precedente?) e, em muitos casos, a ausência de um mecanismo de punição do comportamento desviante (como se pune quem não seguiu o precedente?). Um cenário como esse parece propenso ao retorno ao equilíbrio não-cooperativo em que cada magistrado decide como quer, desconsiderando os precedentes estabelecidos por seus antecessores, semelhante ao caso brasileiro.

O Judiciário brasileiro foi estruturado de forma a ser o mais independente possível dos demais Poderes e dos interesses em jogo no caso de um litígio. Essa independência é tamanha que, não raro, os magistrados se sentem confortáveis em desprezar completamente o texto legal e criar regras jurídicas conforme suas próprias preferências. Essa desconsideração não é completa, mas também já não é um fenômeno incomum na prática forense. A desconsideração da lei pela magistratura, em alguns casos, levanta questões não apenas de harmonia entre Poderes, mas relacionadas à própria estruturação do Poder Judiciário, pois à medida que os magistrados deixam de encarar a legislação como um limite, para fins de proteção da sociedade civil e do Estado de Direito, pode ser interessante a criação de outros mecanismos sociais de controle desse agente público. A essa mudança de postura do Judiciário, aqui entendida como a aceitação sistemática da possibilidade de alteração judicial de comandos legais mediante artifícios interpretativos ou simples desconsideração do texto da lei, chamamos **ativismo judicial**.

Em um sistema romano-germânico, como o brasileiro, em que a atividade adjudicatória estava historicamente vinculada à aplicação da lei, era natural que não houvesse muitos instrumentos de uniformização jurisprudencial, pois estes não eram necessários, bastava a lei. Mas com o aumento do ativismo judicial e a diminuição do papel uniformizador da lei, os magistrados brasileiros, acostumados a considerar apenas a lei como parâmetro, passaram cada vez mais a decidir cada caso livremente, sem considerar a experiência prévia de seus pares (jurisprudência), o que significa que, na resolução de disputas, regras jurídicas não são criadas e o estoque de capital jurídico deprecia-se sem ser repostado, aumentando a insegurança jurídica.

É importante frisar que é a ausência de uniformização de jurisprudência e não o ativismo judicial per se que reduz o estoque de capital jurídico, pois, na definição aqui adotada, não importa a origem das regras jurídicas, se legislativa ou judicial, já que não se trata de uma questão de legitimidade, mas de previsibilidade e eficácia das regras (segurança jurídica). Esse estado judicial não-cooperativo em que a cada caso podem ser aplicadas regras jurídicas diferentes, a depender das preferências do magistrado, sem que a jurisprudência caminhe para se tornar uniforme e dominante é o que chamamos **anarquismo judicial**, aqui entendido como a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização jurisprudencial, o que significa que há uma dificuldade de coordenação entre magistrados das diversas instâncias para a formação e respeito à jurisprudência e, portanto, de formação de capital jurídico. Em termos econômicos, o investimento em *M* é subótimo. Em termos jurídicos, não há segurança jurídica.

3 LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *NBER Working Paper Series*, p. 1-69, ago. 1976.

4 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006. Cap. 4.

O ativismo judicial invoca politicamente uma discussão de legitimidade e, do ponto de vista econômico, pode ser modelado como um jogo agente-principal entre o Poder Legislativo (principal) e o Judiciário (agente), ou ainda, como um jogo com múltiplos agentes (Judiciário e demais Poderes). Entretanto, é possível imaginar um cenário no qual há um problema de ativismo judicial, sem que haja subinvestimento em capital jurídico, isto é, sem insegurança jurídica. Para isso bastaria que o Judiciário, mesmo ativista, construísse jurisprudência dominante (ainda que contrária à lei) e, aplicando-a reiteradamente, gerasse segurança jurídica capaz de guiar comportamento futuro. Alguém pode até não gostar do resultado, mas está seguro dele. Nesse caso, é possível discutir se tal resultado é legítimo, que tipo de distorção ele poderia produzir ou que mecanismos poderiam ser desenhados para fazer convergir os interesses, mas não haveria necessariamente impacto negativo sobre o capital jurídico e sua produção no longo prazo. Obviamente, estamos desconsiderando aqui os ganhos decorrentes da segurança jurídica resultante de uma lei, que agora só terá valor informacional após ser testada nos tribunais. O ativismo judicial deprecia e, quando generalizado, destrói o valor informacional da lei. Todavia, desprezando-se este problema para fins da presente análise, a presença de ativismo judicial não implica o subinvestimento em  $M$  e, portanto, não provoca necessariamente a diminuição de  $J$  no longo prazo. No curto prazo poderá haver uma depreciação do capital jurídico quando da mudança de posição jurisprudencial, mas, com o surto de litigância decorrente (investimento em  $L$ ) e a construção de uma nova jurisprudência (investimentos em  $M$ ),  $J$  tende a retornar a níveis próximos ao ótimo.

No entanto, essa abordagem tem como pressuposto implícito que o Judiciário, enquanto organização, possui uma posição, ou seja, ela considera a organização como um agente, desprezando sua dinâmica interna e, portanto, não admite a possibilidade de o Judiciário não ter uma posição dominante por falta de acordo (coordenação) entre os agentes (magistrados) que o compõem. A ausência de alinhamento horizontal e vertical de interesses dentro do Judiciário poderia minar os investimentos em  $M$  e, assim, destruir  $J$ . Em outras palavras, sem mecanismos de governança, o Judiciário poderá não ter um comportamento estável, variando o resultado de acordo com a vontade de cada julgador e com o momento do julgamento. Em um cenário como esse, o ativismo judicial, que era neutro no longo prazo, passa a potencializar o anarquismo judicial.

Para se ter ideia dos problemas de comportamento oportunista aos quais o Judiciário está exposto, pensemos em um exemplo. Suponhamos um Judiciário em que a maioria de seus integrantes concorde com uma posição, digamos, a possibilidade jurídica de se cobrar juros compostos capitalizados mensalmente em contratos de financiamento de veículos. Não importa se essa posição decorre da literalidade da lei, de uma interpretação (conceito jurídico indeterminado) ou de uma construção jurisprudencial *contra legem* (ativismo). Um juiz que esteja julgando um caso concreto envolvendo essa questão poderia tranquilamente ignorar por completo a lei ou a jurisprudência dominante e sentenciar a ilicitude de tal cobrança. Se fosse absolutamente autônomo ou independente, esse magistrado seria capaz de impor à comunidade suas preferências naquele caso concreto e, de acordo com o modelo de agente racional-maximizador, quando isso lhe trouxer mais utilidade, ele o fará (cfr. Item 4 abaixo).

A existência de um sistema recursal é o mecanismo tradicional desenhado para conter esse comportamento oportunista. O que os juristas costumam chamar de princípio do duplo grau de jurisdição é justamente essa ideia de que – como regra – é preferível que a decisão da instância originariamente competente seja suscetível de reforma por um grau superior de jurisdição, ainda que dentro do próprio órgão. Todavia, há vários casos em que tal regra não se aplica, como nas hipóteses de julgamento originário pelo STF. De qualquer forma, na presença dessa sistemática, o comportamento de um juiz oportunista é controlado pelo tribunal, a quem compete rever a decisão original em sede de recurso. Mas suponha que o magistrado oportunista agora seja justamente o juiz revisor ou desembargador. O juiz seguiu a jurisprudência, mas o desembargador não. Como resolver esse problema? Para mitigá-lo, via de regra, as decisões em sede recursal são tomadas por uma turma, isto é, por um conjunto de magistrados, e não por um único julgador. O fato de as decisões de primeiro grau normalmente serem monocráticas e as recursais colegiadas pode ser interpretado como um mecanismo de controle de eventuais comportamentos oportunistas. Na mesma linha, pode-se

argumentar que essa é uma característica quase universal de todos os sistemas jurídicos: a existência de um órgão que seja superior aos demais e, assim, possa unificar a regra jurídica em uma decisão final.

O problema é que para que as posições do tribunal prevaleçam, ele deve seguir as próprias posições (alinhamento horizontal) e deve reverter todas as tentativas de alterá-la (ou fazê-lo o suficientemente para tornar desinteressante divergir). Se o próprio tribunal não segue sua jurisprudência, esta perde completamente o valor como guia acerca de como aquele se comportará no futuro, e os magistrados inferiores passam a ter incentivos para decidir conforme sua própria preferência, pois pode ser que o tribunal mantenha a posição divergente de primeira instância. Voltamos ao anarquismo judicial. Hoje, em várias áreas do direito, podemos dizer que não há jurisprudência clara, justamente por falta de jurisprudência consolidada nos tribunais e, portanto, há escassez de capital jurídico devido a investimento subótimo em *M*. A título de exemplo, citamos a legalidade de juros compostos em contratos de financiamento, a possibilidade jurídica de penhora de salário, a possibilidade de casamentos homoafetivos etc.

Note que, em um sistema no qual há escassez de capital jurídico não há regras claras e, por isso, regras aplicadas em um caso hoje podem ser mudadas amanhã. Mesmo casos idênticos podem ser decididos de forma diferente no mesmo dia, basta que sejam distribuídos a magistrados com preferências diversas. A independência do magistrado se convola em anarquia e insegurança completa do jurisdicionado sobre a existência e exigibilidade de seus direitos. Para os juseconomistas tradicionais, os direitos de propriedade deixam de ser bem definidos. Para os juristas, não há Estado de Direito. Essa insegurança gera custos sociais<sup>5</sup>, pois, agora, além de custos com erros, os agentes não saberão sobre o que e como podem cooperar.

Suponhamos, por exemplo, uma regra criada para coibir a conduta *X*, mas cuja articulação é suficientemente dúbia para permitir sua construção como proibindo *Y*, que é uma atividade socialmente desejável, contudo semelhante a *X*. Por outro lado, a mesma articulação dúbia também permite excluir da incidência da regra ***X*<sub>1</sub>**, que é um subconjunto de condutas *X* e não deveria ser permitido. A incerteza com relação ao tipo de conduta a que a regra se aplica impõe custos esperados de punição a praticantes de *Y*, reduzindo sua oferta a um nível subótimo, e diminui os custos esperados de punição a praticantes de ***X*<sub>1</sub>**, o que aumenta sua oferta acima do nível ótimo<sup>6</sup>.

Além disso, a incerteza com relação à regra aplicável provavelmente gerará um número maior de ações judiciais que não constituirão investimento em capital jurídico, o que, por si só, constitui custos sociais – trata-se de capital morto<sup>7</sup>. Na ausência de formação de capital jurídico, os litígios apenas resolvem a controvérsia, sem gerar segurança jurídica, isto é, apenas redistribuem as perdas e danos incorridos, que são custos irrecuperáveis (*sunk costs*), sem mudar o comportamento futuro. O custo médio de cada ação também pode ser maior, se *ex ante* não se souber qual a regra jurídica a ser aplicada a uma dada situação fática, logo, se for necessário construir a regra caso a caso. Por outro lado, a dificuldade de antecipar o valor esperado das demandas aumentará os custos dos acordos extrajudiciais devido ao aumento do **hiato de expectativas interpartes**<sup>8</sup>, majorando conseqüentemente a litigiosidade e reduzindo a autocomposição. Tudo isso pode gerar um ciclo vicioso que terminará em uma crise de segurança jurídica e – no limite – ameaçará a própria sociedade civil. De um jeito ou de outro, sem previsibilidade, o direito perde muito de seu valor enquanto instituição social.

Nesse sentido, a aplicação de uma regra para cada caso pode acabar por gerar um tratamento altamente discriminatório e injusto, pois duas pessoas na mesma situação podem ser tratadas de forma completamente diversas pelo Judiciário. Uma tem seus direitos protegidos e outra não. Uma será punida e outra não. Ironicamente, esse resultado discrepante é a antítese da justificativa do ativismo judicial cujo mote, normalmente,

5 COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

6 POSNER, R. A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 449, jun. 1973.

7 Cfr. DE SOTO, H. *Economia subterrânea: uma análise da realidade peruana*. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

8 GICO JUNIOR, Ivo T. A Tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 184, set./dez. 2014.

é realizar justiça no caso concreto. Como se pode ver, nem mesmo para os defensores do ativismo judicial há argumentos para a anarquia judicial. Pode-se argumentar quem é o ente mais adequado para construir regras jurídicas, mas a ausência de regras é a injustiça em último grau. E, em termos juseconômicos, a não definição de direitos só aumenta custos sociais.

Mecanismos de uniformização de jurisprudência vêm sendo criados gradativamente. Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, finalmente foi atribuído efeito vinculante às decisões definitivas de mérito do STF, bem como foi criada a figura da súmula vinculante, o impedimento de recurso em desconformidade com súmula do STJ ou do STF (§1º do art. 518/CPC) e, posteriormente, a possibilidade de indeferimento liminar de petição (art. 285-A/CPC), julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 543-C/CPC) e a repercussão geral do recurso extraordinário (art. 543-A e 543-B/CPC). A eficácia de cada um desses mecanismos é uma questão em aberto, mas, em maior ou menor grau, todas essas medidas têm por função estimular a formação de capital jurídico. A questão é, pois, como modelar e compreender o comportamento dos magistrados dentro desse arcabouço institucional?

### 3. MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL: PARCEIROS OU ADVERSÁRIOS?

Em princípio, temos duas possibilidades de abordagem teórica do problema de coordenação entre instâncias diversas que, potencialmente, podem ser testadas empiricamente: uma baseada na Teoria dos Times<sup>9</sup> e outra baseada na Teoria da Agência (modelo Agente-Principal).

A abordagem baseada na Teoria dos Times está preocupada com a organização eficiente dos indivíduos que compartilham um objetivo comum, mas controlam variáveis diversas e – potencialmente – baseiam suas decisões em informações diferentes<sup>10</sup>. A aplicação dessa abordagem ao Judiciário significa que se modelam os magistrados sem quaisquer conflitos valorativos, i.e., como agentes com valores e objetivos idênticos ou suficientemente próximos e cujo objetivo comum é decidir “corretamente” a maior quantidade de casos possível em um mundo de incertezas e custos de transação positivos.

Por outro lado, o pressuposto básico da Teoria da Agência é a presença de conflitos valorativos constantes em quaisquer organizações. A criação e a aplicação das regras, um problema tradicional de toda e qualquer organização, são ocasiões de disputa e o resultado dessas contendas determinará o poder de cada parte da burocracia. Os detalhes organizacionais e as regras procedimentais determinam o poder de cada grupo. No contexto do Judiciário, essa abordagem significa que cada decisão é uma oportunidade para um conflito político entre instâncias. Magistrados com preferências diversas e, portanto, funções utilidades distintas, deparam-se com insegurança jurídica e aprendem ao longo do tempo. Todavia, os modelos de agência tradicionais normalmente excluem a incerteza presente nos modelos de time e costumam focar as implicações decorrentes da divergência de incentivos<sup>11</sup>.

Essa literatura enfoca mais a investigação do desenho institucional e a eficácia de mecanismos que permitam a convergência e a divergência de interesses entre agente e principal, isto é, que permitem que magistrados ajam secretamente (*hidden action*), adquiram informações exclusivas (*acquisition of private information*) ou evadam sanções, aumentando seu espaço de discricionariedade, em contraposição a mecanismos que revelem ações ou informações escondidas ou aumentem a capacidade de sancionamento pelas instâncias superiores. Novamente, as implicações políticas e estratégicas do modelo de agência também são instigantes

9 GICO JUNIOR, Ivo T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 269-294, 2013.

10 Cfr. MARSHACK, J.; RADNER, R. *Economic Theory of Teams*. New Haven: Yale University Press, 1972 e GICO JUNIOR, Ivo T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 269-294, 2013.

11 Por exemplo, CLARK, T. S. A Principal-Agent Theory of En Banc Review. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 25, n. 1, p. 55-79, 2009.

e é comum encontrá-la em trabalhos de economistas e cientistas políticos que estudam Economia Política Positiva<sup>12</sup>.

Tanto uma abordagem quanto a outra tem como vantagem chamar a atenção para a natureza interdependente das decisões judiciais, isto é, seu contexto estratégico. As decisões judiciais não são tomadas em um vácuo institucional, todos os agentes envolvidos estão sujeitos a restrições e reações dos demais agentes. Por isso, antes de decidirem, eles levam em consideração as preferências e reações prováveis dos outros atores relevantes, incluindo seus colegas, os membros de tribunais superiores, os membros dos demais Poderes e mesmo a opinião pública.

A seguir, utilizaremos uma abordagem agente-principal para investigar quais as estruturas incentivam os magistrados brasileiros a investir na produção de capital jurídico ( $M$ ) e, assim, gerar segurança jurídica, quando ele possui preferências convergentes e quando possui preferências divergentes dos demais magistrados, isto é, quando concorda e quando discorda da jurisprudência do tribunal.

#### 4. A COORDENAÇÃO ENTRE MAGISTRADOS COMO UM PROBLEMA AGENTE-PRINCIPAL

A resposta jurídica tradicional para qual é o mecanismo de incentivo ao magistrado que este invista na produção de e obediência à jurisprudência ( $M$ ) é a existência de um ordenamento jurídico, cuja definição já pressupõe a inexistência de antinomias (regras jurídicas contraditórias). A discussão jurídica resume-se, então, a como o magistrado *deve* resolver as antinomias identificadas que, quando resolvidas, são tidas como meramente aparentes. Essa posição está presente implícita ou explicitamente nas clássicas obras de Kelsen<sup>13</sup> e Bobbio<sup>14</sup>. Essas teorias normativas apenas expressam como seus propositores acham que o direito deve ser (proposição normativa) e não como ele é (proposição positiva). Elas supõem implicitamente que os magistrados seguirão a lei, mas a pergunta aqui é justamente quais são os incentivos para que estes o façam?

Uma evidência anedótica talvez sirva de motivação inicial para a discussão teórica dessa seção. Em 2010, o Ministro do Supremo Tribunal, Marco Aurélio de Mello, proferiu um discurso na cerimônia de comemoração de seus 20 anos de STF e fez a seguinte confissão: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”<sup>15</sup>. O que o Ministro disse é que primeiro ele decide, conforme suas preferências (“justiça”), depois, procura um fundamento na lei *ou* na doutrina que justifique o resultado que já escolheu. Como se pode ver, essa sistemática confessa é o oposto do que pressupõe a lógica jurídica tradicional. Essa confissão ilustra que o pressuposto de que os magistrados agirão necessariamente conforme a lei ou a jurisprudência, a despeito de suas preferências pessoais, pode não ser adequado. Não há, porém, evidências empíricas de que esse comportamento seja preponderante.

De qualquer forma, do ponto de vista teórico, o pressuposto de que magistrados seguirão a lei ou a jurisprudência dominante, independentemente de qualquer coisa, é incompatível com a abordagem juseconômica dos magistrados como agentes racionais maximizadores. A abordagem jurídica tradicional não é realista e não leva a previsões que se adéquem à realidade dos fatos, pois, como já visto, há inúmeros exemplos de magistrados que não estão seguindo a lei ou a jurisprudência, o que não se explica por aquela abordagem. Uma análise positiva do Judiciário não pode partir do pressuposto de que os magistrados não possuem preferências pessoais e que, quando decidem, não levam em consideração seus valores, sua história, a reação

12 Por exemplo, BRENT, J. An Agent and Two Principals: U.S. Courts of Appeals Responses to Employment Division, Department of Human Resources v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act. *American Politics Quarterly*, v. 27, n. 2, p. 233-266, 1999.

13 Cfr. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

14 BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

15 CONJUR. Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”. *Consultor Jurídico*, 6 Julho 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>.

dos demais magistrados etc. Em outras palavras, a função utilidade de um magistrado inclui preocupações com remuneração, promoção, remoção, prestígio, preferências políticas, justiça etc.<sup>16</sup>. Em que medida cada uma dessas variáveis é relevante dependerá do contexto e do agente.

Dentro da estrutura organizacional do Judiciário brasileiro, ausente a instituição do *stare decisis* e reconhecendo que a lei não é mais um parâmetro dominante de controle da atividade jurisdicional, a questão relevante é: que incentivos têm os magistrados para seguir a jurisprudência de um tribunal superior? De outra forma, quais são os mecanismos de governança que cada nível de hierarquia judiciária tem sobre o outro inferior para fins de uniformização de jurisprudência e construção de capital jurídico? A resposta é simples e preocupante: **quase nenhum**.

A vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e a promoção automática por senioridade tornam cada magistrado não apenas imune às pressões políticas externas ao Judiciário, mas também imunes ao próprio Poder Judiciário. O magistrado brasileiro talvez seja o mais independente do mundo, ele não apenas é independente politicamente, ele também é independente em relação à própria lei e à jurisprudência. Em um cenário como esse, voltamos a perguntar: se cada magistrado pode decidir da forma como quer, sem custo para si, o que é que evita o anarquismo judicial?

Alguém poderia supor que apesar de parte dos magistrados ser promovida por senioridade, outra parte é promovida por mérito, e isso pode levar a algum grau de controle dos níveis superiores sobre a conduta dos níveis inferiores, o suficiente para que os interesses dos magistrados *a quo* (agente) se alinhassem – ao menos em parte – com os interesses dos magistrados *ad quem* (principal). Esse argumento é comumente explorado na literatura<sup>17</sup>, mas – como se verá a seguir – parece não se aplicar no Brasil.

De acordo com o art. 4 da Resolução nº 106 do CNJ, de 6/4/10, os únicos critérios que podem ser considerados para fins de promoção por merecimento são: (a) desempenho (aspecto qualitativo); (b) produtividade (aspecto quantitativo); (c) prestação no exercício das funções (art. 7º); (d) aperfeiçoamento técnico (art. 8º); e (e) adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CEMN (art. 9º).

No aspecto qualitativo, que vale apenas 20% da avaliação (art. 11), deve ser considerado (art. 5º, “e”) o respeito às súmulas do STF e dos tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STM), mas não a jurisprudência do próprio tribunal a que pertence o magistrado e, em hipótese alguma, pode ser considerada a sua taxa de reversibilidade, isto é, o quanto ele errou segundo a perspectiva da instância superior. É o que dispõe o art. 10º:

Art. 10. Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, *tais como índices de reforma de decisões*.

Parágrafo Único: A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).

Ainda que não possa ser formalmente utilizada, seria interessante saber qual a taxa de reversibilidade das decisões dos magistrados promovidos e dos preteridos, pois é possível que tal informação seja usada indiretamente, ainda que vedada pela regulação. No entanto, não há trabalhos investigando essa questão, talvez porque não exista, no Brasil, uma organização e catalogação de todas as decisões judiciais proferidas que facilite tal aferição. Acreditamos que os tribunais simplesmente não coletam e, portanto, não têm acesso a esse tipo de informação.

Além da proibição expressa de se considerar a aderência à jurisprudência como um critério para a avaliação de mérito, a remuneração do magistrado – de qualquer instância – é praticamente independente de

16 POSNER, R. A. What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1-41, 1993.

17 Por exemplo, SCHNEIDER, M. R. Judicial Career Incentives and Court Performance: An Empirical Study of the German Labour Courts of Appeal. *European Journal of Law and Economics*, v. 20, n. 2, p. 127-144, 2005.

promoção ou do nível de atuação. A título de exemplo, de acordo com a Tabela de Remuneração dos Magistrados Federais emitida pela Secretaria de Recursos Humanos – SRH do Conselho da Justiça Federal, em 1º de fevereiro de 2010, um juiz federal substituto (primeiro estágio na carreira) ganhava R\$ 21.766,16, um juiz federal pleno (1º grau) ganhava R\$ 22.911,74, ou seja, apenas 5,26% a mais, e o juiz do TRF (2º grau) R\$ 24.117,62, apenas 5,26% a mais. É de se questionar se essa pequena diferença salarial constitui incentivo suficiente para gerar convergência de interesses e, em última análise, cooperação entre as instâncias. A uma primeira vista, ela também não parece substancial.

Se a aderência à jurisprudência vertical não é um fator relevante para a promoção ou para a remuneração do magistrado, então, talvez, houvesse outros custos que pudessem ser impostos ao menos em relação à desobediência às súmulas vinculantes do STF e dos Tribunais Superiores. Mas esse também não é o caso, pois não há qualquer penalidade imposta ao magistrado que desobedece a uma súmula vinculante, razão pela qual seu efeito sobre a estrutura de incentivos do magistrado tende a ser igual a uma reversão normal no julgamento de um Recurso Extraordinário ou Recurso Especial. A divergência em si não tem custo para o magistrado, apenas para a sociedade e para as partes, que terão de arcar com os custos incorridos pelo tribunal no processo de revisão.

Outra explicação oferecida pela literatura para o seguimento da jurisprudência pelos magistrados é a questão da reputação<sup>18</sup>. A magistratura seria uma comunidade pequena, no qual cada membro conheceria o outro e, por isso, ser revertido reiteradamente não seria bem-visto nessa comunidade, o que geraria incentivos para que os magistrados, ao menos em parte, seguissem a jurisprudência. Por outro lado, um magistrado que não seguisse os precedentes dos seus pares não teria seus precedentes seguidos. O problema da reputação como mecanismo de coordenação é que ela pressupõe interação reiterada (para poder haver retaliação em outras rodadas), baixos custos de monitoramento (para se identificar quem não está agindo de acordo) e a possibilidade de punição (mecanismo para tornar desinteressante o comportamento desviante).

Assumindo a baixa rotatividade de juízes e desembargadores e o fato de que juízes normalmente são alocados para varas especializadas, cujos casos são revistos por turmas especializadas de desembargadores, podemos pressupor que a interação entre eles será reiterada. No entanto, considerando a enorme quantidade de casos julgada por cada magistrado por ano, o monitoramento individual do magistrado pelos demais parece ser bastante custoso e, portanto, plausível, mas improvável. De acordo com os dados do CNJ<sup>19</sup>, cada magistrado sentenciou 1.336 processos em 2010, isto é, 3,6 processos por dia, incluindo domingos e feriados. Esse número astronômico, na realidade, representa uma queda de produtividade em relação a 2009, quando a média foi de 1.540 processos. Se olharmos apenas os dias úteis e lembrarmos que, em parte do dia, os magistrados devem comparecer a audiências, veremos que a probabilidade de um magistrado efetivamente monitorar as decisões de seus pares, mesmo sendo a comunidade pequena, não parece grande.

Além disso, não existe nos tribunais qualquer mecanismo que informe ao próprio magistrado ou aos demais a sua taxa de reversibilidade, isto é, a taxa de reversão de suas decisões pela instância superior. Nem o próprio magistrado sabe a sua taxa de reversibilidade, salvo se construir um banco de dados próprio. Como as decisões no Brasil não são catalogadas nem disponibilizadas em um banco de dados informatizado, na prática, não existe mecanismo de controle público ou privado da taxa de reversão. Sem a possibilidade de monitoração, qualquer mecanismo reputacional é inócuo, o que incentiva comportamentos oportunistas pelo fato de o magistrado possuir informações privadas (*hidden information*) e poder realizar ações ocultas (*hidden action*).

Em um cenário como o apresentado, diante do caso concreto, o magistrado depara-se com a seguinte escolha: (i) divergir da jurisprudência e impor suas preferências, havendo apenas uma probabilidade  $p$  de ser revertido (sendo  $p < 1$ , já que rever casos tem custo para o órgão revisor) e uma probabilidade independente

18 Por exemplo, MICELI, T. J.; COSGEL, M. M. Reputation and Judicial Decision Making. *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 23, n.1, p. 31-51, jan. 1994.

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2011. p. 73.

*q* de ser observado por seus pares, caso seja revertido; ou (ii) seguir a jurisprudência, perdendo a oportunidade de impor as suas preferências à comunidade no caso concreto e enfrentar a mesma probabilidade independente *q* de ser observado por seus pares seguindo a jurisprudência e, assim, construir reputação.

Pelo exposto, apesar de o Judiciário brasileiro estar estruturado de forma hierarquizada, do ponto de vista de produção de jurisprudência, não existem mecanismos críveis de uniformização, devendo esta ser produzida com a revisão individual de cada caso pelos tribunais superiores, o que gera elevados custos sociais, pois os tribunais não contam com o mesmo número de desembargadores ou ministros que juizes. Nesse contexto institucional, a revisão direta das decisões de primeira instância não permite o estabelecimento de uma relação direta entre incentivo e desempenho. O controle será proativo e centralizado no próprio tribunal. Será como um policiamento (*police patrol*), na linguagem de McCubbins e Schwartz<sup>20</sup>, quando o ideal seria desenvolver algum mecanismo de controle que disparasse apenas nos casos de divergência, uma espécie de alarme de incêndio (*fire alarm*). Tal mecanismo seria reativo, descentralizado e realizado de forma indireta e, portanto, menos custosa.

Em tese, o sistema de apelações poderia ser uma forma de monitoramento do tipo alarme de incêndio, desde que houvesse custos para apelar e o tribunal revisse as decisões de primeira instância apenas em caso de erro. Nos Estados Unidos, os tribunais não podem rever questões probatórias, mas apenas a correção da aplicação da regra jurídica, enquanto, no Brasil, o CPC estabelece que toda a matéria fática e probatória é devolvida para análise:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Se fosse possível sinalizar aos litigantes que apelações seriam providas apenas em caso de erro e supondo que as partes saibam quando um erro foi cometido, o sistema de apelações funcionaria como um sistema de controle no estilo alarme de incêndio dos desembargadores sobre os juizes. Essa proposição pode ser testada empiricamente averiguando-se a taxa de apelação das sentenças e a taxa de sucesso das apelações interpostas. O resultado esperado seria uma baixa taxa de apelação e uma alta taxa de sucesso das apelações interpostas.

Por outro lado, o modelo proposto acima pressupõe que o tribunal tem uma posição definida e sinaliza de forma clara aos litigantes que reverte uma sentença apenas em casos de erro. Se o tribunal não tiver posição consolidada ou sinalizar de forma equivocada, os litigantes interpretarão essa sinalização como uma possibilidade de rediscutir todos os casos e apelarão sempre que perderem (assumindo-se baixos custos para recorrer). Essa proposição também pode ser testada empiricamente averiguando-se a taxa de apelação das sentenças e a taxa de sucesso das apelações interpostas. O resultado esperado seria uma alta taxa de apelação e uma baixa taxa de sucesso das apelações ou uma taxa semelhante à taxa de sucesso em primeira instância. Neste caso, teríamos um custoso sistema de monitoramento do agente (juiz) no estilo policiamento que pode, inclusive, ser inviabilizado pelo excesso de revisões, já que há mais juizes que desembargadores.

## 5. O COMPORTAMENTO DO JUIZ ESTRATÉGICO

Feitas essas considerações acerca da estrutura de incentivos dos agentes e dos custos de monitoramento, propomos um modelo agente-principal para ilustrar as dificuldades relacionadas ao monitoramento dos juizes (agentes) pelo tribunal (principal). A questão fundamental de um problema agente-principal surge quando os interesses do agente não coincidem com os do principal.

20 MCCUBBINS, M. D.; SCHWARTZ, T. Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, v. 28, n. 1, p. 165-179, fev. 1984.

Seja  $A^i$  o i-ésimo juiz de uma determinada região e  $P^k$  a k-ésima turma que realiza a revisão das decisões de  $A^i$ , sendo  $k < i$ . Dado um estado da natureza qualquer  $\omega$ , de acordo com suas preferências, a turma (o principal) elege aplicar uma regra jurídica ao caso concreto tal que o estado da natureza convirja de  $\omega$  para  $d$  após o julgamento. Os estados da natureza  $d$  e  $\omega$  são pontos na reta real. Assim, o estado da natureza  $d$  é a situação fática ideal (dever-ser) que o tribunal escolheria se não houvesse restrições ou influências externas, enquanto  $\omega$  é o estado da natureza revelado no caso concreto (ser) ou estado da natureza real que se apresenta no processo a ser julgado. A regra a ser aplicada pode indicar, por exemplo, que em caso de dívida, o salário do devedor pode ser penhorado só até 30%, ou que até 10% acima da velocidade permitida em uma via pública não caracteriza negligência para fins de determinação de responsabilidade civil em caso de acidente etc.

Suponha a função utilidade  $U_{P^k}(d, \omega) = -(d - \omega)^2$ , que representa a desutilidade resultante da distância entre estado da natureza  $\omega$  e o dever-ser  $d$  previsto na regra jurídica escolhida por  $P^k$ . Nesse sentido, a turma preferiria que o julgamento tivesse como resultado  $d = \omega$ , isto é, que o estado da natureza real (ser) convergisse para o estado da natureza ideal (dever-ser) após o julgamento. Todavia, considerando que o julgamento inicial não é realizado pela turma, isto é, por  $P^k$ , a concretização dessa tarefa será delegada inicialmente ao juiz  $A^i$ . Em princípio, o agente  $A^i$  pode possuir a mesma preferência e, portanto, a mesma função utilidade que  $P^k$ , caso em que poderíamos ter um problema de time, ou possuir preferências diversas e, portanto, uma função utilidade diferente de  $P^k$ , caso em que teremos um conflito de interesses (problema de agência).

Analisando apenas a hipótese de conflito de interesses ( $U_{A^i} \neq U_{P^k}$ ), suponha que a função utilidade do juiz seja  $U_{A^i}(d, \omega, \varepsilon) = -(d - \omega - \varepsilon)^2$ . Essa função significa que o juiz prefere que o resultado do julgamento seja  $d - \varepsilon = \omega$ , isto é, que o estado da natureza após o julgamento seja igual ao resultado previsto na regra jurídica  $d - \varepsilon$ , onde  $\varepsilon$  representa o erro (na perspectiva da turma) do agente em relação ao principal. Se a parte sucumbente do julgamento de  $A^i$  apelar,  $P^k$  pode rever a decisão “errada” e impor a regra jurídica de sua preferência, revertendo a decisão original. O juiz racional sabe dessa possibilidade e enfrenta um problema estratégico tendo de optar entre divergir ou não divergir no momento do sentenciamento.

Reconhecendo o seu lugar na hierarquia judiciária e a possibilidade de reversão, bem como os custos associados a ser revertido, ao tomar suas decisões, o juiz racional agirá estrategicamente e escolherá o nível ótimo de divergência que maximize seu retorno e minimize seus custos. Assim,  $C_{A^i}$  é o custo adicional para o juiz de ser revertido. Supondo que a utilidade da divergência para o juiz seja tão maior quanto maior for a distância entre o resultado desejado pela turma ( $d$ ) e o resultado que deseja ( $d - \varepsilon$ ), que denominaremos  $\Delta$  ( $\Delta = |\varepsilon|$ ), então, a utilidade do juiz será uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências:  $U_{A^i} = U_{A^i}(\Delta)$ .

Considere agora que o custo de ser revertido também é uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências, isto é, quanto maior a divergência, mais custos adicionais serão impostos ao juiz,  $C_{A^i} = C_{A^i}(\Delta)$ . Podemos imaginar isso como menor probabilidade de ser promovido, menor salário, pior reputação, menor aderência a suas decisões etc. Por fim, considere que, quanto maior o grau de divergência, maior a probabilidade de reversão, i.e., quanto maior  $\Delta$ , mais séria é a divergência e mais provável ela é de ser detectada, logo, a probabilidade de ser revertida uma decisão também é uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências, assim:  $p = p(\Delta)$ .

Nesse cenário, o problema do juiz estratégico será:

$$\text{Max}_{\Delta=|\varepsilon|} U_{A^i}(\Delta) - p(\Delta)C_{A^i}(\Delta)$$

Equação 4-1

As condições de primeira ordem desse problema levam o agente  $A^i$  a divergir em suas decisões em grau ou quantidade até que o seu benefício marginal em divergir ( $U_{A_i}'$ ) se iguale ao seu custo marginal em divergir ( $p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ ), ou seja, até que  $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ . Portanto, a aderência do juiz com preferências divergentes à jurisprudência é diretamente proporcional aos custos de ser revertido  $C_{A_i}$  ponderados pela probabilidade  $p$  de ser revertido. Logo, qualquer política de governança judiciária que queira incentivar a uniformização de jurisprudência deve atentar para essas duas variáveis: a magnitude do custo para o juiz e a probabilidade de reversão.

Considerando a probabilidade de reversão, supondo que o tribunal tenha uma posição firme e clara acerca da regra jurídica que leva a  $d$ , a parte litigante que teve a regra  $d - \varepsilon$  aplicada a seu caso pelo juiz  $A^i$  terá incentivos a apelar, informando – a baixos custos para a turma – quando o juiz não está seguindo a jurisprudência. Assim, o sistema jurídico de apelação funcionaria – a princípio – como um alarme de incêndio informando a turma quando há um problema a ser corrigido.

Outra questão surge quando a própria turma não tem posição (diminuindo  $p$ ) ou quando a decisão da turma não informa sua posição claramente, podendo gerar incerteza nos litigantes que tenderão a apelar mais ou menos, a depender dos custos de recorrer. No limite, o sistema de revisão de decisões judiciais pode se tornar um mecanismo de policiamento, caso o custo de apelar seja baixo e o comportamento do tribunal não seja claro e consistente. Como já dito, considerando que há mais juízes do que desembargadores ( $i > k$ ) e que a revisão impõe custos a  $P^k$  ( $C_{P^k} > 0$ ), o sistema de policiamento tende a gerar sobrecarga na segunda instância e a diminuir  $p$ , em um círculo vicioso de dispersão jurisprudencial que fomenta o anarquismo judicial e, em última instância, a depreciação do capital jurídico. Mas foquemos os custos adicionais de reversão impostos ao juiz.

A imposição de custos adicionais ao juiz pela reversão de uma decisão sua no Brasil é desprezível (i.e.,  $C_{A_i} \rightarrow 0$ ), ergo, mesmo na hipótese de apelação,  $A^i$  não incorrerá em qualquer custo adicional se for revertido. A carreira do juiz não será afetada por isso, nem sua remuneração e, como o custo de monitoramento da taxa de reversão é alto, nem mesmo sua reputação será atingida. Se a reversão não impõe qualquer tipo de custo adicional a  $A^i$ , então, sua conduta racional maximizadora será sempre desobedecer a jurisprudência dominante em caso de conflito e julgar conforme  $d - \varepsilon = \omega$ , independentemente da posição da turma  $P^k$ .

O agente tem ciência de que os recursos da turma são limitados, que o monitoramento é imperfeito ( $C_{P^k} > 0$ ) e que  $k < i$ , logo, ele sabe que nem todos os casos serão revistos e aqueles que não forem trarão mais utilidade ao juiz estratégico do que simplesmente seguir a jurisprudência, ou seja, o problema de  $A^i$  passa a ser apenas:

$$\text{Max}_{\Delta=|\varepsilon|} U_{A_i}(\Delta)$$

Equação 4-2

Em um cenário como o apresentado, o investimento judicial na formação e criação de regras jurídicas ( $M$ ) será inferior à quantidade necessária para a formação do estoque ótimo de capital jurídico  $J^*$ , pois apenas as decisões que a turma  $P^k$  conseguir reverter integrarão a função de produção do capital jurídico e necessariamente a um custo maior do que se  $A^i$  cooperasse espontaneamente, isto é,  $J_{C_{A_i}=0} < J^*$ . Todas as demais decisões não revertidas são diversas de  $d$  e, portanto, não contribuem para a previsibilidade da regra aplicável, i.e., não constituem capital jurídico. Denominamos  $M_{C_{A_i}=0}$  o nível de investimento judicial em capital jurídico em um contexto no qual não há incentivos para o juiz seguir a jurisprudência.

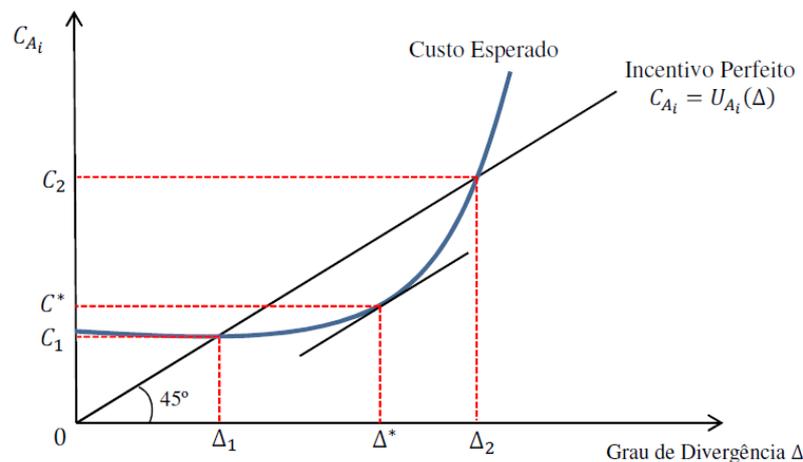
Agora suponha que as políticas judiciárias mudem e que, por exemplo, o critério adotado pelo CNJ passe a incluir um índice de reversibilidade para fins de promoção do magistrado, ou que, em função da nova Lei de Transparência (Lei Complementar nº 131, de 27/5/09), os tribunais passem a informar de maneira clara todas as decisões judiciais e se elas foram revertidas (ou não), para que o público e a comunidade de magistrados possa monitorar o desempenho de cada agente. Se a reversão de uma decisão pela turma também

impuser algum custo adicional ao juiz (i.e.,  $C_{A_i} > 0$ ) e não apenas a  $p^k$ , então, seria alterada a estrutura de incentivos de  $A^i$  para que mesmo em caso de divergência de preferências, o juiz seguisse mais a jurisprudência, ou seja, ocorreria um aumento no investimento judicial em segurança jurídica ( $M_{C_{A_i} > 0} > M_{C_{A_i} = 0}$ ). Como um número maior de decisões convergirá para uma mesma regra, o resultado será uma maior formação de capital jurídico do que na hipótese anterior ( $J_{C_{A_i} = 0} < J_{C_{A_i} > 0} \leq J^*$ ).

Note que não sendo essas medidas isoladamente perfeitas, ainda haverá algum grau de divergência na prática adjudicatória de  $A^i$ , mas este será menor que a divergência plena na ausência de qualquer custo adicional. Da Equação 4-1 temos que o juiz racional continuará a ponderar, em cada caso, se a sua preferência em relação àquele resultado jurídico é mais forte que o custo adicional associado a divergir e, assim, haverá um nível ótimo de divergência  $\Delta^*$  por ele praticado, o qual será menor que na hipótese de nenhum custo.

Adaptando a Teoria Econômica do Crime de Becker<sup>21</sup> e a ideia de sanção como um custo, retomada por Cooter<sup>22</sup> e Cooter e Ulen<sup>23</sup>, a estrutura de incentivos do magistrado pode ser ilustrada na Figura 2, na qual o eixo horizontal representa o grau de divergência  $\Delta$  adotado pelo juiz  $A^i$  em sua prática diária ou em uma determinada decisão, pois  $\Delta$  pode ser interpretado tanto como a distância ideológica em uma única decisão, quanto como a quantidade de decisões divergentes. Lembremos que  $U_{A_i}(\Delta)$  é estritamente crescente em  $\Delta$ . Já o eixo vertical representa os custos adicionais associados à divergência de  $A^i$  que, conforme pressuposto, será uma função de  $\Delta$ . Logo, quanto maior a divergência, maiores serão os custos associados a ela. A reta de 45°, por sua vez, indica a magnitude do custo adicional ( $C_{A_i}$ ) necessária para que o juiz  $A^i$  seja indiferente entre seguir a jurisprudência ou impor suas preferências no caso concreto.

Figura 1: Incentivo Imperfeito para Seguir a Jurisprudência



Ao contrário do caso anterior, no qual o incentivo era divergir sempre, neste cenário, existe apenas um intervalo entre  $\Delta_1$  e  $\Delta_2$  no qual é racional divergir, pois a utilidade auferida pelo juiz estratégico com a divergência é superior ao custo esperado de fazê-lo. O ganho do juiz  $A^i$  é justamente a distância entre o Custo Esperado e a Curva de Incentivo Perfeito. Fora desse espaço de divergência racional, ou seja, quando a divergência é muito pequena ( $\Delta < \Delta_1$ ) ou muito grande ( $\Delta > \Delta_2$ ), não é mais racional divergir e  $A^i$  seguirá a jurisprudência, formando capital jurídico. Além disso, analisando-se o espaço de divergência racional, é

21 BECKER, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968.

22 COOTER, R. D. Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*, v. 84, p. 1523-1560, Oct. 1984.

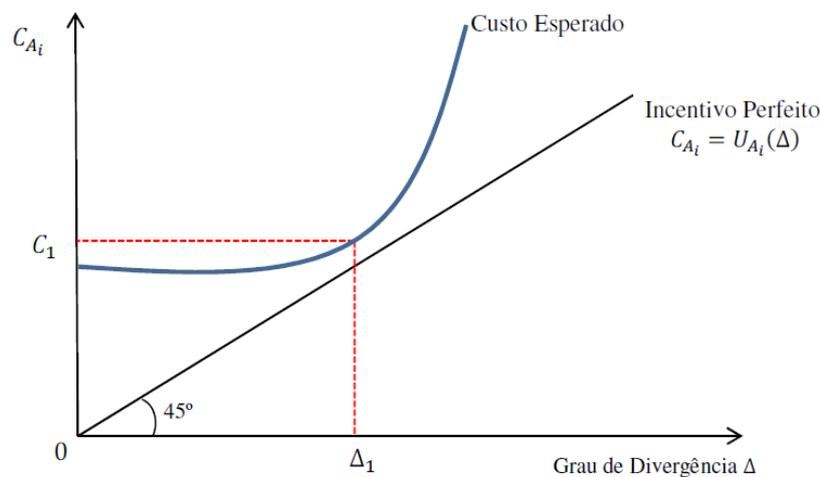
23 COOTER, R. D.; ULEN, T. S. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 475.

fácil perceber que, de  $\Delta_1$  a  $\Delta^*$ , o custo marginal de divergir ( $p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ ) é menor do que o benefício marginal de divergir ( $U_{A_i}'$ ), enquanto de  $\Delta^*$  a  $\Delta_2$ , tem-se o inverso, logo, o juiz racional aumentará sua divergência até alcançar o nível ótimo de divergência  $\Delta^*$ , no qual  $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ . O juiz estratégico apenas alterará sua conduta na presença de algum choque que modifique o custo esperado de divergir.

Uma analogia desse equilíbrio pode ser traçada com o Judiciário como um todo e os demais Poderes, tomando-se a lei escrita aprovada e sancionada como uma única posição clara e definida dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse caso, o STF poderia discordar dessa posição dentro de um espaço de divergência racional. Países que, a título de exemplo, parecem ter construído um bom equilíbrio intra e extrajudiciário são os Estados Unidos (sistema consuetudinário) e a Alemanha (sistema romano-germânico). Este equilíbrio depende fundamentalmente das condições sociopolíticas e institucionais de cada sociedade.

O terceiro caso a ser analisado é quando há incentivos perfeitos para que o juiz  $A^i$  siga a jurisprudência e, assim haja a formação máxima de capital jurídico. Para que os incentivos do agente estejam perfeitamente alinhados aos interesses do principal, i.e., para desincentivar os juízes a não seguirem a jurisprudência, simplesmente reverter as decisões divergentes pode não ser suficiente, pois apenas uma parte das sentenças é examinada. Logo, para  $p(\Delta) < 1$ , o custo esperado da reversão  $p(\Delta)C_{A_i}(\Delta)$  deve ser estabelecido em patamar superior a  $U_{A_i}(\Delta)$  e, portanto, acima da curva de incentivo perfeito, que pressupõe  $p(\Delta) = 1$ . Nessa hipótese, o juiz  $A^i$  não apenas incorre em custos adicionais positivos, caso não siga a jurisprudência, mas o custo esperado é sempre superior à utilidade esperada da divergência ( $p' C_{A_i} + p C_{A_i}' > U_{A_i}'$ ,  $\forall \Delta \in \mathbb{R}$ ). Assim, da Equação 4-1 temos que o comportamento racional do juiz será sempre seguir a jurisprudência, gerando o máximo de capital jurídico. O comportamento do juiz racional pode ser ilustrado assim:

Figura 2: Incentivo Perfeito para Seguir a Jurisprudência



Há democracias maduras em países desenvolvidos nas quais a estrutura judiciária se assemelha justamente ao modelo acima, sendo o melhor exemplo o caso japonês. Para alguns, a *SaikōSaibansho* pode ser considerada a mais conservadora Suprema Corte do mundo<sup>24</sup>, em um país democrático. Desde sua criação em 1947, a *SaikōSaibansho* declarou inconstitucional apenas oito leis<sup>25</sup>, enquanto sua equivalente alemã, a

24 BEATTY, D. M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1998. p. 121.

25 SATOH, Jun-Ichi. Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v.41, n. 2, p. 603-627, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss2/5>.

*Bundesverfassungsgericht*, criada apenas em 1951, até maio de 2009, já havia declarado a inconstitucionalidade de 611 dispositivos normativos<sup>26</sup>. Por outro lado, a marca brasileira é uma incógnita, já que o STF não mantém um controle de quantos dispositivos normativos já declarou inconstitucional, mas deve estar muito além do desempenho alemão. A declaração de inconstitucionalidade no Brasil se tornou um fenômeno tão frequente que foi necessário criar a figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, isto é, uma ação cujo objeto é declarar que uma lei promulgada pelo Congresso Nacional realmente é constitucional e, portanto, deve ser seguida.

Na estrutura judiciária japonesa, existem inúmeros mecanismos formais e informais de coordenação entre as instâncias superiores e as instâncias inferiores, que incluem: a formação jurídica dos magistrados, a política de recrutamento, as regras de promoção, o processo de seleção dos Ministros da *SaikōSaibansho*, as limitações de recursos e a concentração de poder nas mãos do Ministro-Presidente da *SaikōSaibansho*<sup>27</sup>. Tais mecanismos, distintos dos implementados no contexto brasileiro, geraram não um Judiciário necessária ou essencialmente conservador, mas um Judiciário altamente sensível e coordenado com suas lideranças, justamente o modelo ilustrado na Figura 3, sendo que a independência do Judiciário foi mantida, ainda que a do juiz de 1º grau não<sup>28</sup>. Vale notar que o conservadorismo judicial japonês pode ser interpretado muito mais como um conservadorismo político em geral, já que salvo alguns breves períodos, a política japonesa tem sido dominada por um único partido conservador<sup>29</sup>, o que apenas reforça a necessidade de modelos que levem em consideração a interação estratégica entre Judiciário e outros Poderes.

É interessante perceber que em um estudo comparativo sobre a crise do sistema judicial no mundo, justamente o Japão, juntamente com a Holanda, era apontado como o sistema jurídico com melhor desempenho<sup>30</sup>.

Em resumo, na primeira hipótese, em que não há qualquer custo adicional imposto ao juiz  $A^i$  caso não siga a jurisprudência ( $C_{A_i} \rightarrow 0$ ), mas a turma  $P^k$  incorre em custos para rever tais decisões ( $C_{P_k} > 0$ ), da Equação 4-1, temos que o comportamento racional do juiz é divergir sempre que suas preferências forem diferentes da turma, não investindo qualquer recurso na formação de capital jurídico. Nesse caso, a segurança jurídica será apenas aquela decorrente da coincidência de preferência dos magistrados, acrescida dos casos que a turma  $P^k$  conseguir reverter e, claramente, a custos maiores, o que é uma solução ineficiente ( $M_{C_{A_i}=0} < M^*$ ). Esse cenário é caracterizado pela menor formação de capital jurídico ( $J_{C_{A_i}=0} < J^*$ ) e pelo maior nível de anarquismo judicial.

Já na segunda hipótese, em que há algum custo adicional imposto ao juiz  $A^i$  caso não siga a jurisprudência ( $C_{A_i} > 0$ ), mas em que a turma  $P^k$  incorre em custos para rever tais decisões ( $C_{P_k} > 0$ ), os incentivos a convergir não são perfeitos, criando-se um espaço de divergência racional dentro do qual o juiz estratégico aumentará sua divergência até alcançar o nível ótimo de divergência  $\Delta^*$ . Nesse ponto,  $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ . Novamente, os recursos usados para reverter parte dessas decisões constituem ineficiência na formação de capital jurídico, mas menor do que na primeira hipótese, pois o grau de convergência jurisprudencial e, portanto, o investimento judicial em J será maior do que na primeira hipótese ( $M_{C_{A_i}=0} < M_{C_{A_i}>0} < M^*$ ), logo,  $J_{C_{A_i}=0} < J_{C_{A_i}>0} < J^*$ . Há um nível menor de anarquismo judicial.

26 THE ECONOMIST. Judgment days: The little-known judges on Germany's Constitutional Court exert real influence, not only at home but also abroad. *The Economist*, Karlsruhe, p. 59, 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/13376204>>.

27 LAW, D. S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1.545-1593, jun. 2009.

28 RAMSEYER, J. M.; RASMUSEN, E. B. The Case for Managed Judges: Learning from Japan after the Political Upheaval of 1993. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, p. 1929, 2006.

29 LAW, D. S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1.545-1593, jun. 2009.

30 ZUCKERMAN, A. A. S. Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure. In: ZUCKERMAN, A. A. S. *Civil Justice in Crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 13-14.

Por fim, na terceira hipótese, desenham-se mecanismos suficientes para que o juiz  $A^i$  não tenha qualquer incentivo para não seguir a jurisprudência e a regra jurídica aplicada será sempre aquela determinada pela turma  $P^k$ , eliminando-se o problema de agente-principal. Esse alinhamento perfeito gerará cooperação entre as instâncias e reduzirá substancialmente os custos com o processo de apelação, aproximando-se o investimento em capital jurídico do nível ótimo com o menor custo possível ( $M_{C_{A_i}=0} < M_{C_{A_i}>0} < M^*$ ). Obviamente esse resultado levará a uma menor variação das regras jurídicas, mas essa é a essência da ideia de formação de capital jurídico ( $J^*$ ) e da segurança jurídica.

Apesar de citar  $i$  juízes e  $k$  turmas, o modelo proposto acima supôs implicitamente que uma única turma sempre avaliaria a sentença de um único magistrado, não levando em consideração que pode haver mais de uma turma no tribunal e que elas podem ter entendimentos diversos. Outra forma de ver a questão é supor que  $P^k$  seja o tribunal e não a turma, já com uma única posição consolidada. A análise acima se manteria válida. Esse modelo pode, então, ser expandido para incluir  $k$  turmas com entendimentos diversos, ou ainda para analisar o comportamento das próprias turmas como agentes e o Pleno do tribunal como principal, ou, ainda, para tentar modelar as interações estratégicas em um contexto em que as composições dos tribunais vão se alterando no tempo e as implicações disso para o alinhamento horizontal (obediência à jurisprudência pelo próprio tribunal) e para o alinhamento vertical (obediência à jurisprudência pelos juízes).

Além disso, é importante fazer uma diferenciação entre que tipo de políticas judiciárias poderiam ser adotadas para aumentar o grau de uniformização de jurisprudência e, portanto, reduzir a anarquia judicial. Chamamos **mecanismos internos de formação de jurisprudência** todos os investimentos que cada magistrado pode realizar individualmente na melhor elaboração de sua própria decisão, tais como realizar pesquisa jurisprudencial prévia; escrever em português claro e objetivo, para evitar ambiguidades; atacar todos os argumentos apresentados pelas partes, para que tais informações decisórias sejam transmitidas; identificar de forma clara, precisa e separadamente cada questão jurídica e cada questão factual, para que fique bem claro o que é uma decisão de fato e uma decisão de direito etc.

Por outro lado, os **mecanismos externos de formação de jurisprudência** podem ser realizados pelos tribunais para que não apenas as decisões de 2ª instância fiquem disponíveis para pesquisa pela comunidade, mas também as decisões de 1ª instância; que sejam criados indexadores que permitam a identificação de decisões prévias e quantas vezes elas são citadas por outras decisões, quantas vezes são revertidas etc. A capacidade de perceber a um baixo custo a taxa de reversibilidade de cada magistrado e a taxa de reversibilidade para o tipo de regra aplicada reduziria substancialmente o ruído de cada sinal e permitiria aos magistrados que estão decidindo e aos que decidirão no futuro uma visão dinâmica instantânea da direção na qual está caminhando a jurisprudência. Aliás, o acesso a informações acerca da taxa de apelabilidade e da taxa de sucesso das apelações interpostas também facilitaria a comunicação entre as várias instâncias e reduziria o ruído dos sinais recebidos. Tudo isso facilitaria a formação de jurisprudência e, portanto, representa investimento em capital jurídico ( $M$ ).

Como observação final, note-se que a presença de mecanismos não-coercitivos como a disponibilização da taxa de apelabilidade associada a certos tipos de decisão e/ou da taxa de reversibilidade associada a cada magistrado, ainda que não agregada a qualquer tipo de sanção formal, como preterimento em caso de promoção, transfere informação para a comunidade judiciária e pode ativar um mecanismo de cooperação reputacional espontâneo. A redução substancial de ruídos acerca desses sinais relevantes pode levar a uma diminuição de incertezas e, assim, à formação e/ou correção mais rápida de jurisprudência, logo, contribui positivamente para a formação de capital jurídico ( $J$ ).

## 6. CONCLUSÃO

A redução do estoque de capital jurídico, seja por depreciação, seja por obsolescência, gera insegurança jurídica, uma forma de incerteza. Essa insegurança, por sua vez, aumenta os custos privados de transação para a realização de acordos extrajudiciais (autocomposição) e, portanto, gera incentivos para que os particulares iniciem litígios, isto é, levem questões para serem decididas pelo Judiciário (heterocomposição). Esses incentivos dão origem a um período de expansão da litigância, que provocará, por fim, a produção de decisões judiciais definitivas. Caso os magistrados invistam na produção e manutenção das regras jurídicas comuns nesse período de expansão, elas se converterão em jurisprudência e passarão a orientar o comportamento prospectivo dos agentes. Agora, estes saberão como o Judiciário se portará no futuro, caso conflitos daquela natureza surjam novamente. Essa certeza jurídica diminui custos de cooperação e incentiva a celebração de acordos extrajudiciais que emulam a sentença esperada, a custos menores. Estará formado, então, capital jurídico. Nesse sentido, a reposição do capital jurídico depreciado traz segurança jurídica que, a seu turno, leva a um período de retração da litigância. Essa oscilação entre períodos de expansão e retração da litigância é o ciclo natural da litigância.

Neste artigo argumentamos que o funcionamento regular do ciclo de litigância depende fundamentalmente da produção de capital jurídico que, por sua vez, depende de dois bens complementares: investimentos das partes privadas em atividades litigiosas (L) e investimentos dos magistrados na produção e manutenção de jurisprudência (M).

Ao investir em atividades litigiosas, as partes privadas se beneficiam apenas da utilidade gerada pelo bem da vida em discussão, não podendo se apropriar inteiramente dos benefícios gerados para o bem-estar social decorrentes da formação de capital jurídico. Tais benefícios são externalidades positivas da atividade litigiosa. Dados os baixos custos para litigar no Brasil, a busca de benefícios privados pode ser suficiente para a realização de investimento ótimo em L, sendo que a jurisprudência será apenas um subproduto desse investimento.

Por outro lado, o mesmo não pode ser esperado dos magistrados. Com toda a estrutura de proteção e independência política, administrativa e financeira de que gozam os magistrados brasileiros, existem poucos incentivos para que estes aloquem recursos adicionais na formação e manutenção de jurisprudência, já que eles podem resolver o conflito (lide) a sua frente sem necessariamente realizar tais investimentos. É essa questão que o presente artigo buscou responder, modelando os incentivos dos magistrados.

Ao reconhecermos o potencial conflito de interesses imanente a qualquer organização burocrática hierarquizada, usamos uma abordagem agente-principal para retratar as hipóteses em que há um conflito de interesses entre graus de jurisdição diversos e suas implicações para a formação de capital jurídico.

O modelo agente-principal mostra que a depender dos mecanismos de coordenação presentes, pode ou não haver incentivos ao magistrado para a formação e manutenção da jurisprudência. Nestes casos, a produção de capital jurídico será uma função da capacidade dos graus superiores de jurisdição de reverem as decisões anteriores e de imporem custos aos magistrados revertidos. Exemplos de mecanismos que podem ser considerados são: indexação das informações; criação de índices de reversibilidade por magistrado e por tese jurídica; controle das taxas de apelação e das taxas de sucesso das apelações; utilização do índice de reversibilidade para fins de promoção por mérito; maior escalonamento dos salários dos magistrados; imposição de penalidades administrativas para magistrados com elevadas taxas de reversibilidade; etc. Todas essas medidas imporiam custos adicionais ao magistrado em caso de reversão ou diminuiriam custos de monitoramento pelo tribunal, e, portanto, facilitariam o autocontrole ou mesmo viabilizariam a criação de um mecanismo de reputação na comunidade judiciária.

O estudo dessa abordagem não apenas ilustra que o comportamento do magistrado pode ser passível de análise juseconômica, mas – e principalmente – informa sob quais condições podemos esperar a realização

de investimentos em capital jurídico. Nos casos em que houver identidade ou similitude de posições, a jurisprudência pode surgir como um resultado natural da cooperação entre as instâncias, sendo recomendada a instalação de mecanismos que reduzam ao máximo os custos associados com a obtenção de informações dos magistrados a respeito do desempenho de seus pares e a seu próprio respeito. Quanto mais transparência e circulação de informações, melhor. Por outro lado, nos casos em que houver divergência de posições, a forma de gerar os investimentos necessários em capital jurídico é pela implementação de mecanismos de uniformização de jurisprudência que reduzam custos de monitoramento dos tribunais e imponham custos aos magistrados na hipótese de reversão.

Desse modo, dada a estrutura de incentivos dos magistrados brasileiros e a ausência de mecanismo que imponham custos adicionais aos mesmos em caso de reversão, concluímos que só será formado capital jurídico suficiente (mais próximo do nível ótimo,  $J^i \rightarrow J^*$ ) nas áreas do direito em que houver relativa similitude de posições em todas as instâncias. Nas demais, é de se esperar certo grau de anarquismo judicial e insegurança jurídica. Considerando que o processo seletivo de magistrados tem caminhado no sentido de atrair membros com históricos e valores cada vez mais diversos, é de se esperar que esse grau de divergência apenas cresça em uma sociedade plural e multivalorativa. O impacto dessa divergência descoordenada ou anarquismo judicial é a sobreutilização do Judiciário e seu congestionamento, com o inevitável o enfraquecimento do Estado de Direito.

## REFERÊNCIAS

- BEATTY, D. M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1998.
- BECKER, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BRENT, J. An Agent and Two Principals: U.S. Courts of Appeals Responses to Employment Division, Department of Human Resources v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act. *American Politics Quarterly*, v. 27, n. 2, p. 233-266, 1999.
- CLARK, T. S. A Principal-Agent Theory of En Banc Review. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 25, n. 1, p. 55-79, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2011.
- COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.
- CONJUR. Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”. *Consultor Jurídico*, 6 Julho 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>.
- COOTER, R. D. Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*, v. 84, p. 1523-1560, Oct. 1984.
- COOTER, R. D.; ULEN, T. S. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DE SOTO, H. *Economia subterrânea: uma análise da realidade peruana*. Rio de Janeiro: Globo, 1987.
- GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006.
- GICO JUNIOR., Ivo T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 269-294, 2013.
- GICO JUNIOR., Ivo T. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 435-464, jul./dez. 2013.

GICO JUNIOR, Ivo T. A Tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *NBER Working Paper Series*, p. 1-69 ago. 1976.

LAW, D. S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1545-1593, jun. 2009.

MARSHACK, J.; RADNER, R. *Economic Theory of Teams*. New Haven: Yale University Press, 1972.

MCCUBBINS, M. D.; SCHWARTZ, T. Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, v. 28, n. 1, p. 165-179, fev. 1984.

MICELI, T. J.; COSGEL, M. M. Reputation and Judicial Decision Making. *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 23, n. 1, p. 31-51, jan. 1994.

POSNER, R. A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.

POSNER, R. A. What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1-41, 1993.

RAMSEYER, J. M.; RASMUSEN, E. B. The Case for Managed Judges: Learning from Japan after the Political Upheaval of 1993. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, p. 1879-1930, 2006.

SATOH, Jun-Ichi. Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v.41, n. 2, p. 603-627, 2008,. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss2/5>>.

SCHNEIDER, M. R. Judicial Career Incentives and Court Performance: an empirical study of the German Labour Courts of Appeal. *European Journal of Law and Economics*, v. 20, n. 2, p. 127-144, 2005.

THE ECONOMIST. Judgment days: The little-known judges on Germany's Constitutional Court exert real influence, not only at home but also abroad. *The Economist*, Karlsruhe, p. 59, 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/13376204>>.

ZUCKERMAN, A. A. S. Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure. In: \_\_\_\_\_. *Civil Justice in Crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 496.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.