SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE FORMAÇÃO 2008

O STF favorece a parte mais fraca?

Análise jurídico-econômica dos litígios entre instituições financeiras e consumidores

Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação 2008

Autor
Thiago de Sousa Leal

Orientadoras
Evorah Lusci Costa Cardoso
Adriana de Moraes Vojvodic

São Paulo, 2008

Sumário

Introdução

Preocupação social e econômica no pós-1988..... 4

A importância do judiciário para a economia..... 5

A politização do judiciário..... 6

Valores como corrupção do sistema jurídico..... 9

A incerteza jurisdicional..... 11

O que pode nos dizer o Supremo Tribunal Federal?..... 13

Metodologia

Delimitação do tema..... 15

Objeto de pesquisa..... 16

Primeiro recorte: material..... 16

Segundo recorte: temporal..... 16

Resultados da busca..... 17

Aferindo a flexibilização..... 17

I - Análise inicial do acórdão..... 18

Identificação de polarização "instituição financeira versus cliente ou consumidor" (terceiro recorte)..... 18

II - Análise do conjunto da votação.....19

III - Análise voto-a-voto.....20

Recursos de flexibilização..... 20

Perguntas..... 24

Resultados da pesquisa

Mapeamento dos casos..... 26

Tipos de casos concretos..... 28

Contratos e a limitação de juros de 12%..... 29

Correção das cadernetas de poupança..... 30

Ações civis públicas..... 31

Leis municipais..... 31

Indenizações..... 31

Resultados dos casos concretos..... 32
Mapeamento dos litigantes..... 32
Iniciativa dos conflitos..... 33
Parte vencedora dos conflitos..... 34
Vitória efetiva das partes..... 35
Mapeamento do conjunto da votação..... 36
Tipos de fundamentação das decisões..... 37
Conteúdo da fundamentação por formalidade..... 39
Questionando a incerteza jurisdicional..... 40
Indícios de jurisprudência assentada..... 40
Mapeamento dos votos particularizados..... 42

Conclusão..... 43

Bibliografia..... 45

Introdução

Preocupação social e econômica no pós-1988

O fundo teórico deste trabalho vem se definindo recentemente, de forma mais acentuada no cenário brasileiro pós-1988, com a promulgação da chamada "Constituição Cidadã". O período histórico de vinte anos que se seguiram foi marcado por alguns aspectos dos quais dois aqui são do interesse desta pesquisa: o primeiro é a temática do combate à desigualdade social e o apelo às instituições como um todo para que atentassem aos anseios populares, que urgiam por uma democracia mais repleta de direitos efetivos. Ou seja, uma resposta ao período de forte fechamento político e intensa opressão que foi a ditadura militar. O segundo aspecto é o grande esforço governamental empregado para lutar contra uma crise econômica severa e estrutural, marcada eminentemente pela acelerada inflação e tímido crescimento, que contrastou fortemente com o "milagre" ocorrido na década de 1970. Também uma resposta a diversos fatores que marcaram a construção de nossa economia durante o século passado. Essas são premissas que tomo para a análise que desenvolverei nesta obra.

Identifico assim nesse cenário logo após a nova Constituição duas grandes espécies de preocupação, as quais chamo aqui de "social" e "econômica". E essas duas preocupações nem sempre irão se traduzir em medidas institucionais harmônicas entre si. Nesse sentido, é possível existir uma espécie de tensão entre a aplicação da justiça (ou aplicação mais efetiva de direitos) e o fomento de eficiência (PINHEIRO, 2001, p. 7). Observando o *locus* do direito, alguns pontos de conflito poderiam ser alçados: leis e

decisões da área trabalhista, ambiental e consumerista, apenas para dar exemplos mais gerais.

O que ocorre nesses casos é que dois interesses se chocam: por um lado, há a proteção ao meio ambiente, aos direitos do trabalhador e do consumidor; partes mais fracas nas relações sociais de trabalho e consumo (o resultado, portanto, da preocupação de ordem social). Por outro lado, os interesses de investidores que vêem nessas proteções desestímulos à sua própria atividade, da qual depende o aquecimento da economia como um todo (situada aqui, então, a preocupação de ordem econômica). Dependendo da situação, virtualmente se tem um *trade-off*, ou seja, um impasse em que um aumento de "proteção social" necessariamente significa uma diminuição de "eficiência econômica" e vice-versa.

A despeito da precisão dessa afirmação, entendo que os estudos recentes na relação entre direito e economia, acerca do caso brasileiro, baseiam-se em maior ou menor medida nessa premissa. Contudo, é preciso antes tratar dos efeitos dos termos aqui utilizados ("proteção social" e "eficiência econômica"), que são de aplicabilidade muito ampla e que precisam ser recortados. Em outras palavras: tanto o que é orientado por uma preocupação social quanto o que é orientado por uma preocupação econômica, da forma como dividido aqui, passam por diversas instâncias da sociedade, do mercado e do Estado brasileiro. O que nos interessa neste trabalho não é como essas preocupações se dão no Congresso, no Palácio do Planalto, nas instituições financeiras ou na imprensa, por exemplo. Interessa-nos aqui como essa dinâmica se desdobra no judiciário – e, mais especificamente, em um especial setor do judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

A importância do judiciário para a economia

Passados vinte anos desde que a promulgação de uma Constituição de forte simbologia na área de proteção dos direitos, assim como vinte anos de

empenho para se desenvolver a economia, há um interesse crescente no papel do judiciário como instituição influente na conjunção dessas duas preocupações. É mais intuitiva a relação do judiciário com as preocupações de cunho acentuadamente social, envolvendo direitos arrolados e apontados eminentemente na Constituição. Porém, nem tão intuitiva é a relação dessa instituição com a dinâmica econômica. Isso vem atraindo outros estudiosos fora da área jurídica, que não são "operadores do direito", para o estudo da dinâmica dos tribunais. Laeven e Majnoni (2003, p. 2), em pesquisa patrocinada pelo Banco Mundial, entendem a importância de um judiciário transparente e eficiente para garantir as operações e o mercado de crédito, garantindo-o mesmo diante de situações desfavoráveis. Pinheiro (2001, p. 2) chega a ser mais explícito, dizendo que há, entre o judiciário e um bom funcionamento do mercado, efetivamente uma forte relação só recentemente reconhecida. Diz ainda que um "bom judiciário" é aquele que, sendo produtor de serviços consumidos pelos agentes econômicos em suas atividades, depende, para sua qualidade, de quatro características: *agilidade*, *previsibilidade*, *imparcialidade* e *baixo custo de acesso*. Segundo Pinheiro, se o judiciário funcionasse "melhor", haveria, por exemplo, aumentos significativos em níveis de produção (13,7%), investimento (10,4%) e emprego (9,4%). Preconiza então reformas e até mesmo apela para que os magistrados reflitam "mais intensamente sobre o importante papel que o Judiciário desempenha no desenvolvimento econômico" (2002, p. 43). Isso mostra que a preocupação em aproximar direito e economia é premente.

A politização do judiciário

Assumindo a escrutinação de Pinheiro, propomo-nos a analisar dois desses quatro critérios; previsibilidade e imparcialidade. Pinheiro (2002, p. 4) diz que "a justiça no Brasil é freqüentemente vista como parcial e imprevisível, com conseqüências negativas, para a economia em particular, que vão muito além das acarretadas pela demora em resolver litígios". Pinheiro associa esse fenômeno com uma "politização das decisões judiciais" (2002, pp. 40-41), e afirma, baseado em sua pesquisa, que ela "freqüentemente resulta da

tentativa dos magistrados de proteger a parte mais fraca na disputa que lhe é apresentada".

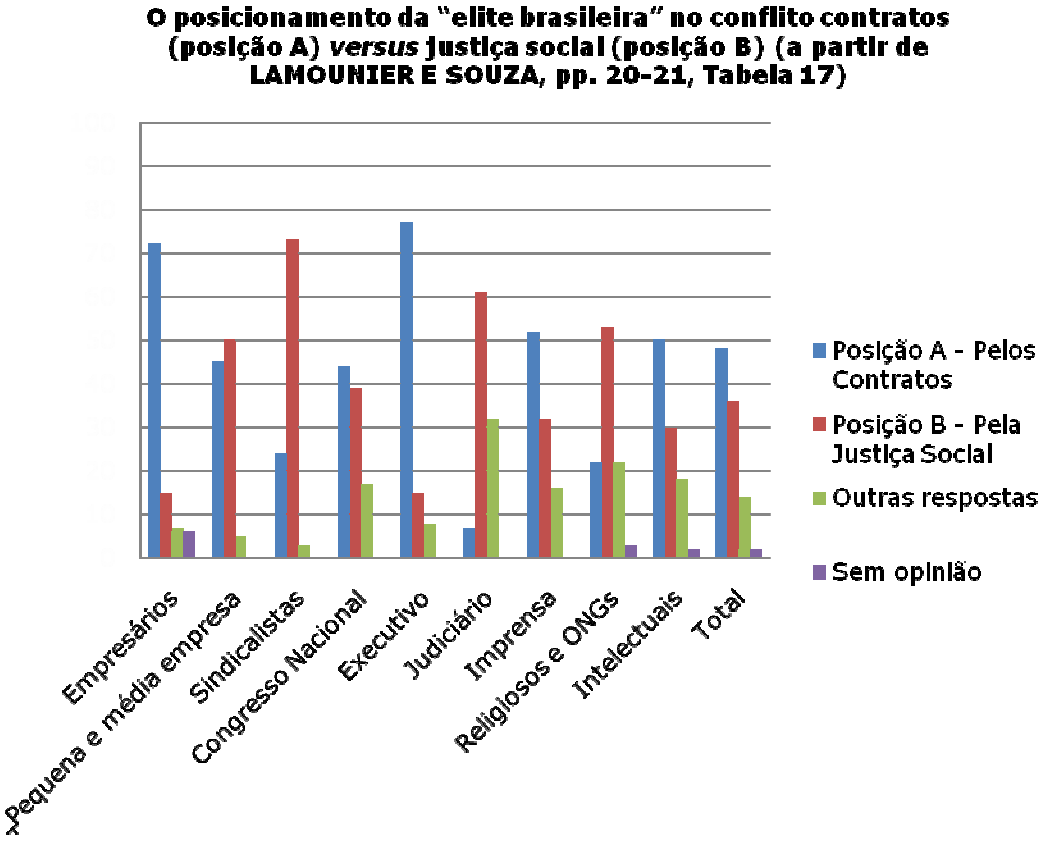
Vejo que o fundo dessa afirmação encontra-se com a premissa de que há, no caso brasileiro, de alguma forma o referido *trade-off* entre justiça social e fomento à economia, como ilustra os dados colhidos por Lamounier e Souza (2002, pp. 20-21, Tabela 17), e também por Pinheiro (2002, p. 23, Tabela 5.15), reproduzidos logo adiante. Trata-se basicamente de uma pesquisa de opinião feita em diversos setores da sociedade embalada pela afirmação de que "em qualquer país, a justiça é sabidamente submetida a duas fortes pressões, uma no sentido do estrito cumprimento da lei, outra no sentido de balizar a aplicação da mesma por considerações de eqüidade social". A pergunta feita, então, fornece-me o entendimento de que há uma polarização entre "cumprimento dos contratos" e "justiça social", que se casa muito bem com a assunção do referido *trade-off*:

> *"Na aplicação da lei, existe freqüentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas. Uns dizem que os contratos devem ser respeitados, independentemente de suas repercussões sociais* [posição A – "Contratos"]*. Outros afirmam que o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos* [posição B – "Justiça Social"]*. Com qual dessas afirmações o Sr. (a) concorda mais?".*

Resultado de Lamounier e Souza, que entrevistou "setores da elite brasileira":

	EMP	PME	SIN	LEG	EXE	JUD	IMP	REL	INT	TOT
Os contratos devem ser respeitados, independentemente de suas repercussões sociais.	72	45	24	44	77	7	52	22	50	48
O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos.	15	50	73	39	15	61	32	53	30	36
Outras respostas.	7	5	3	17	8	32	16	22	18	14
Sem opinião.	6	-	-	-	-	-	-	3	2	2

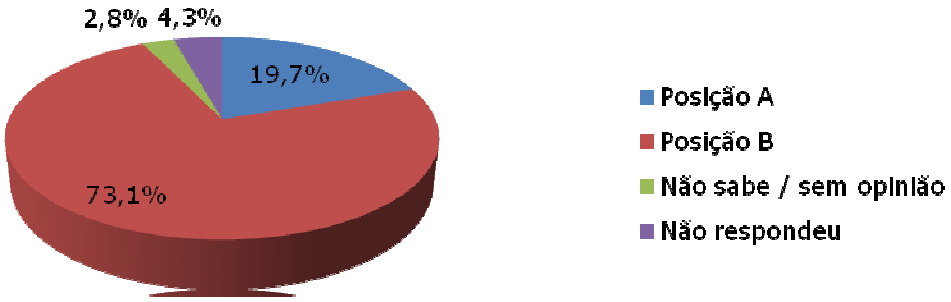
EMP: Empresários. **PME:** Pequena e média empresa. **SIN**: Sindicalistas. **LEG:** Congresso Nacional. **EXE**: Executivo. **JUD**: Judiciário. **IMP**: Imprensa. **REL**: Religiosos e ONGs. **INT**: Intelectuais.



Resultado de Pinheiro, que centralizou a entrevista em magistrados brasileiros:

	Freq.	%
Concorda mais com a primeira (A – pelos contratos)	146	19,7
Concorda mais com a segunda (B – pela justiça social)	542	73,1
Não sabe / sem opinião	21	2,8
Não respondeu	32	4,3

O posicionamento dos magistrados brasileiros no conflito contratos (posição A) *versus* justiça social (posição B) (a partir de PINHEIRO, 2002, p. 23, tabela 5-15).



Pinheiro conclui que isso tudo mostra que "o magistrado brasileiro se vê como responsável por promover a mudança social e em particular reduzir as desigualdades sociais, dispondo-se com freqüência a ignorar não apenas os contratos mas também as leis na busca desse objetivo" (2002, p. 41).

Entendo, dado todo o contexto, que isso necessariamente se traduz numa despolitização dos juízes e num esforço para que ajam previsivelmente, deixando de "ingenuamente" favorecer a parte mais fraca.

Valores como corrupção do sistema jurídico

Acerca dessa politização do judiciário, Gonçalves situa uma interessante

investigação recentemente iniciada, ainda a ser publicada. O trabalho reúne a teoria dos sistemas com as escolas de pensamento social brasileiro, sobre âmbito do direito. Partindo de Weber, passando por Parsons e chegando a Luhmann, entende que a Constituição de 1988 absorveu de tal maneira valores sociais no direito que praticamente deixou o sistema jurídico desnaturado.

Trabalhando com a idéia de *incerteza* e de sua contenção pelo direito, Gonçalves parte da interpretação jurídica pela perspectiva luhmanniana, que apresenta quatro sínteses de sentido para realização dessa tarefa: *pessoas, papéis, programas decisórios* e *valores* (Parte IV, *mimeo*). Essas sínteses de sentido são sínteses em relação aos sentidos possíveis das expectativas normativas. Quanto mais complexas essas expectativas (ou seja, quanto maior a contingência, quanto mais resultados forem possíveis além dos previsíveis), mais necessário se faz o uso de algo que contenha essa imprevisibilidade. Dentro do direito, temos então a defesa do princípio da *segurança jurídica*. O direito serviria para, auxiliado por toda sua sistemática, diminuir a incerteza típica das expectativas nas relações sociais. E essa sistemática, por sua vez, pode apresentar as quatro sínteses de sentido apontadas acima (quatro tipos de redutores de incertezas, de redutores de sentidos possíveis para a norma).

De maneira bem simplificada, a síntese de sentido "pessoa" é emanada por um indivíduo que, graças à sua influência social, concentra poder decisório em si. Tal síntese possui baixo grau de abstração, limitando-se a poucos casos concretos e individualizados. Mais elaborado e com maior grau de abstração é a síntese "papel social", que subsiste à figura do indivíduo que o assume e abarca um campo maior de situações, pois concentra o poder decisório em uma função. Contudo, para uma sociedade tal qual experimentamos hoje, os papéis sociais ainda seriam insuficientes para conter a complexidade social.

Mais pertinente que a síntese de sentido "pessoa" seriam os "programas decisórios", que com um grau ótimo de abstração fariam uso de regras

eminente e excelentemente jurídicas, gerais e não confundíveis com outros códigos de resolução de conflitos, normatizando pessoas e funções sociais, dizendo qual é o sentido de uma norma, e o que está e não está dentro da moldura jurídica.

Porém, há possibilidade de a abstração expandir-se mais, havendo a adoção de síntese de sentido "valor". Valores sociais, embora também sejam agregadores de expectativas, são abstratos demais; perdem a tatilidade e capacidade de diferenciação, retornando à fase pré-jurídica de tensões incontidas e imprevisíveis. A politização do judiciário então, ao incorporar valores sociais de aplicação prática incerta, estaria por recebê-los como "presente de grego", verdadeiro "cavalo de Tróia" a corromper o sistema jurídico (Parte V, *mimeo*). Seria então, uma politização iludida por um objetivo de garantir direitos, mas levada a sabotar o próprio direito.

A incerteza jurisdicional

Limito-me aqui tratar da *incerteza jurisdicional*. De acordo com Gonçalves, a Constituição de 1988 é um marco na assunção de valores (como síntese de sentido). Contudo, ao mesmo tempo, o Brasil não teria ainda esgotado a síntese de sentido da pessoa, o que criaria uma situação incoerente do ponto de vista da sistemática jurídica: as decisões se orientariam com base em particularismos, relações de simpatia, confiança e aparências. Mas todo esse processo seria encoberto por uma excessiva retórica, que teria espaço ideal para ser exercitada, uma vez que os valores permeiam largamente os textos normativos.

Gonçalves conclui que "a decisão jurídica verifica-se com base no sentimento de simpatia e de confiança do magistrado em relação à parte", em que há uma orientação "conforme um sentido de justiça movido pela pessoalidade e pelo particularismo" (Parte V, *mimeo*).

Nesse ponto, enxergo uma convergência entre os raciocínios de Pinheiro e Gonçalves, na medida em que associo a "corrupção do sistema jurídico" com a disposição do magistrado em "ignorar contratos e leis em busca de uma justiça social". Os juízes brasileiros acabariam atingindo indireta e justamente quem eles crêem estar ajudando. Nas palavras de Pinheiro (2002, p. 43): "este posicionamento reduz a segurança jurídica com que se desenrola a atividade econômica, e pode fazer com que determinados mercados não se desenvolvam, possivelmente prejudicando exatamente os grupos sociais que os juízes buscam beneficiar". Ou seja, visualizo uma possível relação entre a promulgação da Constituição de 1988 com uma crescente disposição dos magistrados em favorecer os mais fracos.

Ferrão e Ribeiro (2006, pp. 2-3) abordam também o assunto e resumem sucintamente a incerteza jurisdicional como "viés contra o credor", "comprovada pela disposição dos juízes em afastar o contrato em nome da justiça social". As referências nesse trabalho apontam também para Lamounier e Souza (2002) e Pinheiro (2002).

Contudo, para Ferrão e Ribeiro (2006, pp. 5-6), tal proposição, conforme explicada até aqui, carece de fundamentação consistente. Afinal, se esses próprios estudos consideram que o judiciário é um elemento do mercado como um conjunto, é preciso considerar que os juízes – peças centrais dessa maquinaria – também são agentes econômicos que buscam maximizar sua utilidade. A maneira como o sistema jurídico é escalonado constitui um óbice para uma atitude transgressora do magistrado, que ao invés de ser movido intensamente por seu eventual senso de justiça social, acaba mais sensível à crítica de seus pares, de outros profissionais do direito ou mesmo pressionados pela coerção de uma reforma de suas decisões em instâncias superiores (fator esse que influi diretamente na ascensão da carreira, como bem lembram Ferrão e Ribeiro neste excerto). Concordo com Ferrão e Ribeiro, em que é necessário observar como as opiniões dos juízes são refletidas em suas decisões. Os dois pesquisadores buscam, nesse trabalho, evidências de

um eventual favorecimento à parte mais fraca não em pesquisa de opinião, mas em diversas decisões judiciais, em diversos órgãos, lugares e matérias.

O resultado de Ferrão e Ribeiro mostra que, ao contrário do que se poderia intuir das pesquisas de Lamounier e Souza e também de Pinheiro, a parte mais rica terá 45% de chance a mais de ter um contrato mantido ao seu interesse. Os contratos, quando afastados, assim o serão somente nas áreas em que a legislação manifestamente protege a parte mais fraca, contrariando também a assertiva de que os juízes chegam a desrespeitar a lei em prol de uma pretensa justiça social (FERRÃO E RIBEIRO, 2006, pp. 1-2, 16-17).

O que pode nos dizer o Supremo Tribunal Federal?

Este trabalho se propõe à análise de decisões, especificamente acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF). A escolha por esse tribunal se justifica por ser a instância final do sistema jurídico brasileiro. Ou seja, se existe nos debates e processos da justiça brasileira uma "palavra final", o estudo da jurisprudência do STF, e da ocorrência ou não de parcialidade em favor da parte mais fraca, é central na investigação da parcialidade e da previsibilidade do judiciário como instituição. Levo ainda em consideração a abrangência que tais acórdãos podem ter ao tratarem de questões econômicas com impacto nacional.

Ao mesmo tempo, visualizo que a crítica que acusa a atual Constituição de ter absorvido valores desestabilizadores do sistema jurídico, inclusive em seu próprio texto normativo, poderá ser testada empiricamente por meio do estudo das decisões do STF. Afinal, é ele o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, e suas decisões devem necessariamente se pautar pelo que ela diz.

Por fim, a escolha do STF também é um esforço de focalização da pesquisa. As duas pesquisas centradas no judiciário (PINHEIRO, 2002; FERRÃO E

RIBEIRO, 2006) não têm atenção na última instância. Ferrão e Ribeiro abordam outros tribunais, e Pinheiro lança seus questionários a somente uma amostra de 3 ministros dessa corte. Aqui, tentarei aprofundar a análise empírica e específica da argumentação apresentada pelo STF, para então descobrir onde a corte mais alta de nosso país se situa em meio a esse debate, nos termos que apresentarei no capítulo metodológico.

Deste modo, a pergunta que norteará a análise da jurisprudência do STF neste trabalho é: existe flexibilização do contrato e da lei nas decisões do STF em favor do mais fraco?

Metodologia

Delimitação do tema

O debate exposto no capítulo introdutório é bastante amplo. Meu intuito de observar o STF não percorrerá, portanto, todas as áreas estudadas por Ferrão e Ribeiro (2006); limitarei este trabalho em apenas um dos oito temas abordados em sua pesquisa: o consumerista.

Mesmo dentro dessa área, não irei proceder a uma análise extensiva de todos os acórdãos no tema, ao mesmo tempo em que não selecionarei apenas os casos que envolvem estritamente contratos.

O segundo recorte se fará pela análise de casos que envolvem *interesses dos consumidores e de instituições financeiras*.

A primeira razão deste recorte decorre da relação entre judiciário e economia, como exposta na introdução. As instituições financeiras são agentes de grande volume e importância no cenário econômico, e suas atividades encontram muitos limites delineados pelo poder judiciário e pelo direito.

A segunda razão tem a ver com a possível parcialidade do judiciário, tendendo a favorecer "a parte mais fraca" em suas decisões. No STF, decisão emblemática nesse sentido é o RE-AgR 271.286, em que se concede medicamentos a indivíduos que os pleiteiam perante a administração pública. A crítica a esse tipo de decisão seria que, ao favorecer a parte que não tem condições de comprar os medicamentos que lhe são necessários, passando por cima da política governamental de saúde, o magistrado feriria de tal forma o orçamento público que, no fim das contas, com a saúde pública desestruturada, quem mais seria prejudicado seria justamente a parte ainda mais fraca, incapaz não somente de comprar remédios, mas até mesmo de mover uma ação judicial.

As semelhanças entre esse caso e o cenário abordado nesta pesquisa são: a) o magistrado é parcial e favorece quem lhe parece mais fraco em um caso que aprecia; b) ao fazer isso, ele desestrutura a sociedade e indiretamente prejudica justamente quem é socialmente mais fraco.

Restaria saber se, assim como em casos de concessão de remédios a particular *versus* orçamento da saúde pública, haveria um viés favorável a esse mesmo particular quando em conflito não com o governo, mas com instituições financeiras.

Objeto de pesquisa

Primeiro recorte: material

O material de pesquisa foi colhido dentre os acórdãos selecionados no sítio eletrônico do STF, pela sua ferramenta de busca jurisprudencial, com os parâmetros definidos na seguinte fórmula: [(banco ou instituição financeira) e (cliente ou consumidor)].

Aplicar essa fórmula significa buscar todas as decisões cuja ementa ou indexação, ou ainda legislação e observações contenham um dos termos dentro do primeiro parêntese (banco ou instituição financeira) necessariamente acompanhados de um dos termos dentro do segundo parêntese (consumidor ou cliente).

Segundo recorte: temporal

Procedi ao recorte temporal escolhendo o período exato de vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, de 05 de outubro de 1988 a 05 de outubro de 2008 (acórdãos *publicados* durante esse período). A razão para o recorte dessa maneira se relaciona diretamente com o afirmado por Gonçalves, acerca da absorção por esse documento de valores

ameaçadores ao sistema jurídico. Conforme relatei na introdução, aliando essa afirmação às pesquisas aqui resumidas em Pinheiro (2001, 2002), observo uma possível convergência, de que a Constituição de 1988 facilitou a disposição dos magistrados de favorecer a parte mais fraca. Visualizo que esse recorte temporal, então, é uma boa oportunidade para testar empiricamente essa convergência.

Resultados da busca

O procedimento acima selecionou 76 acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Contudo, nesse universo havia alguns acórdãos que não tratavam de um litígio direto entre os interesses de instituições financeiras e os de clientes ou consumidores. Isso reduziu o campo desejado em 60 acórdãos. Dentre esses 60, somente um caso foi rejeitado, por ser uma medida cautelar em ação inacabada.

Aferindo a flexibilização

Para responder, por meio da análise jurisprudencial do STF, à principal pergunta deste trabalho – Existe flexibilização do contrato e da lei nas decisões do STF em favor do mais fraco? – é preciso explicar o que assumo por "flexibilização".

Entendo que ela se dá em relação um objeto, e este será, aqui, conforme sugere Pinheiro (2002, p. 41) o contrato e a lei. A hipótese aqui então é a de que quanto mais o STF se afastar do contrato e da lei, fundado em um sentimento de promoção de justiça social, mais flexível ele será na aplicação do direito em favorecimento da parte mais fraca.

Para proceder a essa investigação, elaborei o que chamo de *escrutínio de flexibilidade*. Trata-se de uma série de perguntas que subsidiam a questão central desse trabalho.

I - Análise inicial do acórdão

Identificação de polarização "instituição financeira versus *cliente ou consumidor" (terceiro recorte)*

O principal modo de identificar a polarização é conferir as partes da ação, (ou seja, se o litígio reúne, como autor e réu, instituições financeiras e clientes ou consumidores) e qual delas é a vencedora (em termos genéricos de ação deferida / ação indeferida).

É preciso ainda verificar se o quadro final de vencedor e vencido reflete também interesse vencedor e interesse vencido, pois, como se verá, a dinâmica processual do STF nem sempre significa que o perdedor da contenda, em determinado momento, tenha só por isso seu maior interesse frustrado. A análise dessa dinâmica, inclusive, se feita para descobrir quem provoca mais o tribunal, pode oferecer indícios da relação dos casos com a morosidade do STF, que também é tratada por Pinheiro (2002, p. 12 e ss.). Cumpridas essas duas etapas, não posso deixar de proceder à verificação da representação de interesses; se tanto um quanto o outro lado estão tendo seus interesses defendidos não por eles próprios, (consumidor individual e instituição financeira particular) mas por representantes que podem ser confederações sindicais, organizações não governamentais, Ministério Público e até mesmo municípios. Em sede de ação direta de inconstitucionalidade, existe um complicador: nem sempre é possível observar claramente qual dos interesses prevalece (como na ADI 2.591).

Por fim, tentarei organizar os padrões de representação, tipos de caso e suas especificidades. Não sendo possível identificar esse antagonismo, o acórdão

será descartado.

II - Análise do conjunto da votação

Os dados que colherei nessa fase tratam primeiramente da extensão do acórdão, sessão em que foi julgado, tempo de trâmite; dados mais exploratórios.

Passada essa análise mais formal desse bloco, procedo à constatação mais substantiva, acerca de qual é a base do julgamento e quais são os seus detalhes, para tentar traçar um perfil mais detalhado das fundamentações dos juízes.

III – Análise voto-a-voto

Analisando cada voto individualmente a partir desse momento, colherei os resultados de cada manifestação (se pelo deferimento ou indeferimento), qual parte vitoriosa na ação em específico e qual interesse, no conjunto, prevaleceu.

Passada essa análise mais formal desse bloco, novamente tentarei proceder a uma análise mais substantiva, e para isso, testarei um escrutínio também elaborado por mim especificamente para esta pesquisa, que chamo de *recursos de flexibilização*.

Recursos de flexibilização

Observar a ocorrência de certos elementos argumentativos que poderiam auxiliar o juiz a decidir pela violação dos contratos e da lei, como o emprego de recursos persuasivos que apóiem a decisão judicial no sentido de lhe conferir legitimação o bastante para proceder contra o direito.

Entendo que ao decidir o magistrado enfrenta um estado atual de fatos e de

direito que possui uma tendência de aplicação. Flexibilizar o direito é contrariar essa tendência, e significa suportar um ônus que é aliviado conforme o julgamento recorre a elementos de persuasão que lhe conferem legitimidade. Não me vali de nenhum estudo especializado em análise do discurso, retórica ou afins, mas construí um escrutínio voltado especificamente para o que presenciei nos acórdãos estudados. A hipótese aqui é que, via de regra, quanto mais recursos de flexibilização o magistrado utiliza, mais chances há de ele estar flexibilizando o direito, pois mais ele precisa aliviar o ônus que advém dessa atitude.

Obviamente, esse raciocínio precisa ser feito com cautela. Cada magistrado possui um estilo próprio de decidir. Ou seja, é possível que um magistrado use uma série de recursos argumentativos sem com isso buscar a flexibilização do direito ou da decisão, contra a lei, em benefício da parte mais fraca.

Contudo, a atual conjuntura do STF não favorece o uso extensivo de recursos argumentativos além do necessário para a decisão. De acordo com o próprio STF, nas últimas duas décadas (1988 a 2007 – o último ano completamente contabilizado), o número de processos distribuídos no tribunal aumentou em mais de seis vezes (de 18.674 processos, saltou para 112.938 – vide gráfico 3). A quantidade de processos distribuídos em 2007, para um tribunal de 11 juízes, significa 10.267,09 processos para cada ministro ou 28,12 por dia. Comparado ao ano de 1988, cujo número foi de 4,65 processos por ministro por dia, esse número aumentou em quase sete vezes (vide gráfico 4). Como o tribunal não julga somente por decisões monocráticas, mas também em turmas e em sessão plenária; e como essa conta não exclui fins de semana, feriados ou recessos, o resultado final é ainda mais desfavorável ao cotidiano profissional dos 11 ministros. Isso vem provocando o judiciário a tomar decisões que promovam a celeridade dos julgamentos de diversas maneiras. Colocado tudo isso, assumo que, ainda considerando o eventual empenho do magistrado em produzir um voto exaustivamente fundamentado, sempre que possível ele só trará os argumentos minimamente necessários para decidir a questão.

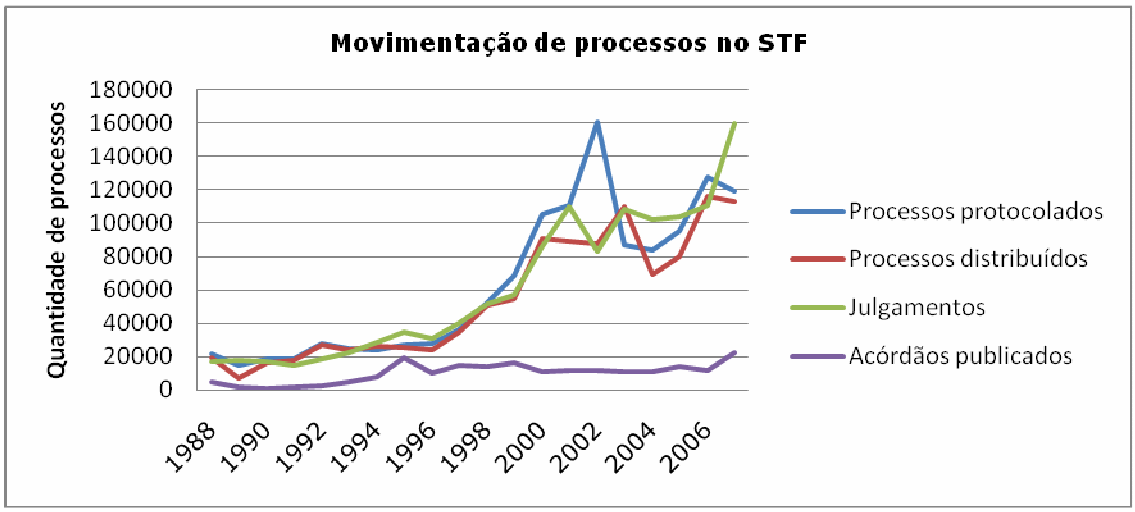


Gráfico 3: Movimentação de processos no STF de 1997 a 2007 (a partir do site www.stf.jus.br, acessado em 15/11/08)

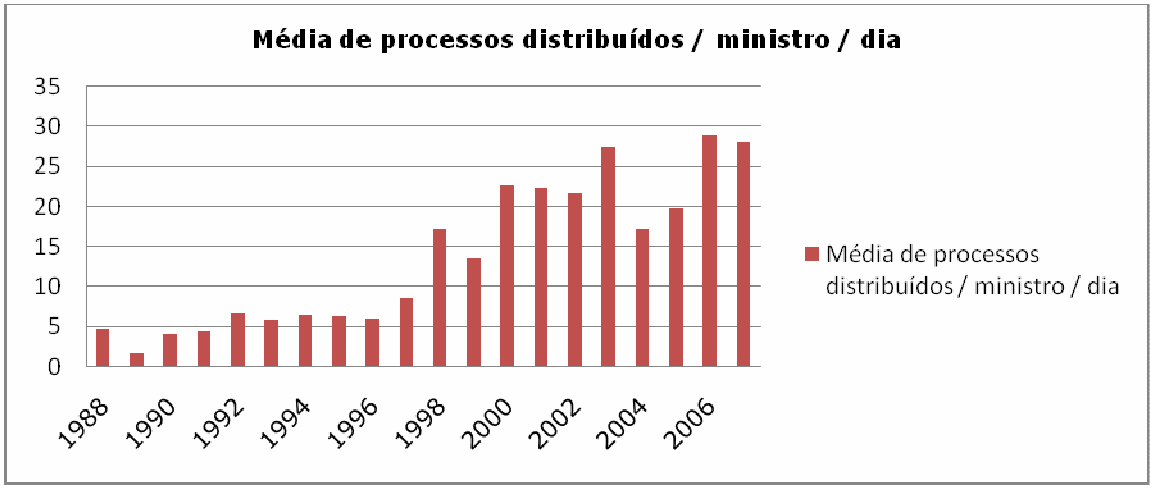


Gráfico 4: Média de processos distribuídos por ministro do STF, por dia, de 1997 a 2007 (a partir do site www.stf.jus.br, acessado em 15/11/08)

Dessa maneira, explico abaixo os oitos recursos argumentativos de flexibilização que compõem o escrutínio construído para este trabalho:

A) **Análise contra-fática** (ou conseqüencialista não-jurídica) (C-F): trata-se basicamente da previsão dos efeitos da decisão. Esta análise necessariamente se fará com considerações acerca do que não existe e virá, ou poderá vir a existir.

B) Análise extralegal (EL): utilização de recursos históricos, sociológicos ou mesmo midiáticos, dentre outros. Uma consideração de dados colhidos fora do texto legal e que necessariamente se reportam ao passado ou ao presente.

C) Análise principiológica (AP): utilização de princípios para interpretar ou reinterpretar dispositivos legais. Não é minha intenção perfazer uma análise precisa da dogmática do que é princípio; apenas tomo, para efeitos argumentativos, a sua força persuasiva, que pode ou não, no decorrer do acórdão, ser mais ou menos bem estruturada de acordo com alguma teoria.

D) Abstração ou concreção do caso (ou conseqüencialista jurídica) (A/C): utilização de argumentação que se limita ao caso concreto ou, pelo contrário, abstrai-se dele pensando em casos hipotéticos, eventuais, futuros. É um recurso de flexibilidade que lida com a possibilidade de outros casos judiciais, não meramente no efeito material da causa em questão (análise contra-fática), sendo, nesse sentido, de cunho mais processualista.

E) Invocação de doutrina (Dt): invocação de trechos de obras da temática jurídica. Assumo que um voto com muitas referências a elementos doutrinários pode servir para diluir o ônus argumentativo do ministro votante nos autores em que se apóia.

F) Invocação de parecer do caso (Dt-MP): porta a mesma idéia do recurso anterior. A diferença aqui está na fonte: trata-se de pareceres que constam do próprio processo, que via de regra é manifestação do Ministério Público, por meio da Procuradoria Geral da República (PGR). Novamente, pressuponho que a invocação, em voto, do parecer da PGR possa indicar uma forma de diluição do ônus que o magistrado suporta ao decidir de determinada forma.

G) **Precedente** (Pr): o precedente é normalmente usado como forma de reforçar a argumentação do voto, portanto, um elemento persuasivo. A aplicação do precedente confere continuidade à jurisprudência e a um determinado estado de coisas. Nesse sentido, assumo que se a idéia é flexibilizar um estado de coisas, o precedente não deverá ser usado fartamente, e sim outros recursos, principalmente os quatro primeiros.

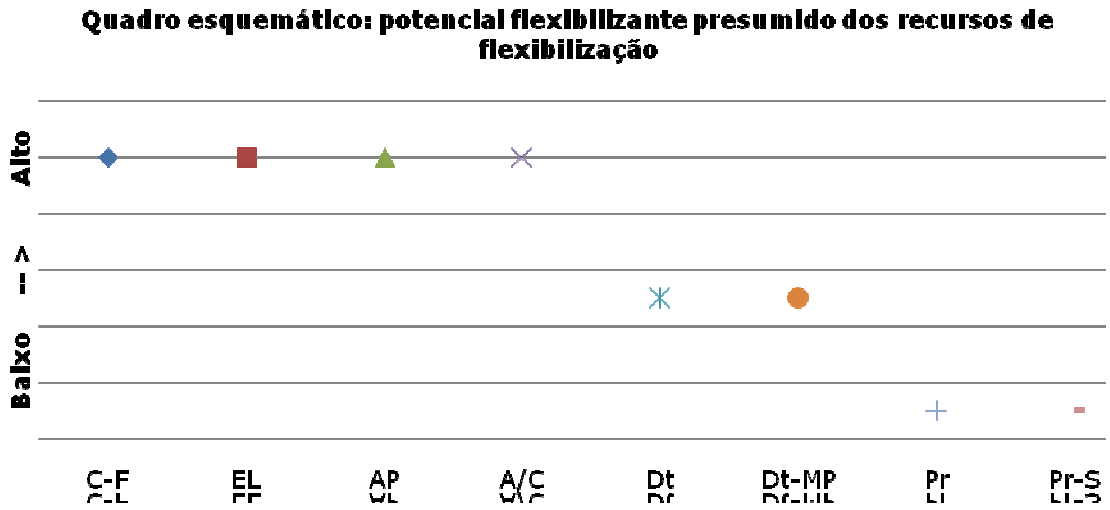
H) **Precedente sumulado** (Pr-S): porta a mesma idéia do recurso anterior. A diferença é que não se reporta a decisões individuais anteriores, e sim a súmulas do STF, que são compêndios de jurisprudência assentada do órgão (RISTF, art. 102) e que, inclusive, dispensam o juiz que as invocam de referir-se a outros julgados do mesmo sentido (RISTF, art. 102, §4º).

Reuni esses recursos em três grupos, conforme a sua tendência/potência de flexibilização. O primeiro grupo que considero é o composto por análise contra-fática, extralegal, principiológica e de abstração ou concreção de caso. Todos esses recursos independem grandemente de referências ao direito estritamente positivado, com a eventual exceção da análise principiológica. Esta, contudo, por sua natureza, possui alto teor de abstração e uma grande margem de interpretação, sendo potencialmente muito instável. Portanto, escolhi esses quatro recursos de flexibilização como os mais fortes para se promover uma guinada no *status quo*. Assumo que quanto mais desses forem encontrados nas decisões, maior é a chance de um magistrado querer flexibilizar um estado atual de direito.

A doutrina e pareceres da PGR formam o grupo intermediário. Calculei a força flexibilizante deles como média. A razão disso é que, se a doutrina é pacífica, ela faz parte do estado atual de direito, então sua invocação tenderá mais para a manutenção das coisas do que para a flexibilização delas. Se a doutrina não é pacífica, então sempre será possível, em casos de debate, haver invocação de entendimento contrário. De forma que a doutrina acaba, se a intenção for a

flexibilização, servindo mais de base à aplicação dos recursos do primeiro grupo (C-F, EL, AP e A/C). O mesmo de certa forma serve aos pareceres da PGR: a orientação de seu sentido pode ou não ser invocada no voto.

O último grupo é o composto pelos precedentes e precedentes sumulados. Considero-os como os elementos mais fracos para se proceder à flexibilização de qualquer direito ou entendimento, pelo simples fato de que eles são a própria referência ao passado e o apelo à manutenção do estado de coisas e de direito. Entretanto, é também possível que determinados aspectos de um precedente possam ser flexibilizados, até mesmo passados por um tratamento de recursos do primeiro e segundo grupos. Nesses casos, o ônus argumentativo parece ser ainda maior e, portanto, mais improvável de ser enfrentado por um magistrado.



Resumindo essa explicação em uma série de perguntas direcionadas aos casos analisados, organizo-as da seguinte maneira:

Perguntas

Dados do acórdão

- Nome e nº do acórdão
- Pólos
- Patronos

I - Análise inicial do acórdão

1. É possível identificar a polarização de interesses "instituição financeira *versus* cliente ou consumidor"?
2. Qual é o interesse que recorre?
3. Quantos recursos ele interpõe?
4. Qual é o tipo ativo?
5. Qual é o tipo passivo?
6. Qual é o tipo de caso?
7. Qual é a especificidade do caso?
8. Qual o resultado da ação?
9. Qual parte vence a contenda?
10. Observando o conjunto, qual interesse prevalece?

II - Análise do conjunto votação

11. Quantas páginas o acórdão possui?
12. É julgado em que sessão?
13. Quanto tempo de trâmite?
14. Há algum ministro ausente?
15. Quantos ministros se manifestam?
16. Quantos debates ocorrem?
17. Unanimidade ou maioria?
18. Qual é a base do julgamento?
19. Quais são os detalhes dessa base?

III - Análise voto-a-voto

20. Qual o resultado do voto?
21. O voto deu vitória para qual parte?
22. O voto atendeu a qual interesse?
23. Existe análise contra-fática?
24. Existe análise extralegal?
25. Existe análise principiológica?
26. Existe abstração ou concreção do caso?
27. Existe invocação de doutrina?

28. Existe invocação de doutrina da PGR?

29. Refere-se a precedente?

30. Refere-se a precedente sumulado?

Tais perguntas servem de subsídio para responder à pergunta fundamental desta pesquisa, que será retomada na conclusão deste trabalho.

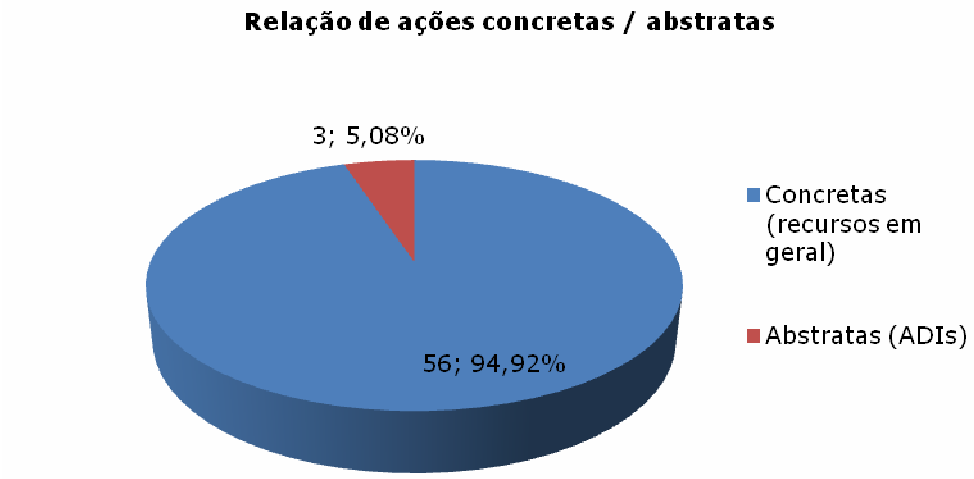
Resultados da pesquisa

Mapeamento dos casos

Analisados todos os acórdãos conforme detalhado no capítulo metodológico, foi possível delinear um mapa das ações compreendidas no universo selecionado (de 59 acórdãos), que divido nos tópicos abaixo.

Casos abstratos versus *casos concretos de controle de constitucionalidade*

Primeiramente, é notável que, com relação ao tipo de caso, se de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade, a divisão seja de 3 casos abstratos (2 ações diretas de inconstitucionalidade e embargos sobre uma delas) e 56 casos concretos (recursos extraordinários, agravos, embargos e reclamações). Isso mostra que muito raramente discute-se algo de efeito geral e indeterminado; a rotina decisória refere-se a casos concretos, com partes determinadas.

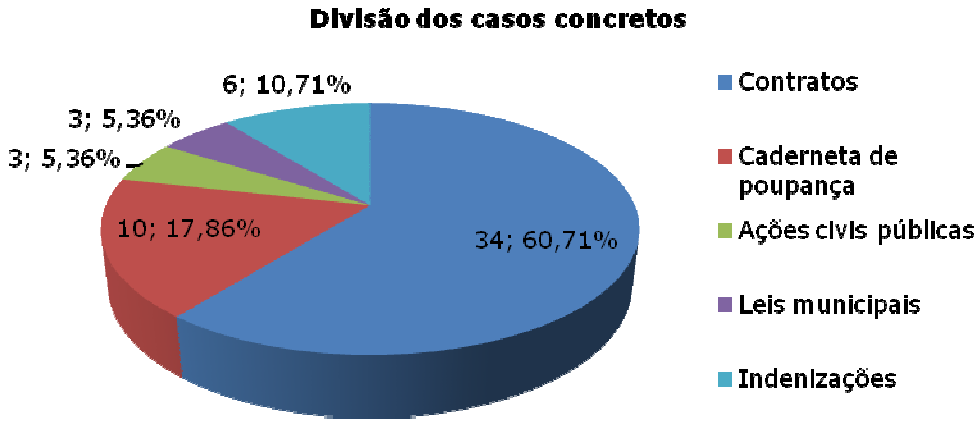


Dada a complexidade que uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) pode oferecer (como se mostrará no acórdão ADI 2.591), isso acaba de certa forma facilitando a análise deste trabalho, pois procedendo à análise de caso concreto torna-se mais fácil observar eventuais manifestações de favorecimento do magistrado a alguma parte.

Por outro lado, decisões sobre leis em casos abstratos podem se revestir de grande importância, a ponto de direcionar decisivamente toda a realidade brasileira. Ou seja, ações como ADIs são decisões de amplo impacto.

Tipos de casos concretos

Começando com a análise dos casos concretos, o panorama é de 56 acórdãos, e as ações se dividem basicamente em quatro tipos: ações envolvendo indenizações (6 acórdãos), leis municipais (3), discussões acerca de ação civil pública (ACP, 3), problemas com cadernetas de poupança, (10) e, por fim, contratos em geral (34). Ressalto que entre os 10 acórdãos pertinentes a cadernetas de poupança, 7 deles também são provenientes de ações civis públicas. Contudo, reuni-os no tipo "caderneta de poupança" para otimizar a classificação, uma vez que esse assunto é de fato recorrente - enquanto as ações civis públicas que não tratam de poupança referem-se, as três, a assuntos diferentes (sobre cartão de crédito e instalação de dispositivos de segurança e conforto nas agências). Em um desses três acórdãos (AI-AgR 566.805) não foi possível saber qual é o fundo da questão, somente a discussão sobre substituição processual.



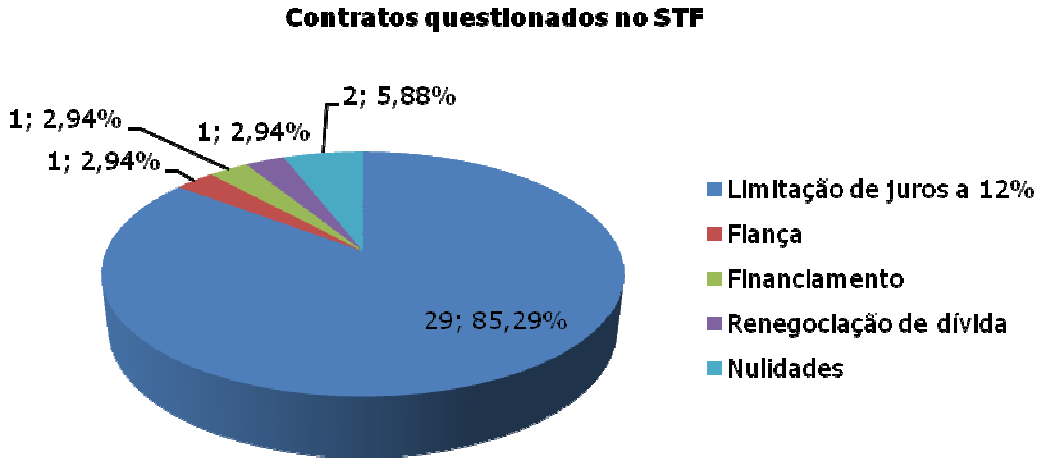
Até aqui, os dados mostram que a maior parte das ações que chegam ao STF (60,71%) corresponde diretamente ao possível *trade-off* existente entre fomento à economia e proteção de direitos. Em outras palavras, significa que também no STF há uma discussão casuística e presente acerca dos termos e cumprimento dos contratos – que, se são discutidos no judiciário, é porque são impugnados ante algum direito. Reforça-se o cenário encampado por Pinheiro

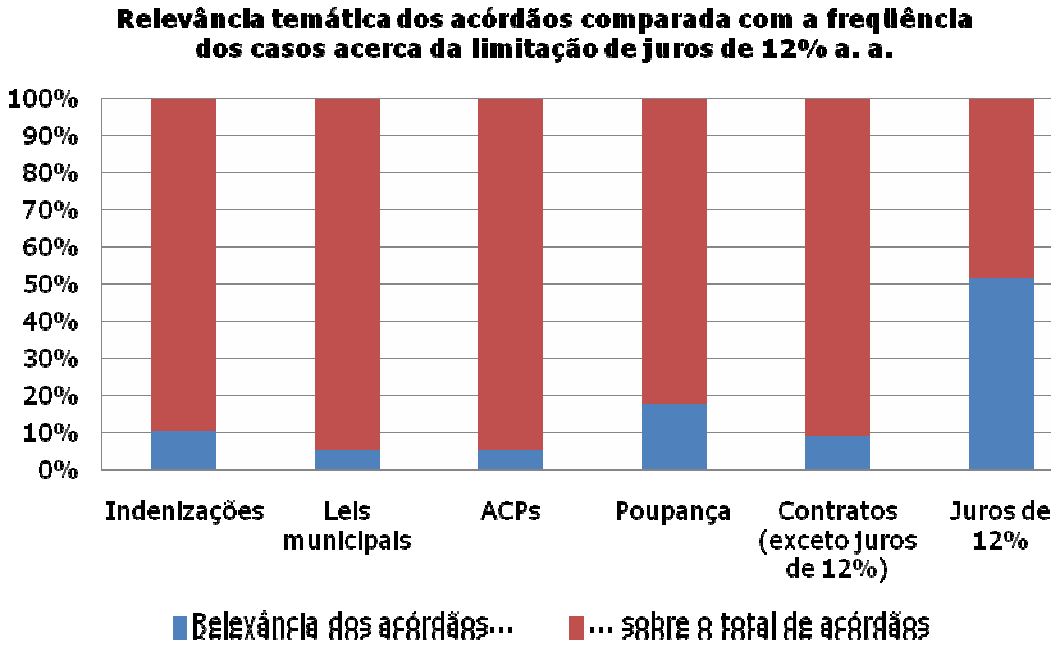
(2001, 2002) e Ferrão e Ribeiro (2006).

Contratos e a limitação de juros de 12%

Ao observar os tipos de contrato de que tratam as ações, um elemento interessante se revela: 29 dos 34 casos (85,29%) sobre contratos tratam da limitação de juros a 12% ao ano, tema polêmico que foi discutido inclusive em controle concentrado pelo STF, numa das primeiras ADIs, a de número 4. Em termos absolutos, isso representa 51,78% dos casos. Isso significa que mais da metade do que é debatido no STF acerca de interesses entre instituições financeiras e consumidores trata da possibilidade legal dessa limitação dos juros a 12% ao ano.

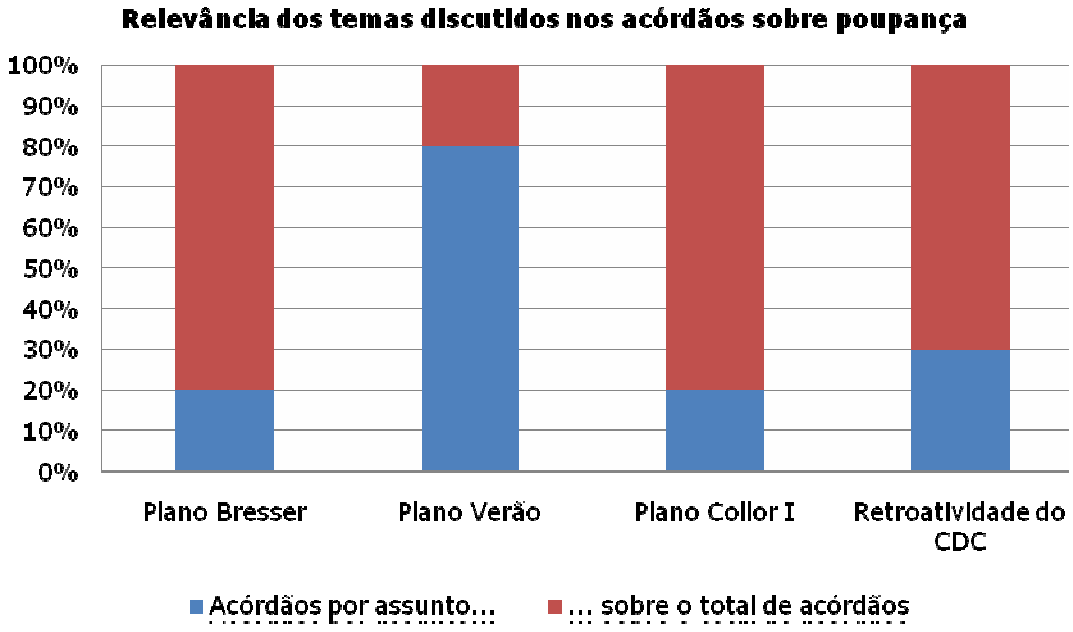
Outros temas relacionados a contratos foram fiança (1), financiamento (1) e renegociação de dívida (1). Com relação ao restante de casos, apenas a categoria que chamei de "nulidades" conta com 2 ocorrências. Nada mais são do que decisões que entendem haver nulidade no contrato e por isso o afastam. Essas 5 decisões, sendo 4 delas distintas, não me oferecem subsídio o bastante para afirmar qualquer tendência jurisprudencial no STF.





Correção das cadernetas de poupança

Quanto ao mapeamento dos casos restantes, no assunto da poupança, o pano de fundo é a transição da década de 80 para 90, quando diversos planos econômicos encampados pelos presidentes da república José Sarney e Fernando Collor de Melo promoveram, dentre outras coisas, perdas reais nas remunerações das cadernetas. Pelo menos 9 dos 10 casos tratam manifestamente de sua correção perante instituições financeiras e 3 debatem a possibilidade de retroatividade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre elas. O CDC, promulgado em setembro de 1990, havia surgido depois dos planos que são contestados nesses acórdãos: Bresser, de junho de 1987 (Decretos-Lei 2.335, 2.336 e 2.337, anteriores à atual Constituição); Verão, de janeiro de 1989 (Medida Provisória 32, convertida na Lei 7.730), e Brasil Novo ("Collor I", MP 168 convertida na Lei 8.024), de março de 1990. À parte disso, dois acórdãos são de pleitos por correção a mais de um plano (RE-ED 395.384, sobre planos Bresser, Verão e Collor I e RE-AgR 366.064, sobre planos Bresser e Verão) e um deles (AI-AgR 650.404) não dá pistas de qual plano seja questionado.



Ações civis públicas

Excetuando-se as 7 ACPs que buscam a correção das cadernetas de poupança, o que resta são somente duas ações em que se questiona a legitimidade ativa dos representantes dos interesses do consumidor (Ministério Público e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC; respectivamente RE 441.318 e AI-AgR 566.805) e uma ação que questiona a competência do município para legislar sobre instalação de equipamentos de conforto em suas agências, tais como bebedouros e sanitários (AI-AgR 650.404).

Leis municipais

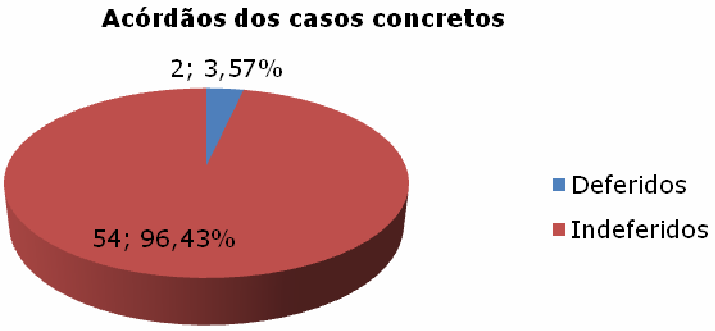
Os únicos três casos que envolvem conflito entre municípios e instituições financeiras tratam do questionamento contra a competência municipal para legislar sobre a instalação obrigatória de equipamentos de segurança e conforto, como também sobre tempo máximo de permanência em fila de atendimento.

Indenizações

Os acórdãos que tratam de responsabilidade civil bancária também não variam muito. Dos seis, cinco são falhas administrativas que resultam em algum tipo de dano ou incômodo para o cliente. Apenas um se trata de envio de cartão de crédito e sua cobrança indevida.

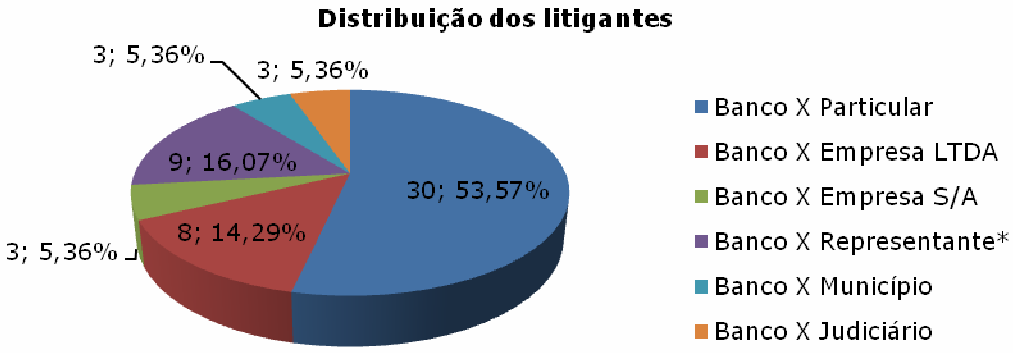
Resultados dos casos concretos

Para fechar esse primeiro mapeamento, colho também os resultados das ações, em termos genéricos de deferido / indeferido. É interessante notar, como se verá logo adiante, que o resultado da ação e o atendimento ao pedido feito pela parte não necessariamente guardam relação direta e necessária com o interesse prevalecente. Mesmo assim, o resultado cru das ações é revelador. O gráfico ilustra como a grande maioria dos litígios entre instituições financeiras e consumidores são rechaçados. Esse é um dado de enorme relevância, e irei retomá-lo mais para frente.



Mapeamento dos litigantes

No mapeamento das partes litigantes, os conflitos entre bancos e particulares aparecem como maioria, o que novamente confirma a análise de acórdãos do STF no cenário trabalhado neste estudo conforme os capítulos anteriores e no debate de Pinheiro (2001, 2002) e Ferrão e Ribeiro (2006).

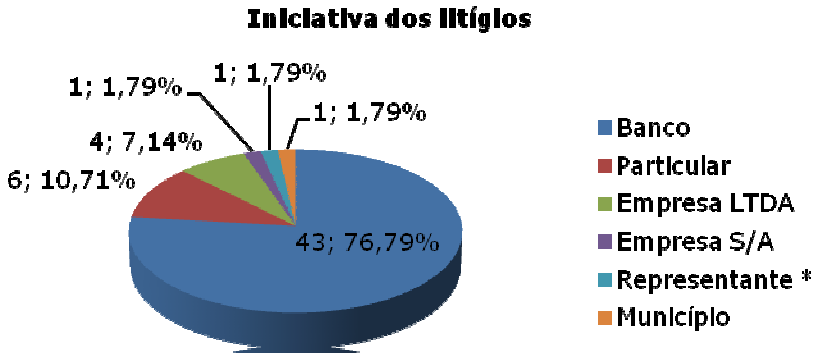


***Incluído o Ministério Público (em 1 ação)**

Desses conflitos, o que mais destoa da investigação desta pesquisa é o do banco *versus* empresa de sociedade anônima, dada a força financeira que uma empresa desse porte normalmente possui. Contudo, optei por não recortar essas ocorrências por assumir o conceito de consumidor tal qual versa o artigo 2° do CDC ("consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final") e tal como é decidido pela ADI 2.591.

Iniciativa dos conflitos

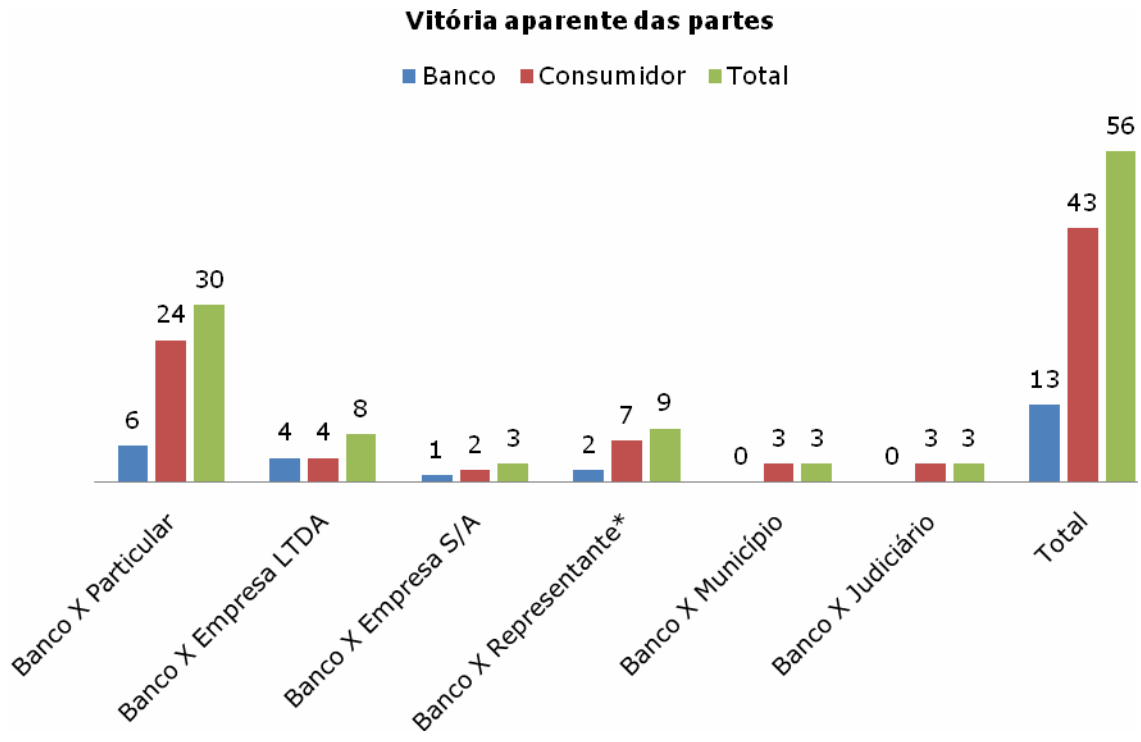
Dos 56 casos concretos, vê-se que a iniciativa dos conflitos pertence majoritariamente aos bancos. 43 casos, ou seja, mais de três quartos do total é de iniciativa dos bancos, o que faz deles o principal grupo de acesso ao STF. Combinando esse dado com o alto número de pedidos indeferidos, temos aí um indício de que os bancos são, pelo menos à primeira vista, os grandes perdedores na arena judiciária.



Parte vencedora dos conflitos

Tomando os 56 acórdãos concretos, a observação isolada da relação de vitórias entre banco e consumidor é evidentemente favorável a este último. Os resultados pró-consumidor são mais de três vezes superiores em número. Se considerado o litígio entre banco e particular, essa proporção aumenta para quatro vezes. Somente nos conflitos de banco *versus* empresas é que a proporção se equilibra a quase um para um. Em três casos contra o município e outros três em reclamação contra instâncias inferiores ao STF, o banco não logrou nenhuma vitória também.

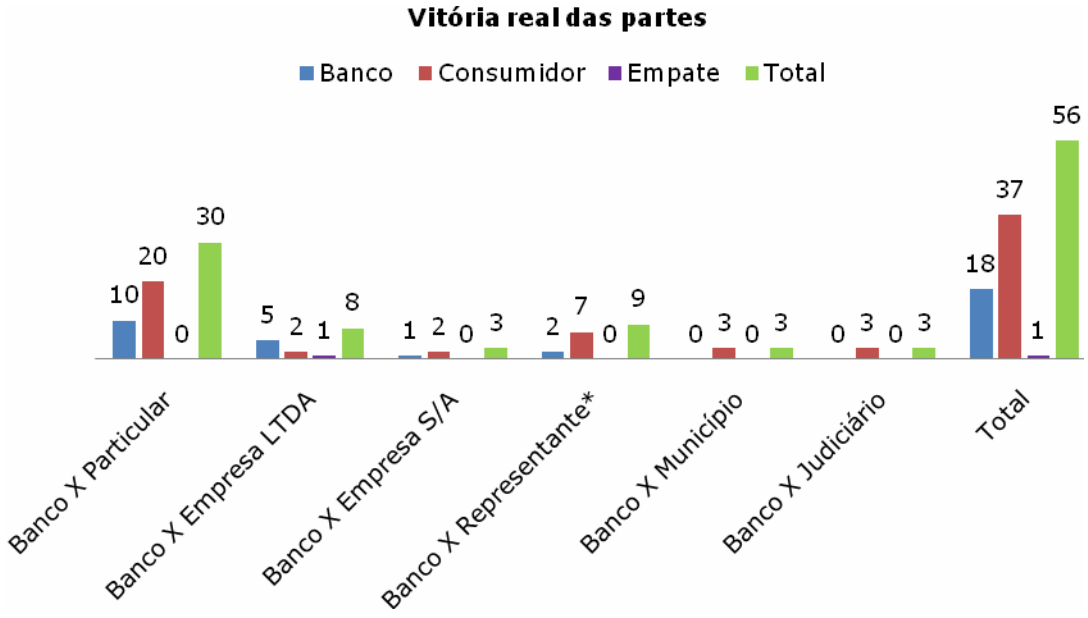
Novamente, olhando para apenas esse resultado, é possível afirmar que o consumidor leva vantagem contra os bancos nas decisões do STF, o que a princípio contrasta com o esperado das situações fáticas, em que a relação de forças tende ao resultado oposto. Porém, considero que somente esse resultado não diz muito, e é necessário olhar um pouco mais fundo.



***Incluído o Ministério Público (em 1 ação)**

Vitória efetiva das partes

Há acórdãos em que, não obstante o banco seja o recorrente e a decisão seja pelo indeferimento, a questão já não trata diretamente do núcleo do litígio. Em 5 casos, por exemplo, o recurso especial interposto no Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi suficiente para satisfazer o interesse do banco, que perde no STF somente em relação a questões laterais dos ônus de sucumbência. Em um dos casos (RE-AgR 351.401), ocorreu de eu não conseguir definir o lado vitorioso, uma vez que o recurso é provido em parte para restabelecer a multa contratual pactuada pelas partes (de 2% para 10%), mas mantém os juros limitados em 12%. Redesenhando o panorama do que chamo de vitória efetiva dos interesses, o cenário muda.

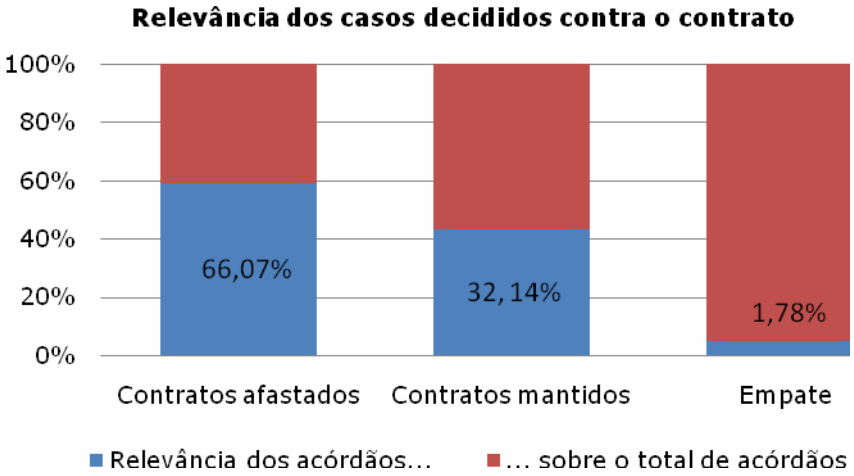


A relação de vitórias dos consumidores cai, agora para quase duas vezes mais favorável. No combate direto entre bancos e particulares, a redução é mais drástica; do quádruplo, a proporção cai para o dobro. E com relação a empresas de responsabilidade limitada, o que era equilibrado se desfaz, de um placar de 4 a 4 para 5 a 2 – favorável aos bancos.

Embora a análise da vitória efetiva dos interesses conflitantes entre banco e consumidor tenha diminuído a disparidade do favorecimento destes em relação àqueles, o cenário ainda é de vitória ampla à parte mais fraca. Assim, se a

pesquisa terminasse neste ponto, apenas analisando superficialmente o resultado da ação e a prevalência do interesse, seria possível dizer que, sim, no STF os interesses do consumidor tendem a prevalecer.

Todavia, isso não oferece resposta à crítica de Pinheiro sobre as reiteradas decisões que favorecem o mais fraco em detrimento do contrato e da lei. Em relação ao afastamento dos contratos, os dados são mais visíveis; basta recolher os acórdãos já previamente separados em contratos e cruzar essa informação com o resultado dos interesses efetivamente vitoriosos.



Assim, é fato que em mais da metade dos casos de contrato que chegam ao STF têm os termos inicialmente pactuados afastados em prol do consumidor – e justamente por isso é alta a ocorrência dos bancos como recorrentes. Já a observação análoga com relação à lei é algo mais difícil de se obter – e também indispensável, já que a hipótese contrária (de que o STF julga *de acordo* com a lei) justificaria o afastamento dos contratos. Captar esse dado demandará uma análise fina em relação a todos os fundamentos decisórios dos acórdãos, para então se montar um mapa de quais são as razões dos julgamentos e aí verificar se há afastamento de lei e quais leis são mais comumente transgredidas. Para tanto, procedo ao próximo mapeamento.

Mapeamento do conjunto da votação

Embora a fundamentação jurídica dos casos concretos seja difícil de se coletar por conta do cuidadoso procedimento de leitura dos acórdãos, uma vez obtida,

não é algo complicado de se classificar. Não obstante a interpenetração de direito e economia seja da maior relevância, chega a ser impressionante como esse assunto é pacífico no STF, ao menos nos casos concretos que constituem a maioria dos julgados.

Tipos de fundamentação das decisões

Para observar a fundamentação jurídica dos julgados de forma a verificar se o STF desrespeita a lei e, com isso, afasta os contratos ilegalmente, organizei os acórdãos em categorias conforme a motivação do tribunal. O resultado é interessante e também decisivo. Nesse procedimento, pude classificar três categorias de fundamentação: *interpretação*, *precedentes* e *formalidades*.

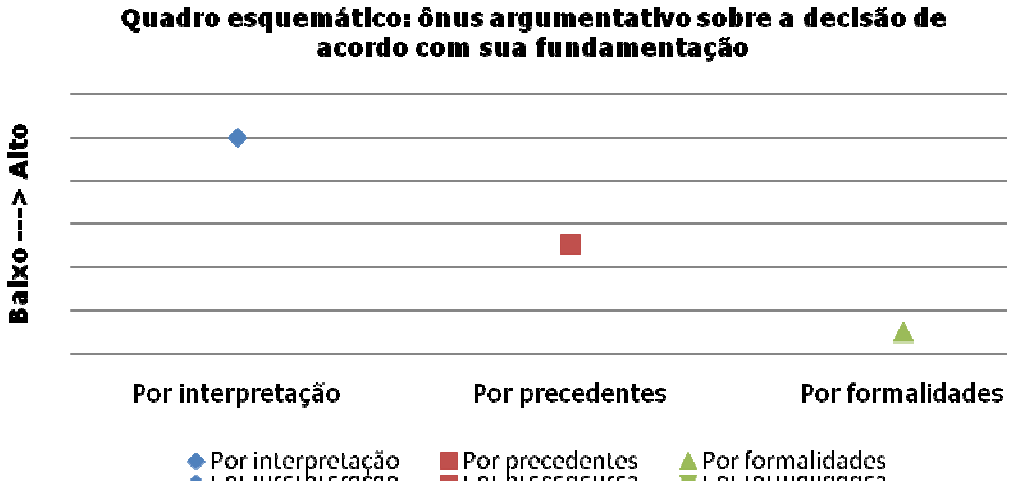
O que chamei de **motivação por interpretação** é talvez o caso mais clássico de decisão judicial, em que o magistrado confronta os fatos com o direito e extrai seu julgamento. Assim, nos acórdãos em que isso acontece, necessariamente há esses três passos, explícitos: fatos materialmente analisados, direito materialmente ponderado e decisão de mérito.

Em relação aos casos decididos por **precedentes** nessa classificação, entendo que o magistrado se poupa do raciocínio entre o direito materialmente ponderado e a decisão de mérito. Nessa ocasião, ele não procede à interpretação propriamente dita, mas observa a semelhança dos fatos materialmente analisados para aplicar interpretação já obtida anteriormente, citando um ou alguns acórdãos. O esforço argumentativo é no sentido de aplicar o precedente ao caso concreto, e não de extrair dele um direito pertinente, como faria no caso da fundamentação por interpretação.

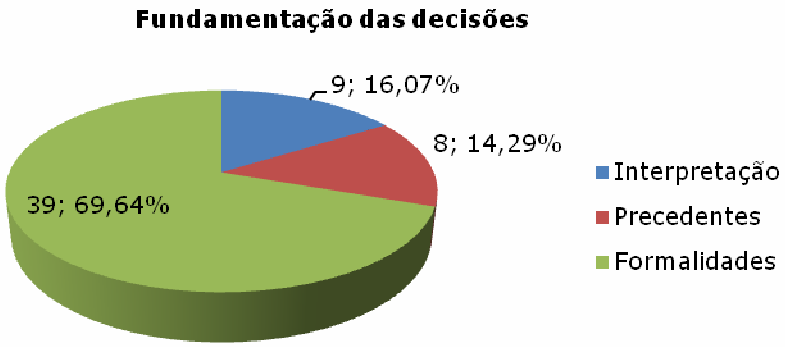
Por último, observo nos casos concretos **motivação por formalidades**. Aqui, entendo que o juiz não chega sequer a prestar a análise material do caso, entendendo que a contenda se revolve já no âmbito formal, das regras processuais, da dinâmica adjetiva e não substantiva do caso. É também o espaço onde entram as súmulas, que são, conforme diz o próprio STF,

compêndios de jurisprudência assentada do órgão (RISTF, art. 102), de forma que o magistrado é dispensado até mesmo de citar casos já julgados (RISTF, art. 102, §4º), como se ela incorporasse uma regra decisória preliminar.

Em termos de ônus argumentativo, entendo que a ordem é decrescente, ou seja, a fundamentação mais onerosa é a que exige o que chamei nessa classificação de interpretação, seguida da fundamentação pelo precedente e, por fim, a fundamentação por formalidades, que resta como a menos onerosa.



Os tipos de fundamentação não são excludentes, mas possuem uma ordem de peso no acórdão. A separação à qual procedi se orienta pelo tipo preponderante de fundamentação, visto que quando mais de um caracteriza o julgado, há sempre um tipo dominante que se serve dos outros subsidiariamente (o melhor exemplo desse serviço subsidiário é o tipo precedente). Assim, **o caráter decisivo** desses dados está na distribuição da fundamentação nos acórdãos, que se dá conforme segue:



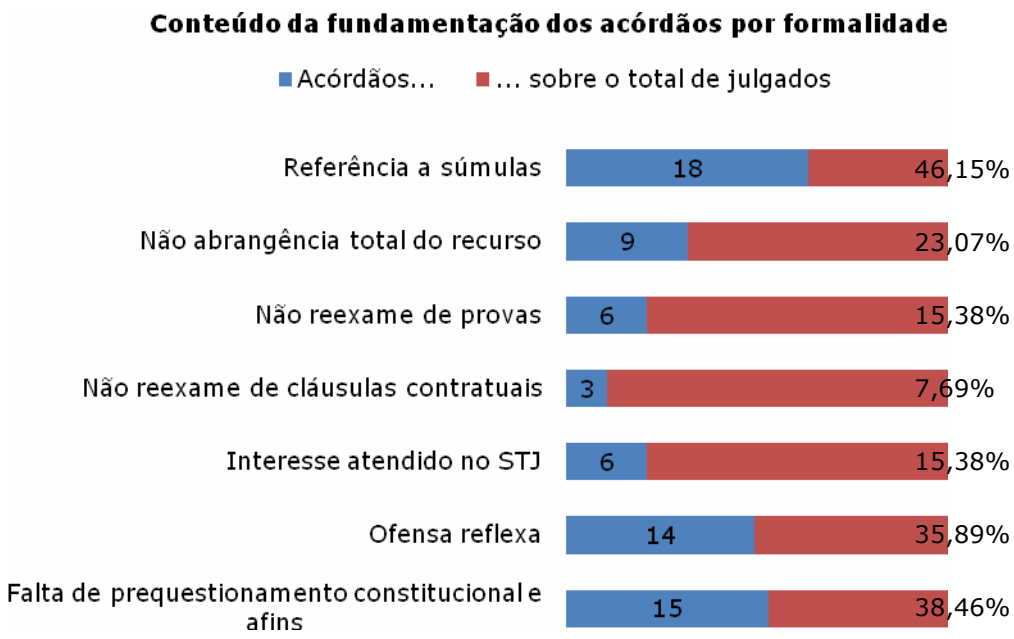
Isso significa que quase 70% dos casos concretos em questão, no STF, são

julgados com fundamentação em formalidades. Em outras palavras, quase 70% dos litígios entre bancos e consumidores são decididos sem mergulho à materialidade do caso. À primeira vista, isso até pode ser conjugado com a crítica de Pinheiro invocada neste estudo: o STF, como instância mais alta do judiciário e também inevitavelmente como tribunal político por excelência, não define, não determina e nem desenvolve o papel do direito na economia nesses casos de conflito de interesses das instituições financeiras e dos consumidores. Estando a função econômica do direito em aberto, cria-se uma indesejada imprevisibilidade, que é piorada se acompanhada de parcialidade nos julgamentos.

Contudo, para afirmar tanto, ainda é necessário observar o conteúdo da fundamentação. Como pretendo mostrar a partir de agora, o fato de o STF não se posicionar materialmente no assunto não significa necessariamente que a situação jurídica é caótica.

Conteúdo da fundamentação por formalidade

A divisão dos conteúdos das fundamentações também não é de caráter excludente: em muitos casos, há mais de um tipo de conteúdo, da forma como classifiquei, presente na decisão. A relevância deles perante o total de casos é ilustrada abaixo:



Questionando a incerteza jurisdicional

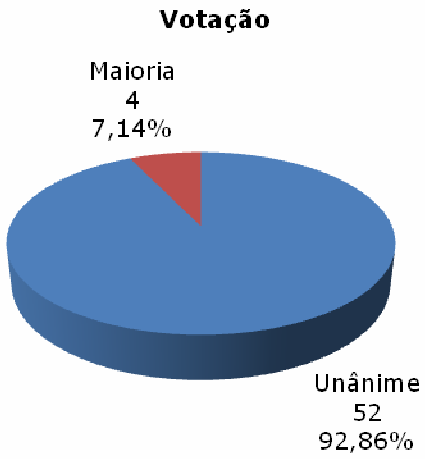
Como mostra o gráfico, o fato de o STF decidir majoritariamente baseando-se em formalidades não significa que exista uma situação de incerteza jurídica. Pelo contrário: por mais que exista pouca imersão dos magistrados na materialidade do assunto, do ponto de vista econômico o STF é um tribunal previsível.

Observando cuidadosamente as razões pelas quais o tribunal decide, por formalidade, noto que o que se discute é a pertinência do recurso que se encaminha à última instância. O dado que tomei por muito importante acima, que era acerca do índice de deferimento das ações, confirma essa suspeita. Conjugando os dois dados, sendo o primeiro que 96,46% dos recursos no STF são indeferidos e o segundo que 69,64% dos recursos são fundamentados em formalidades, isso significa que no fundo a questão se resume em "saber recorrer". E o alto índice desses números confirma que existe certa paz jurisprudencial.

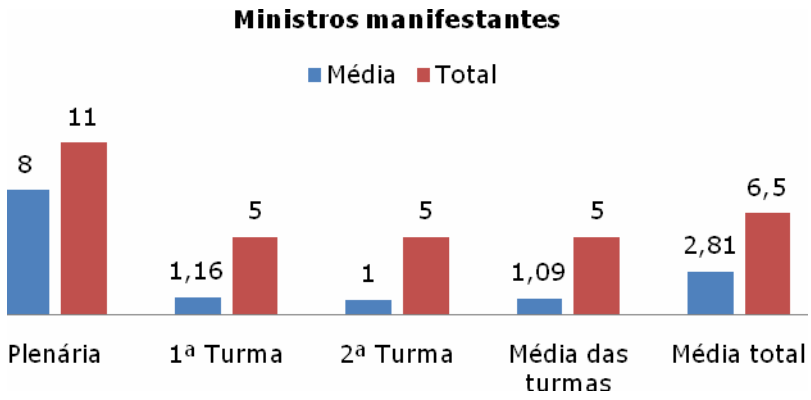
Indícios da jurisprudência assentada

Para corroborar essa afirmação, trago alguns indícios que vão nesse sentido. Nenhum deles é auto-suficiente para confirmar o que tento mostrar, mas entendo que o conjunto deles pode realmente ser um indício confiável. O primeiro é a contabilização das **votações unânimes**, o segundo é a contabilização dos **ministros que se manifestaram** na votação, o terceiro é a contabilização de **debates ocorridos** durante as sessões e o quarto é o **número de páginas do acórdão**. Há um quinto indício, constante do mapeamento dos votos particularizados, que será demonstrado mais adiante.

a) Votações unânimes: entendo que quanto mais votações unânimes, maior é a paz jurisprudencial. O resultado aqui é que 92,86% dos casos são decididos por unanimidade.



b) Ministros manifestantes: quanto menos ministros se manifestarem, mais significa que eles estão de acordo com o que votam. O resultado é que, com exceção das 4 sessões plenárias, os julgamentos em turma praticamente só possuem o voto do ministro relator como manifesto.



c) Debates ocorridos: quanto menos debates ocorrem, maior é o consenso entre os ministros. O resultado é que muitos poucos debates ocorrem. Na verdade, só ocorrem debates nos quatro casos de sessão plenária. Nos casos julgados em turma, não há nenhum.

d) Páginas de acórdão: a tendência é que quanto menos páginas os acórdãos tiverem, menos argumentação os juízes tiveram que despender para convencerem seus pares ou para resolverem uma questão nova ou indefinida. O resultado é uma média de 9,03 páginas por acórdão. Praticamente o espaço da ementa, indexação, relatório, voto isolado do relator e extrato de ata.

Mapeamento dos votos particularizados

O mapeamento dos votos particularizados vai também nesse sentido. Pela análise dos recursos de flexibilização, agrupados segundo a sua tendência, mais um dado se revela decisivamente. A proporção é a seguinte:

Reflex	C-F	EL	AP	A/C	Dt	Dt-MP	Pr	Pr-S	Indeferidos
TOTAL	5	8	20	16	6	1	99	28	96,22%

*Sem contabilizar ADIs e Rcls

A proporção do primeiro grupo, que tenderia a flexibilizar a lei e favorecer o mais fraco é de baixa ocorrência. Vale ainda dizer que o argumento "justiça social" não aparece em nenhuma ocasião. Por outro lado, a invocação de precedentes e súmula, do terceiro grupo, é expressiva. E toda a argumentação no sentido de indeferimento de pedidos.

Aqui cabe um ajuste de expectativas neste trabalho. O modelo de recursos de flexibilização foi concebido inicialmente para abordar e analisar votos mais materiais. Mas a pesquisa mostrou que o conteúdo dos votos dos ministros do STF era eminentemente processual, o que torna inaplicável uma análise

pormenorizada e substantiva deles.

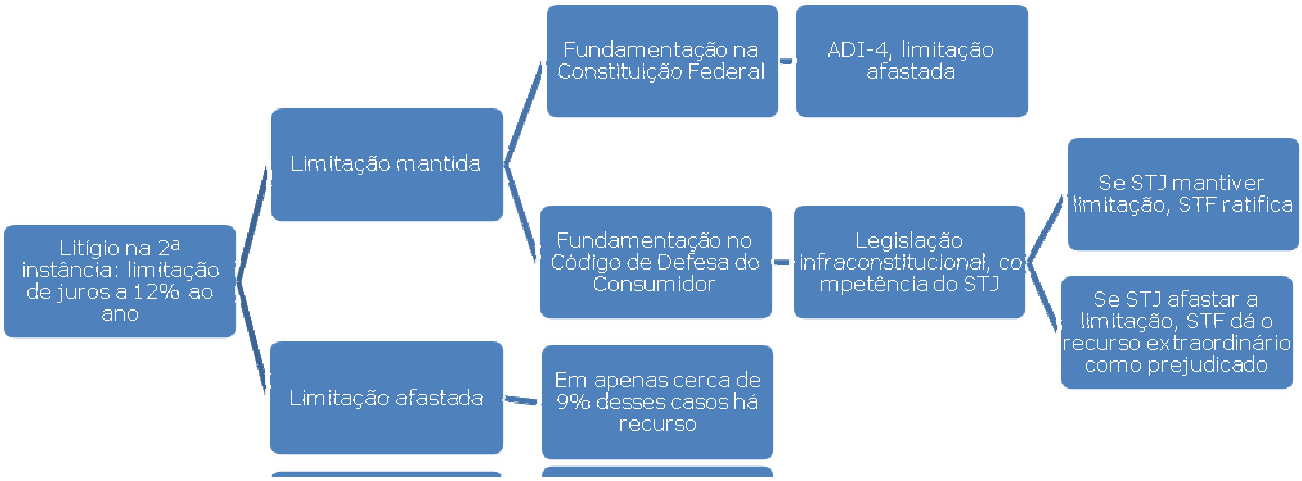
Conclusão

Não procede que a parte mais fraca é favorecida, no STF, pelos termos aqui trabalhados. A questão mais discutida na prática é a dos juros de 12%, que não é orientada pela "pessoa" nem por "valores", mas sim por um certo "programa decisório" baseado no precedente e em compêndios de decisões já tomadas.

Esse assunto é encarado de maneira peculiar no STF. A ADI-4 entendeu que o antigo §3º do artigo 192 da CF não era auto-aplicável apesar da clareza de seu enunciado, tornando a decisão bastante polêmica. Na ADI 2.591, após longos embargos de declaração, decide somente que as instituições financeiras estão sob a égide do CDC.

Na prática, isso significa que se a decisão na segunda instância afasta a limitação de juros a 12% ao ano, o litígio tende a terminar – apenas cerca de um quarto dos recursos no STF não eram dos bancos, e destes somente 5 (8,9% do total) estavam nos casos de contratos e fixação dos juros. Se a segunda instância determina a limitação de juros a 12%, deve-se observar as motivações do acórdão, se há fundamentação infraconstitucional, constitucional ou ambas. Havendo fundamentação infraconstitucional somente, o STF indeferirá o recurso dizendo não é de sua competência, e sim do STJ. Se a fundamentação for constitucional, o STF deferirá o pedido baseando-se no precedente da ADI-4. Se houver ambas as fundamentações, o STF dirá que o procedimento correto é a interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, e deixará a decisão ao juízo do STJ. Se aí se mantiver a limitação dos juros de 12%, o STF dirá que tanto se deu com base em legislação infraconstitucional da qual o STJ acaba se tornando última autoridade competente para julgar. Se o STJ afastar a limitação, então o STF dará a causa como prejudicada, pois os efeitos pretendidos pelo recorrente do extraordinário terão sido já concedidos no recurso especial.

Quadro esquemático do programa decisório do STF na maioria dos casos analisados



Pelas decisões, há julgados nos dois sentidos, e o raciocínio é reiterado. Isso demonstra não somente que o STF não é favorável à parte mais fraca, como também ele não se relaciona por uma síntese de sentido pessoal ou valorativa, mas sim num pequeno programa decisório. As razões por trás disso, contudo, são obscuras: o tema é tratado com demasiada cautela pelo tribunal, por ser muito delicado e mexer com diversos interesses e complexas estruturas. Aparentemente, a postura do STF tem sido não impactar muito o estado de coisas e de direito, preferindo alguma incerteza abaixo de si do que interferir na economia e na sociedade nesse ponto.

Por fim, cabe dizer que não somente o STF não favorece o mais fraco, sendo parcial, como também não afasta o contrato atropelando a lei. Em todas as decisões existe fundamentação legal ou, no mínimo, sobre precedentes. Deve ser lembrado, nessa altura, que a norma não está no texto normativo, no texto de lei, mas sim no sentido que o juiz extrai disso. Se as instituições financeiras não se satisfazem com esse resultado, peço licença para utilizar as palavras de Pinheiro e exortá-las a refletir um pouco mais no seu papel na sociedade com a seguinte pergunta: deve a economia avançar à custa de direitos?

Bibliografia

FERRÃO E RIBEIRO, Brisa Lopes de Mello e Ivan. *Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?* 2006.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *(sem título, no prelo do Cadernos de Direito da Fundação Getúlio Vargas).*

LAMOUNIER, B; SOUZA, A. *As elites brasileiras e o desenvolvimento nacional: fatores de consenso e dissenso*. São Paulo: Idesp, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça, Conceitos e Evidência Empírica*. 2001.

_____. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados.* 2002.