
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E SEUS EFEITOS NA PRECIFICAÇÃO

Luis Roberto Ahrens
Mestrando em Direito Empresarial – UNICURITIBA

RESUMO

Pretende demonstrar que a não efetividade jurisdicional, sobre ferir mais gravemente os menos favorecidos, atinge também as grandes empresas com a diferença de que estas repassam o custo da insegurança jurídica e da não efetividade da jurisdição aos seus consumidores. Ou seja, com este repasse aos consumidores, novamente os menos favorecidos são prejudicados e duplamente atingidos, na verdade. Conclui-se então, que a efetividade da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição provoca efeitos perversos sobre toda a coletividade com inequívoco e dobrado prejuízo aos menos afortunados.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional. Efetividade. Princípio da inafastabilidade da jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

Vamos tentar demonstrar que a não efetividade jurisdicional, sobre ferir mais gravemente os menos favorecidos, atinge também as grandes empresas com a diferença de que estas, as grandes empresas, repassam o custo da insegurança jurídica e da não efetividade da jurisdição aos seus consumidores e, com isso, ou seja, com este repasse aos consumidores, novamente os menos favorecidos são prejudicados (duplamente atingidos, na verdade). Explica-se.

Está na Constituição, mais especificamente no inciso XXXV, do artigo 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição que assegura a todos o direito fundamental de acesso ao Judiciário, ou seja, a aposentadoria do tacape, a proibição da autotutela e o monopólio estatal da jurisdição motivaram a outorga constitucional de *status* de direito

fundamental ao princípio da inafastabilidade da jurisdição eis que ao cidadão não se oferece outra forma de solução de conflitos que não o uso do Poder Judiciário¹.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, assim, é justamente o que permite e assegura a manifestação prática de outras garantias fundamentais como o direito de ação, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, a independência e imparcialidade do juiz, etc.

No particular, José Afonso da Silva leciona que “o princípio da proteção judiciária, *também chamado* princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, **a principal garantia dos direitos subjetivos**” (2009. p. 430 – grifo nosso). E, em seguida, o festejado constitucionalista continua:

O art. 5º, XXXV, declara: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Acrescenta-se agora ameaça a direito, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia, nas leis processuais, em alguns casos. **A Constituição amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes da concretização da lesão.**

A primeira garantia que o texto revela é a de que **cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição**, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no **direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não**, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também (SILVA, 2009. p. 431 – grifo nosso).

Tudo muito lindo, tudo muito belo.

Pergunta-se, agora, a bem da verdade: o atendimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição está completo com a sua mera previsão no texto constitucional ou será que se trata de direito fundamental que, sobre assegurar o direito de invocar a atividade jurisdicional, traz consigo a garantia de efetividade na atuação do Estado-juiz?

O problema não é novo pois já há mais de 30 (trinta) anos Mauro Cappelletti e Bryant Garth advertiam:

¹ É certo que a arbitragem constitui reconhecido modo de solução de conflitos entre particulares. Não menos certo, contudo, é que tal hipótese (i) escapa ao âmbito do presente estudo, (ii) não configura ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, (iii) usualmente não está ao alcance da imensa massa de litigantes economicamente menos favorecidos e culturalmente menos afortunados e (iv) somente pode ser utilizada para controvérsias que envolvam direitos disponíveis.

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. **Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais;** que as cortes não são a única forma de solução de conflitos sociais a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos e análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. **O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.** Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI, 1988, p. 11-13 – grifo nosso).

É importante notar, assim, que o acesso ao Judiciário e a inafastabilidade da jurisdição reclamam concreta efetividade de modo a assegurar o respeito ao direito material dos cidadãos de poderem exercer os seus direitos. Isso porque *“a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”*; vale dizer, de nada vale a legislação assegurar inúmeros direitos aos jurisdicionados se o mecanismo legal para fazer valer tais direitos é falho e ineficaz justamente no momento em que ele é mais necessário: quando os direitos são desrespeitados pois, evidentemente, é só neste momento que o interessado irá ingressar em Juízo. Vale lembrar, aqui, que a efetividade do direito de acesso à Justiça é um direito de extrema importância para o cidadão comum e menos afortunado mas, também, é um direito indispensável para o bom e adequado exercício da atividade empresarial.

Certamente, ora, a efetividade da jurisdição é condição *sine qua non* ao pleno atendimento da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição sob pena de transformar a carta magna num mero *“museu de princípios”* na feliz expressão do Ministro

¹⁰⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 2, p. 98-110, jul./dez. 2011.

Luiz Fux que, ao analisar demanda que tratava do fornecimento de medicamentos de alto custo para garantia da vida humana, decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. *NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA*.

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. **Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.** (...)

5. **A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas.** Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. **O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.**

7. (...)

8. (...)

9. Recurso especial desprovido” (STJ – 1ª Turma, Resp. nº 855.414, Rel.: Min. Luiz Fux, j. 26.09.2006, DJ 16.11.2006 – grifo nosso).

Registre-se, portanto, mais uma vez que “a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas” e é este, portanto, o espírito que deve habitar naquele que lê a Constituição Federal e pretende compreender o verdadeiro conteúdo de significado material do princípio da inafastabilidade da jurisdição pois, é evidente, ao proibir a autotutela o Estado automaticamente chamou para si a inafastável responsabilidade de dar efetividade à jurisdição e, conseqüentemente, entregar ao jurisdicionado o que lhe é devido: a prestação jurisdicional concreta e eficiente.

Daí porque o professor Luiz Guilherme Marinoni argumenta que o direito à efetividade jurisdicional é sim um direito fundamental, na verdade é “o mais importante dos direitos”:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que **o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos** e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade do ordenamento jurídico, uma vez que esse último, diante das situações de ameaça ou agressão aos direitos, sempre resta na dependência da plena realização do primeiro. Não é por outro motivo que **o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos** (MARINONI, 2003, p. 298 -338 – grifo nosso).

O pleno atendimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, assim, reclama uma postura adequada por parte do Judiciário na busca da efetividade. Isso porque buscar o Judiciário para solucionar determinado conflito o jurisdicionado precisa de uma resposta efetiva, concreta e útil que verdadeiramente atenda aos seus anseios. Tanto assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu expressamente ser direito das partes a obtenção de uma “*prestação jurisdicional satisfatória*”² (STJ – 4ª Turma, Resp. nº 908.282, Rel.: Min. Jorge Scartezini, j. 15.02.2007, DJ 16.04.2007 – grifo nosso – Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ)

Ao julgador não basta, portanto, receber os pedidos das partes pois é cada vez mais importante dar atenção e respostas às pretensões deduzidas em Juízo. Não significa, com isso, que o resultado final da demanda deva ser favorável ou não a qualquer das partes; isso é problema diverso que nada tem com o princípio aqui tratado. O importante, no caso, é que o processo judicial caminhe efetivamente no sentido de chegar a alguma conclusão, chegar a algum lugar. A modernidade, ora, exige que o processo judicial se desenvolva e se processe efetivamente no sentido de alcançar um resultado pois o jurisdicionado tem todo o direito de obter uma resposta. Daí porque é necessário deixar a omissão de lado e priorizar a efetividade do processo judicial porque o jurisdicionado tem todo o direito em obter uma decisão judicial que reconheça ou rejeite o seu pedido e que o tire da dúvida quanto à existência ou não do direito alegado.

² É importante lembrar que aqui o termo *satisfatória* não necessariamente significa prestação jurisdicional *satisfativa* eis que esta (a *satisfatividade*) dependerá do caso concreto post sob apreciação do julgador. A expressão *satisfatória*, neste contexto, quer significar a obrigatoriedade de o julgador dar uma efetiva resposta à demanda que lhe foi apresentada. Se esta resposta será ou não *satisfativa* da pretensão das partes é problema diverso que escapa ao âmbito do presente estudo.

¹⁰² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 2, p. 98-110, jul./dez. 2011.

E mais: a efetividade do princípio da inafastabilidade da jurisdição caminha braços dados com o princípio da duração razoável do processo eis que justiça tardia não é justiça. Daí a importância de conduzir o processo judicial com vistas a assegurar o resultado útil da demanda.

Não por outro motivo senão assegurar a efetividade do processo e da atividade jurisdicional conforme o princípio da **duração razoável do processo** o nobre Desembargador Rabello Filho, em bela decisão singular que demonstra enorme sensibilidade e preocupação com o **resultado útil da demanda**, destaca:

Agravo de instrumento - Execução - Penhora on-line - Convênio BacenJud - Requisição ao Banco Central do Brasil (Bacen) - Bloqueio de ativos em nome do executado, até o valor da execução, junto ao Sistema Financeiro Nacional, para efetuação de penhora - CPC, art. 655-A (Lei n.º 11.382/2006). Sistema que dá maior eficácia ao postulado constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5.º, inc. LXXVIII), com isso tornando célere (celeridade processual), mais facilitada e efetiva a prestação da tutela jurisdicional - **Princípio da máxima efetividade do processo**. Inexistência de discricionariedade - Novo sistema que estabelece dever-poder do juiz da execução, salvo (excepcionalidade) justificada impossibilidade.

As providências estabelecidas pelo novo artigo 655-A do Código de Processo Civil, visando à realização de penhora on-line, não representam uma faculdade que se atribui, senão um dever-poder imposto ao juiz da execução.

(...)

5. Hoje, contudo, o sistema é outro. **Precisamos, então, rejuvenescer; a mudança legislativa aconteceu e aquilo que decidíamos ontem, abandonemos: hoje é antigo. É com as lentes do direito posto atual que todos precisamos cumprir nosso dever-poder de exercer a Jurisdição.**

(...)

6. Buscando atribuir a maior eficácia possível ao postulado da duração razoável do processo, que é direito fundamental (CF, art. 5.º, inc. LXXVIII), visando - na medida do razoável - a essa celeridade, **é preciso buscar a realização do princípio da máxima efetividade do processo.**

(...)

8. Refazendo a pergunta inicial, para responder: **a chamada penhora on-line é faculdade do juiz da execução, ou imposição legal?**

8.1. **Imposição legal é a resposta, a menos que o juiz da execução tenha fundadas razões de direito para aquelas providências não tomar, que em tal caso, aliás, não se tratará mais de facultatividade, sim de justificada impossibilidade. O que se tem, então, é que se trata de dever-poder do juiz, não de discricionariedade sua”** (TJ/PR – 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 450.729-3, j. 07.11.2007, DJ 13.11.2007 – grifo nosso).

Neste sentido o magistério de Luiz Guilherme Marinoni citando Francesco Carnelutti é enfático:

Se o tempo dispendido para a tutela de uma pretensão pode ser considerado uma necessidade, pode, também, como dizia Carnelutti, ser considerado uma imperfeição do processo, ou melhor, uma imperfeição necessária do processo.

Esta imperfeição, este mal, pode fazer com que o processo perca a sua utilidade, ou deixe de atender os fins a que se destina. É que muitas vezes o retardo da prestação jurisdicional pode transformá-la em mero adorno. (1992. p. 57 – grifo nosso).

Já vai longe, portanto, o tempo em que *o mundo* aguardava ansioso o desenlace do processo judicial. A vida continua apesar do processo, ora... As partes ajuízam a demanda e tecem seus argumentos mas a não efetividade do processo acarreta total descompasso entre a resposta judicial tardiamente ofertada e a necessidade imediata do jurisdicionado. Quando chega, a decisão judicial às vezes já nem mesmo é necessária pois a vida das partes já tomou novos rumos à revelia do processo em andamento. Mas daí, ora, de que adianta a sentença completamente desvinculada da vida? Se a vida do jurisdicionado é desprezada pelo Judiciário é evidente que o processo será desprezado pelas partes que passarão a conduzir seus interesses de forma totalmente alheia à discussão processual...

O mundo caminha e as coisas acontecem independentemente do processo judicial, as pessoas vivem suas alegrias e frustrações no dia a dia e não no fórum e quando ingressam em Juízo é justamente porque não foi possível resolver seus problemas por conta própria... Nestas condições, se o Judiciário nada entrega de efetivo o resultado é unicamente o desprestígio da Justiça.

Certo é que não existe processo instantâneo, até porque leva tempo o desenvolvimento da demanda com a observância de todas as garantias constitucionais do processo (ampla defesa, contraditório, legalidade, etc.), a instrução processual com a adequada colheita de provas e o amadurecimento da decisão na mente do julgador; não menos certo, contudo, é que

se o réu tem direito à defesa, não é justo que o seu exercício extrapole os limites do razoável. Da mesma forma, haverá lesão ao direito à tempestividade caso o juiz entregue a prestação jurisdicional em tempo insuficiente diante das circunstâncias do processo e da estrutura do órgão jurisdicional” (MARINONI, 2003, p. 298 -338 – grifo nosso).

Noutras palavras, é necessário dar efetividade ao processo sem atropelar as garantias constitucionais pertinentes... é a eterna tensão entre o fazer bem e devagar ou o fazer rápido mas não tão bem... acontece que o jurisdicionado merece e é credor deste respeito pois o processo, em última instância, envolve a vida de alguém!

Na tentativa de dar maior concretude à indispensável efetividade da jurisdição surgiram entendimentos e justificativas para um comportamento mais ativo por parte dos magistrados havendo, inclusive, o argumento da discricionariedade do ato judicial³ e, mais intensamente, o movimento chamado ativismo judicial que sustenta a possibilidade de, na busca da mais adequada e justa aplicação da lei, o magistrado livrar-se das amarras legais e decidir com ampla liberdade.

Tal conduta, no entanto, se pode ser considerada sincera postura no sentido da garantia da efetividade da jurisdição, não deixa de representar elevado custo social em razão do prejuízo à segurança jurídica por permitir o atropelo dos limites legais à atividade judicial e acarretar, em última instância, a substituição da supremacia da lei pela supremacia do judiciário.

No particular, vale a lembrança de Elival Da Silva Ramos:

“Se, por meio de exercício ativista, se **distorce**, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário **deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional**, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). É de se ressaltar, portanto, que **o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização**, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída” (RAMOS, 2010, p. 141-142 – grifo nosso).

Daí porque na condução do processo o julgador há de estar seriamente atento à efetividade da tutela jurisdicional mas sem que isto signifique possa ele, sob o pretexto de interpretar a legislação de modo a melhor atender o ideal de Justiça, distorcer o verdadeiro sentido da lei de modo a impor uma moralidade própria e fundamentada em valores particulares diversos daqueles queridos pelo legislador. Tal conduta, via de regra, vem amparada em sinceros e bons propósitos; só isto não basta, no entanto, para legitimar o

³ “Não há, portanto, como negar a idéia de discricionariedade judicial, se entendermos a discricionariedade como um poder conferido ao intérprete de oferecer, com algum grau de liberdade, a solução hermenêutica mais razoável para um dado caso concreto, em face da relativa indeterminabilidade normativa” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador : Editora Jus Podivm, 2008. p. 124).

chamado ativismo judicial. Isso porque a consequência mais visível de tal proceder será a total e irrestrita insegurança jurídica. Neste sentido o magistério de Ricardo Luiz Lorenzetti:

quem decide a tutela tem uma visão superficial, porque se comove com o que acontece no momento, sem considerar os efeitos a médio prazo. Vejamos um exemplo de intervenção nos contratos e na garantia: se o juiz intervém num contrato de hipoteca e, para proteger, corrige os interesses, anula cláusulas abusivas, admite exceções de ineficácia de título com um critério amplo, aceita defesas vinculadas a outros contratos e outros processos, tolera o alargamento dos prazos e deteriora fortemente a posição do credor, deve ter consciência de que beneficiará imediatamente o devedor, mas afetará os incentivos para a oferta de créditos com garantia hipotecária. No futuro, a categoria dos devedores tutelados deverá pagar um alto custo pelas hipotecas porque os credores tratarão de se proteger frente às intervenções judiciais. Este tipo de intervenção afeta a **previsibilidade** das condutas (2009, p. 268 – grifo nosso).

E certamente não é por outro motivo que o de dar segurança jurídica e previsibilidade que Ronald Dworkin argumenta que “numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou” (2000, p. 14).

É aí que entra a importância da efetividade da jurisdição para a atividade empresarial pois, se é verdadeira a afirmação de Ronald Dworkin de que as pessoas têm um forte direito moral à aplicação dos direitos legislados é inarredável concluir que as empresas têm um forte direito a que o Judiciário imponha o respeito aos contratos voluntariamente firmados e o cumprimento das obrigações validamente assumidas. Isso porque a legislação atualmente em vigor, ora, permite aos contratantes crer no cumprimento dos contratos.

Tudo somado, a outra conclusão não se chega senão da imperiosa necessidade de se outorgar efetividade, segurança jurídica e previsibilidade aos negócios jurídicos. Isso porque a opção de manter a insegurança, a imprevisibilidade e a não efetividade jurisdicional acarreta evidente ônus aos jurisdicionados e aos cidadãos pois tais fatores de risco integram o cálculo do preço que os grandes agentes econômicos – as grandes empresas – cobram por seus produtos e serviços. É que, evidentemente, dentre os eventos considerados para aumento do risco da atividade empresarial está o risco jurídico do inadimplemento contratual e da dificuldade das empresas na exigência de cumprimento do avençado já que ficarão da dependência de um processo não efetivo, demorado e sujeito a interferências subjetivas dos magistrados simpáticos ao ativismo judicial.

A importância desta análise é facilmente percebida após a leitura do relatório do Banco Mundial intitulado “*Fazendo Negócios em 2010: Reformando em Época Difíceis*”

¹⁰⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 2, p. 98-110, jul./dez. 2011.

que analisou indicadores de negócios em 183 (cento e oitenta e três) economias diferentes. Naquele documento o Brasil ocupa o 129º (centésimo vigésimo nono) lugar na classificação geral e o preocupante 100º (centésimo) lugar na classificação pelo critério “cumprimento de contratos”⁴. O ambiente de negócios no Brasil, portanto, é comprovadamente inseguro, complexo e moroso quando se trata de exigir o cumprimento forçado dos contratos e obrigações empresariais tanto que, por exemplo, “cerca de 40% do custo do dinheiro decorre dos riscos de inadimplência vinculados à incerteza quanto às normas que são aplicáveis às operações bancárias” (WALD, 2001). Assim, considerando que “a atividade empresarial é operacionalizada em larguíssima medida por meio de negócios jurídicos obrigacionais” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 3) e que os princípios da função social do contrato, boa fé objetiva e colaboração mútua ente os contratantes permeiam as relações obrigacionais empresariais integrando os chamados *deveres anexos* ou *instrumentais* que, acaso não respeitados, dão origem à chamada violação positiva do contrato, é imperioso impor e exigir dos contratantes a estrita observância da obrigação tal como originariamente assumida⁵.

O comportamento esperado dos contratantes, no entanto, nem sempre é verificado na realidade do cumprimento contratual e, via de regra, a resposta do Poder Judiciário é mais demorada que o necessário e menos previsível que o esperado em situações de desrespeito contratual. A sensação generalizada de impunidade pelo inadimplemento, portanto, é causa de incerteza e excessiva onerosidade da atividade empresarial com evidente prejuízo para toda a sociedade.

Não é necessário muito estudo, portanto, para concluir que o custo da não efetividade, da insegurança jurídica e da imprevisibilidade na aplicação da lei é quase sempre transferido ao consumidor e, assim, onera a atividade empresarial e toda a sociedade produzindo efeitos sobre o preço dos produtos e serviços das empresas no mercado.

Não se trata, aqui, de defender ingenuamente o cumprimento obrigatório das obrigações empresariais independentemente das condições particulares do negócio num

⁴ “Este tópico avalia a eficiência do cumprimento das leis contratuais neste país, através do acompanhamento de uma disputa de pagamento. Como referência, incluímos uma estimativa de tempo, custos, e procedimentos jurídicos relacionados com a disputa, desde o momento que o requerente requer o processo até o pagamento da disputa” (<http://portugues.doingbusiness.org/ExploreEconomies/?economyid=28#EmployingWorkers> – acessado em 26.10.2009).

⁵ É evidente que os vícios na formação do vínculo obrigacional (nulidades, abusos, ilicitudes, vícios de consentimento, etc.) não de ser oportunamente sopesados pelo julgador. Ao se referir à obrigatoriedade de cumprimento das obrigações estamos a nos referir, logicamente, àquelas obrigações regularmente constituídas com respeito à legislação pertinente.

anacrônico apego à literalidade do princípio *pacta sunt servanda* mas sim de compreender e aceitar que as obrigações empresariais devem ser analisadas e interpretadas consoante enfoque e princípios próprios que respeitem a sua natureza tipicamente empresarial. Não se pode, assim, simplesmente aplicar às obrigações empresariais os raciocínios teóricos construídos por uma concepção civilística do negócio jurídico eis que

essa nova ordem de preocupações impacta de forma diversa as relações jurídicas estabelecidas entre empresários ou sociedades empresárias e aquelas nas quais são envolvidas pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços. Justamente porque o direito empresarial possui uma lógica peculiar, os textos normativos requerem uma interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam. (FORGIONI, 2003, p. 8).

O atual ambiente de incerteza quanto ao efetivo cumprimento do avençado impacta fortemente o estabelecimento dos preços praticados pelos diversos agentes econômicos com reflexos prejudiciais a toda a sociedade. Isso porque “sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações de trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restritas e pequenos grupos” (PINHEIRO, 2005, P. 244). Portanto, a insegurança e a incerteza dos agentes econômicos quanto ao efetivo cumprimento das obrigações assumidas afeta o valor final do negócio realizado e onera toda a coletividade pela socialização do risco, ou seja, parte do preço praticado serve para transferir aos contratantes adimplentes parcela do custo que tem origem nos contratantes inadimplentes.

Certo é que a atividade empresarial em geral, e as relações contratuais em particular, devem respeito aos princípios de proteção aos contratantes positivados no Código Civil; não menos certo, contudo é que

a função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de ‘assistência social’. Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial, em negócio gratuito e benéfico. Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei. (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 116-117)

Neste sentido o Professor Emilio Betti, no clássico *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, já demonstrou a necessidade de ultrapassar a consideração estática do negócio jurídico e, na compreensão do seu dinamismo, aceitar que o seu conteúdo – do negócio jurídico – não diz com um capricho qualquer das partes mas sim com a busca da satisfação de um legítimo interesse a ser provido e é justamente a satisfação deste interesse legítimo a causa do negócio jurídico, esta é a sua função econômica: satisfazer os legítimos interesses das partes envolvidas. Daí a afirmação segundo a qual “ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma” e se isto não ocorre – e no Brasil o inadimplemento contratual é um evento infelizmente comum com consequências prejudiciais justamente àquele contratante que agiu zeloso dos seus deveres – o Direito há de propiciar os meios necessários e convenientes à tutela dos interesses jurídicos daquela parte inocente que teve frustrada a sua legítima expectativa de cumprimento do avençado. (FORGIONI, 2003, p. 3).

Pelo exposto, força concluir que a efetividade da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição provoca efeitos perversos sobre toda a coletividade com inequívoco e dobrado prejuízo aos menos afortunados. Isso porque (i) se num primeiro momento não restam dúvidas quanto aos danos causados àqueles que pelas particulares condições culturais e financeiras não conseguem ingressar em Juízo com facilidade para defender os seus direitos (os obstáculos são vários, tais como custas processuais, advogados mau preparados, falta de documentos, dificuldade com o deslocamento até o Fórum, etc.), (ii) num segundo momento se conclui que os danos causados a tais cidadãos são agravados pois enquanto eles não possuem condições de transferir os custos a terceiros esta facilidade é utilizada pelas empresas que, bem assessoradas, conseguem embutir todos os riscos nos preços praticados e diluem ente todos os seus consumidores o custo da não efetividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DWORKIN, Ronal. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico**. ano XLII, nº 130, abril/junho de 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Org. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 3. ed.

WALD, Arnoldo. O risco jurídico e a taxa de juros. **Jornal Valor Econômico**, 29 mar. 2001.