



Universidade de Brasília – UnB

MARCELO DE FARIAS GOULART

AS PREFERÊNCIAS DE UM JUIZ: O CASO BRASILEIRO

**BRASÍLIA
2013**



Graduação em Ciências Econômicas

AS PREFERÊNCIAS DE UM JUIZ: O CASO BRASILEIRO

Monografia apresentada a Universidade de Brasília como requisito para a conclusão do curso de graduação em ciências econômicas sob a orientação do professor Vander Lucas.

**BRASÍLIA
2013**

Aos meus pais Gilson e Thelma.

Agradecimentos

Durante a caminhada que fiz ao longo de minha graduação em Economia na Universidade de Brasília – UnB, muitas pessoas passaram pela minha vida, algumas mais rapidamente, outras mais vagarosamente, porém todas marcaram de alguma forma minha vida. Não consigo deixar de lembrar meus primeiros momentos dentro da UnB, onde um orgulho enorme me consumia. Era o orgulho de passar em uma universidade federal, pública e conceituada, para um curso que era meu sonho desde criança. Muito obrigado aos meus pais, **Gilson e Thelma**, que me proporcionaram o estudo, o foco e a determinação que seria necessária para que os meus sonhos se tornassem realidade. Sem eles eu não seria quem sou hoje. Muito obrigado aos meus colegas de curso, em especial ao **Heitor, a Carol, ao Rodrigo, a Lícia, ao Matheus, a Ana Laura, a Moema, ao Cassio e muitos outros** que me ajudaram a passar por cada semestre e me deram forças para continuar sem desistir. Muito obrigado aos meus professores que tiveram muita paciência quando eu tinha alguma dúvida sobre os modelos de crescimento econômico, sobre o problema do consumidor e da firma, sobre o modelo IS-LM e sobre os planos econômicos brasileiros do século passado. Muito obrigado a minha namorada, **Mariana**, que sofreu tudo o que eu sofri na elaboração deste trabalho e que, apesar de tudo, sempre esteve do meu lado, me apoiando, me dando amor e puxando minha orelha quando era necessário. Muito obrigado ao meu professor orientador, **professor Vander Lucas**, que se mostrou o melhor orientador que um graduando podia ter. Sempre me lembrarei das conversas que tivemos sobre a estrutura do sistema judiciário brasileiro e qual o papel dos economistas na missão de fazê-lo mais eficiente.

Resumo

Este trabalho busca entender como as decisões dos magistrados brasileiros são influenciadas pelas suas preferências pessoais e como a busca pela maximização da sua utilidade pode influenciar a sua tomada de decisão e bem-estar individual. Tomaremos como ponto de partida o artigo “What do Judges Maximize? The Same Thing Everybody Else Does” de Richard Posner (1993) que traz uma análise do cenário judicial americano e propõe uma função de utilidade judicial onde seus componentes são fruto de analogias feitas pelo autor com alguns atores econômicos. Portanto, baseados na teoria microeconômica do comportamento individual e na teoria consequencialista das decisões judiciais realizaremos uma análise econômica do direito nos moldes esboçados inicialmente pela Law & Economics.

Palavras-Chave: Microeconomia, Eficiência, Função de Utilidade, Análise Econômica do Direito, Supremo Tribunal Federal, Judiciário, Bem-Estar.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A CONTRIBUIÇÃO DE RICHARD POSNER.....	4
1.1. A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DAS DECISÕES SEGUNDO PARETO E KALDOR - HICKS	6
1.2. O TEOREMA DE COASE	9
1.3. A RACIONALIDADE (NÃO) LIMITADA DOS AGENTES ECONÔMICOS	10
1.4. A FUNÇÃO DE UTILIDADE DO JUIZ DE RICHARD POSNER	13
1.4.1. VOTAR COMO FONTE DE UTILIDADE	18
1.4.2. A ANALOGIA DO ESPECTADOR	19
1.4.3. O MODELO FORMAL DA FUNÇÃO DE UTILIDADE JUDICIAL	21
1.5. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	25
2. A EVOLUÇÃO A PARTIR DE POSNER E OUTRAS ABORDAGENS PARA O COMPORTAMENTO JUDICIAL.....	27
2.1. OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL.....	27
2.2. A EVOLUÇÃO DOS ELEMENTOS DA FUNÇÃO DE UTILIDADE JUDICIAL.....	29
2.3. O PROBLEMA DOS DIFERENTES NÍVEIS DE CORTES JUDICIAIS.....	33
2.4. O PROBLEMA DE DIFERENTES SISTEMAS JUDICIAIS.....	37
2.5. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	38
3. A FUNÇÃO DE UTILIDADE JUDICIAL – O CASO BRASILEIRO	39
3.1. O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	39
3.1.1. A ESTRUTURA JUDICIAL BRASILEIRA.....	40
3.1.2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	43
3.2. AS PREFERÊNCIAS NO CASO BRASILEIRO	44
3.2.1. REPUTAÇÃO	45
3.2.2. PRESTÍGIO.....	47
3.2.3. POPULARIDADE.....	48
3.2.4. REVERSÃO.....	50
3.2.5. INTERESSE PÚBLICO.....	51
3.3. A FUNÇÃO DE UTILIDADE JUDICIAL NO CASO BRASILEIRO.....	55

3.4.	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	59
4.	CONCLUSÃO GERAL.....	60
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

Introdução

O mundo em que vivemos está cada vez mais repleto de conflitos políticos, econômicos e sociais. Tais conflitos surgem no momento em que os interesses dos indivíduos são divergentes uns dos outros. Desta forma, a partir dos interesses que cada agente político, econômico ou social possui cria-se um ponto de atrito. No campo político vemos divergências sempre que uma pessoa, ou um grupo de pessoas, impõe uma ideia ou um comportamento a outro grupo. Na área econômica visualizamos conflitos diariamente em toda a sociedade. Temos conflitos desde a negociação do preço do pãozinho na padaria, onde o comprador deseja um preço menor e o vendedor quer um preço mais alto, até na negociação dos valores dos papéis negociados nas bolsas de valores do mundo todo.

A análise econômica do direito (AED) é a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia dentro da esfera jurídica para tentar entender, explicar e prever o comportamento jurídico. A AED é detentora de muitos estudiosos onde a formação da maioria deles é jurídica e não econômica. Devido a facilidade e a característica da ciência econômica de conversar com todas as facetas do mundo em que vivemos a AED tem utilizado a metodologia econômica em varias áreas do direito, como o direito contratual, o direito penal, o direito empresarial, o direito constitucional além do direito ambiental.

Existe uma discussão dentro da AED sobre qual o papel das preferências do juiz, sejam elas econômicas, políticas ou sociais, na hora de decidir e como elas influenciam o bem-estar do juiz. Outro ponto discutido é sobre a movimentação social e econômica gerada pelas decisões dos magistrados. Nesse sentido podemos citar os trabalhos de Richard Posner (1993), de Gordon R. Foxwall (2004), de Ricardo Ribeiro (2012), de Lee Epstein (1997) e outros que procuram entender como os juízes estabelecem seu julgamento olhando pelo prisma das preferências judiciais.

Um conhecimento multidisciplinar é exigido dos juízes e naturalmente os mesmos se preocupam com as consequências multidisciplinares de suas decisões. O conhecimento desta dita multidisciplinaridade está intimamente ligado a compreensão da organização e do funcionamento das estruturas sociais implicando em uma visão holística dos efeitos da sentença. Essa visão do todo é tida como de grande importância para vários juristas e estudiosos do direito, pois permite ver além da estreita realidade processual proporcionando uma “conversa” com os demais fatores políticos e económicos (PORTANOVA, 2003, p. 134).

Segundo a análise econômica do direito, para a definição de regras de conduta e de determinação do convencimento do magistrado, o direito deverá considerar os impactos econômicos decorrentes dos julgamentos, dos entendimentos, da destinação dos recursos e dos incentivos que influem sobre o comportamento dos agentes econômicos.

Vários juristas e professores de economia e direito, como Richard Posner e Richard McAdams, buscam na teoria econômica a maneira de como fazer das decisões jurídicas um instrumento para se chegar à melhor alocação dos recursos disponíveis e como aumentar a eficiência e utilidade dos indivíduos e da sociedade em geral.

Dado este contexto, este trabalho busca entender como as decisões dos magistrados são influenciadas pelas suas preferências pessoais e como a busca pela maximização da sua utilidade pode influenciar a sua tomada de decisão. Tomaremos como ponto de partida para nossa análise o artigo “What do Judges Maximize? The Same Thing Everybody Else Does” de Richard Posner (1993) que traz uma análise do cenário judicial americano e propõe uma função de utilidade judicial onde seus componentes são fruto de analogias feitas pelo autor com alguns atores econômicos. Portanto, baseados na teoria microeconômica do comportamento individual e na teoria consequencialista das decisões judiciais, realizaremos uma análise econômica do direito nos moldes esboçados inicialmente pela *Law & Economics*.

No primeiro capítulo do trabalho apresentaremos conceitos econômicos básicos de microeconomia e de eficiência que servirão de base para a construção do conhecimento econômico que faremos. Na segunda parte do primeiro capítulo apresentaremos a Análise Econômica do Direito bem como de seus principais expoentes apresentando as principais linhas de pensamento que utilizaremos para construir nossa análise nos capítulos seguintes. Também na primeira parte do trabalho apresentaremos o artigo de Posner (1993) que servirá como base para nosso estudo.

No segundo capítulo mostraremos a evolução da análise econômica do direito com relação ao estudo do comportamento judicial. Apresentaremos os principais trabalhos defendidos após Posner e as linhas de estudo que se desenvolveram além de justificar a escolha do foco de nosso estudo.

No terceiro capítulo realizaremos a análise do caso brasileiro, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal – STF, seguindo a linha de pensamento trazida por Posner. Analisaremos as variáveis que compõem a função de utilidade judicial do ministro do STF e iremos propor uma função de utilidade para o caso brasileiro a partir das fontes de utilidade analisadas e ligadas aos juízes do STF.

1. A Análise Econômica do Direito e a contribuição de Richard Posner

Utilizando uma perspectiva objetiva podemos afirmar que o direito, abrangendo toda a sua evolução histórica, é uma forma de regular o comportamento humano utilizando-se de recursos normativos para estimular o indivíduo a desempenhar papéis pré-estabelecidos e reprimir comportamentos considerados reprováveis por um conjunto de indivíduos maior. Desta maneira, um dos papéis do direito é reprimir ações e valorizar outras com o objetivo de montar e manter uma sociedade, ou um ambiente social, em equilíbrio. Outro papel é o de resolver conflitos entre os mais diversos sujeitos jurídicos que estejam inseridos neste contexto social.

Olhando agora para uma outra esfera do conhecimento temos a ciência econômica que tem como uma de suas propostas estudar como a tomada de decisões é realizada em um mundo onde os recursos disponíveis são escassos. Ela procura entender como o agente econômico racional toma suas decisões e distribui seus recursos de forma a aumentar seu grau de satisfação individual e, por consequência, o aumento de sua utilidade.

A Análise Econômica do Direito seria a convergência das duas ciências. Ela se faz com o emprego dos instrumentais teóricos e empíricos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do direito, desenvolvendo a aplicação das normas jurídicas de forma que estas levem os indivíduos a assumirem comportamentos mais eficientes do ponto de vista econômico e que suas decisões tragam um nível de utilidade maior para si mesmos e para a sociedade que estão inseridos.

Temos as primeiras linhas escritas relacionando o direito com a economia nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase (1960) e Guido Calabresi (1970). Coase (1937) demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. Segundo o Teorema de Coase (1960) em uma sociedade sem custos de transação, os agentes negociarão os direitos, independente da sua distribuição inicial, de modo que se chegue

a uma alocação eficiente e que aumente o nível de satisfação de cada indivíduo envolvido na transação.

Calabresi (1970) demonstrou o peso da análise dos impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, tanto no âmbito legislativo ou judicial. A obra de Calabresi inseriu a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada necessita de um tratamento econômico adequado.

A partir da contribuição destes e de outros autores os passos iniciais para a fundação da Law and Economics foram tomados. Ao longo dos anos vários conceitos macro e micro econômicos foram entrando na esfera jurídica e novas análises da relação economia - direito foram realizadas.

Outro expoente muito importante na consolidação da escola *Law and Economics* é Richard Posner. No trabalho de Posner (1972) fica evidenciada que a meta do direito consuetudinário (comum) é a promoção de uma alocação eficiente dos recursos disponíveis e que as doutrinas, os recursos, e os procedimentos do direito comum têm como sentido a compatibilidade na busca desta eficiência. Frank Michelman (1979) afirma que: “As normas consideradas como um todo tendem a parecer como se fossem escolhidas como uma condição para a maximização da riqueza social (produção econômica como medida de preço), por juízes concordando como uma certa disposição de princípios teóricos (microeconômicos)”.

Porém, algumas vezes, no momento em que a lide é julgada pelo juiz, não são levados em consideração conceitos macro e microeconômicos de eficiência, nem é promovida a melhor alocação dos recursos disponíveis e, por final, não é realizada a maximização da utilidade da sociedade ligada diretamente e indiretamente à resolução do conflito. Assim, tal situação vai de encontro com as afirmações da escola *Law and Economics*. As referidas situações podem ocorrer quando um juiz profere uma decisão que ele sabe que será questionada pelas partes mesmo possuindo a opção de proferir outra sentença igualmente legal e que proporcionaria uma situação melhor para os polos da lide e, desta forma, evitando o questionamento e custos adicionais para as partes e para o

judiciário. Ou seja, ao proferir uma decisão sabidamente questionável o juiz não está maximizando a utilidade das partes e nem alocando eficientemente os recursos disponíveis. Desta maneira, temos que a meta do direito comum identificada por Posner não é levada em consideração pelos juízes em algumas situações.

Porque um juiz prefere proferir uma sentença que tem grandes chances de ser questionada ou que é sabidamente prejudicial a uma das partes ou que não é a melhor forma de se resolver um conflito? Esta é uma pergunta difícil de ser respondida uma vez que para tal precisamos entrar na cabeça dos juízes e entender como é formado seu convencimento e como suas preferências pessoais afetam o seu julgamento. No mundo econômico tratamos os indivíduos como economicamente racionais e sempre capazes de tomar a melhor decisão para aumentar seu nível de satisfação, ou seja, sua utilidade. Desta maneira, vamos, nas próximas páginas, entender quais as fontes de utilidade do magistrado brasileiro e como essas fontes podem influenciar sua decisão final.

1.1. A eficiência econômica das decisões segundo Pareto e Kaldor - Hicks

Antes de continuar a discussão a respeito das teorias da escola *Law and Economics* e sobre como os conceitos econômicos influenciam o ato de decidir dos juízes temos que entender alguns conceitos de eficiência para que a discussão que virá a seguir seja melhor entendida e mais rica em seus detalhes.

Temos no conceito de Eficiência de Pareto (1849 - 1923) que a eficiência se dá quando o indivíduo “A” maximiza sua utilidade dado que o indivíduo “B” ao menos mantenha seu nível de utilidade. Desta forma, os pontos de tangência entre as duas utilidades são ótimos de Pareto.

Com o objetivo de visualizar as possíveis alocações eficientes entre dois indivíduos temos que observar os pontos tangentes entre cada uma das curvas de indiferença. Para tal objetivo temos a denominada curva de

contrato que mostra todas as alocações a partir das quais não há mais troca que seja mutuamente vantajosa (Pindyck & Rubinfeld, 2010). Esta curva contém todas as alocações em que as curvas de indiferença dos consumidores são tangentes e cada ponto sobre a curva é eficiente (pontos A, B, C e D) uma vez que uma pessoa não pode aumentar o próprio bem-estar sem reduzir o bem-estar da outra.

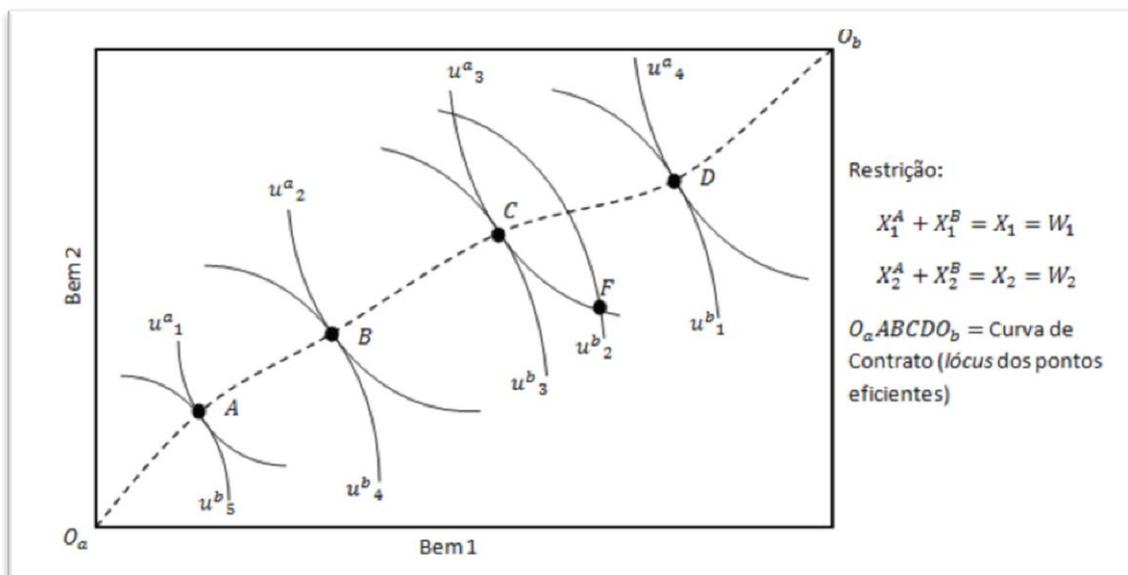


Figura 1 - Curva de Contrato

Se escolhermos um ponto qualquer da curva acima, como o ponto B, não existe outra forma de irmos para outro ponto da curva de contrato sem diminuir o bem estar da outra pessoa. A eficiência de Pareto traz que se uma mudança vai aumentar a eficiência é comum a todos o interesse de que essa mudança ocorra.

O ótimo de Pareto requer que as taxas marginais de substituição entre os bens 1 e 2 sejam iguais para os diferentes agentes (em soluções de canto, tal igualdade não é mantida). Ou seja:

$$TMS^A = TMS^B.$$

Com a teoria econômica de ótimo de Pareto temos o 2º teorema fundamental do Bem-estar Social que afirma que qualquer ponto sobre a curva de possibilidade de utilidade pode ser atingido por uma economia competitiva desde que se garanta a distribuição eficiente de recursos para

que o ponto desejado de eficiência seja atingido. Conceito que está em perfeita sintonia com a corrente de pensamento “*Law and Economics*” que afirma que as decisões judiciais devem proporcionar a mais eficiente alocação de recursos, além de, é claro, assegurar os direitos dos litigantes. Porém, para que a eficiência de Pareto seja alcançada precisamos distribuir os recursos de maneira que se proporcione o alcance de tal eficiência. Mas como distribuir tais recursos? Como, no contexto jurídico brasileiro, podemos usar os juízes como instrumentos para uma melhor alocação dos recursos disponíveis e assim alcançar a eficiência? Uma das maneiras para alcançar este objetivo é oferecer incentivos para que a correta alocação dos recursos seja realizada. Mas antes de se estabelecer uma política de incentivos no sistema judiciário brasileiro precisamos entender quais as preferências pessoais dos nossos magistrados e quais as suas fontes de utilidade.

Em Posner (1980) é utilizado um conceito de eficiência derivado de Pareto que tem uma aplicabilidade mais ampla. O modelo de eficiência Kaldor-Hicks (1939) é um modelo de eficiência econômica que utiliza conceitos vindos da análise de eficiência feita por Pareto, mas tem critérios menos rigorosos e é, portanto, aplicável a mais circunstâncias. De acordo com a eficiência de Kaldor-Hicks, um resultado é considerado mais eficiente se um resultado ótimo de Pareto pode ser alcançado quando existe uma compensação suficiente vinda do pólo beneficiado em direção ao pólo perdedor para que este não fique pior que no momento anterior. Assim, trazendo um contexto jurídico para esta situação, temos o magistrado ao proferir uma decisão a favor de uma das partes a função de estabelecer uma compensação para a parte perdedora. Esta compensação não se compara ao ganho que esta parte teria se tivesse ganhado a ação, se trata de uma diminuição, ou compensação, dos aspectos negativos que uma luta judicial tenha como o aspecto psicológico negativo que ter um processo na justiça possa possuir. Por exemplo, em um caso onde uma comunidade entra na justiça contra o barulho causado por uma empresa em seu processo produtivo onde a comunidade perde a causa e a empresa ganha o direito de produzir imitando o barulho, uma compensação para a comunidade, que é a parte perdedora, seria o estabelecimento por meio de um acordo entre as

partes a construção de uma creche afastada da empresa com a finalidade de diminuir os danos causados pelo barulho às crianças moradoras de regiões perto da empresa produtora. Ou seja, o polo beneficiado ganhador da disputa judicial emitiria uma compensação ao polo perdedor produzindo uma situação mais eficiente segundo Kaldor-Hicks.

1.2. O Teorema de Coase

Ronald Coase, em seu artigo seminal “The Problem of Social Cost” (1960), revolucionou o modo de pensar da Law and Economics. Coase em seus estudos chegou à algumas indagações: ‘A’ deve ter o direito de prejudicar ‘B’, se não, como refrear a ação de ‘A’? Segundo Coase é errado assumir que se deve sempre refrear a ação de um agente que causa prejuízos a outro, porque se está lidando com o que ele denominou “problema de natureza recíproca”. Para evitar o prejuízo de ‘B’, teria que ser afligido um custo (ou atribuída uma responsabilidade) a ‘A’. Para Coase a questão não é julgar se ‘B’ deve reparar ‘A’, mas se ‘B’ pode ser prejudicado por ‘A’.

Uma ilustração do raciocínio de Coase é feita utilizando-se o exemplo do economista George Stigler que considera o caso de uma fábrica que polui um rio em que há peixes. A questão verdadeira não é penalizar a fábrica pelo dano ambiental ocasionado pelas suas atividades, e sim entender se o que a fábrica produz, causando a poluição do rio, é mais valioso do que os peixes. A pergunta é: “Será que não é mais eficiente para a comunidade em que a fábrica opera permitir que ela poluísse, uma vez que ela gera empregos, impostos e etc?”.

Temos no exemplo trazido por Stigler uma evidente interseção entre a esfera jurídica e a econômica. Temos no exemplo dado uma situação em que a fábrica possui custos de transação inerentes a atividade poluidora e a sociedade padece com as externalidades negativas geradas pelo funcionamento fabril. Temos em Coase (1937) que os custos de transação não são apenas os custos de produção da empresa. Tais custos compreendem os custos que as empresas têm no momento que

precisarão recorrer ao mercado para adquirir equipamentos, serviços, realizar negociações e garantir o cumprimento de um contrato. No caso explicitado por Stigler, se a empresa fosse condenada a reparar os danos causados à população que vive ao longo do rio que está sendo poluído, este custo de reparação e de indenização é englobado nos custos de transação bem como os custos dos honorários advocatícios que devem ser pagos aos advogados que foram contratados para defender os interesses da fábrica na esfera legal.

1.3. A Racionalidade (não) limitada dos agentes econômicos

No exemplo de Stigler e Posner trabalhados na seção anterior partimos do princípio de que os agentes envolvidos, funcionários da empresa, donos e toda a população envolvida diretamente são agentes extremamente racionais economicamente falando. Porém, não podemos supor que os agentes econômicos e sociais são detentores de uma racionalidade perfeita. A premissa neoclássica de que os agentes econômicos fazem suas escolhas a partir de um pensamento racional e de um comportamento maximizador não pode ser utilizada no contexto da Análise Econômica do Direito (AED), pois os juízes não seriam dotados desta racionalidade perfeita.

A teoria da utilidade esperada subjetiva postula que as escolhas são realizadas pelos agentes econômicos dentro de um conjunto fixo de alternativas, com uma distribuição de probabilidade conhecida subjetivamente de maneira a maximizar o valor esperado de uma dada função de utilidade (Savage, 1954). Já Simon (1976) traz o conceito de racionalidade limitada que pode acontecer com a adequação das poucas suposições da teoria da utilidade esperada subjetiva. Em seu trabalho é feita uma análise de como o indivíduo decide, uma vez que o “ator econômico” realiza milhares de decisões, mas possui um número limitado de informações e uma capacidade limitada de processar tais informações.

Para Simon a tarefa de decidir padece de informações vitais para que se chegue a uma decisão mais eficiente. É impossível que o indivíduo tenha conhecimento da totalidade das alternativas que são disponibilizadas a ele. Desta maneira, ao escolher um caminho e/ou ao proferir uma decisão, o indivíduo nunca saberá se a decisão escolhida, se o caminho trilhado, é o melhor (Simon, 1976).

Dentro da linha lógica de comportamento sugerido por Simon vem à tona o conceito de racionalidade substantiva que afirma que um comportamento seria então substantivamente racional quando for apropriado para o alcance de determinadas metas (maximização), dentro de limites impostos por condições e restrições dadas (Simon, 1982).

Desta forma, segundo a teoria da racionalidade limitada, nunca saberemos se as decisões proferidas pelo juiz são as mais eficientes. Segundo Simon é impossível conhecermos todas as alternativas existentes e quais as consequências de cada uma. As possibilidades oferecidas ao operador do direito são, em termos, limitadas e carecedoras de mais informações quando diz respeito às suas consequências.

Para Posner, em seu livro "*Fronteiras da teoria do direito*" (2011, p. 320), o indivíduo age racionalmente quando escolhe o melhor meio disponível para alcançar os fins por ele almejados. Posner enfatiza que a racionalidade não implica nem no conhecimento de todas as informações, nem raciocínio livre de erros a partir das informações disponíveis. Ele afirma que a informação é uma coisa custosa de se obter e que demanda tempo e concentração e que uma pessoa não estará sendo irracional se agir com base em informações incompletas ou apelar para atalhos de raciocínio.

Mais uma vez podemos trazer o contexto jurídico de resolução de conflitos por parte do juiz para a discussão da racionalidade do indivíduo no momento de se tomar decisões. É evidente que todas as informações necessárias para que a decisão mais eficiente fosse tomada não estão disponíveis para o juiz. Mesmo se as informações estivessem disponíveis o magistrado não teria o tempo e/ou a concentração necessária para formar o seu convencimento pessoal e visualizar a decisão que melhor se

adapte ao caso concreto, desta forma, proporcionando uma elevação da utilidade dos indivíduos envolvidos na questão e de uma alocação dos recursos envolvidos mais eficiente.

A filósofa Elizabeth Anderson (1997) afirma que a escola econômica da escolha racional (neoclássicos) está completamente ligada a ideia de que os agentes econômicos são detentores de uma personalidade “A” que “não se dobra a convenções sociais, a tradição nem mesmo a moral” que em vez disso é “autônoma, coerente e calculista”. Gary Becker (1974) rejeita explicitamente o modelo de personalidade tipo “A”. Becker apóia um modelo de escolha humana que enfatize o altruísmo, a escassez de informações, o hábito e a emoção. Assim o indivíduo faz suas escolhas baseado no ambiente cultural em que está inserido, nos hábitos cultivados ao longo dos anos e no estado emocional momentâneo. Conceito que também pode ser trazido a realidade de resolução de conflitos que o juiz está inserido. Ou seja, muitos elementos difíceis de serem mensurados influenciam os momentos de decisão e balizam a decisão proferida.

Desta maneira a meta do direito consuetudinário, evidenciada por Posner (1972), que é de promover a alocação eficiente dos recursos envolvidos na resolução dos conflitos é muitas vezes prejudicada pela existência da racionalidade limitada dos agentes, no caso do juiz. Se o juiz estiver em uma situação de alienação momentânea pelo acúmulo de trabalho, por brigas pessoais ou por ter simplesmente acordado de mau humor ele não decidirá a lide olhando objetivamente para a decisão que irá promover a melhor alocação dos recursos e nem a que proporcionará a maximização da utilidade dos envolvidos diretamente e indiretamente. A situação que o nível de bem estar social máximo que poderia ser alcançado se as condições necessárias para que a questão pudesse ser estudada e solucionada analisando todos os pontos e opções possíveis não é respeitada e tal nível de bem estar não é alcançado.

1.4. A função de utilidade do Juiz de Richard Posner

Até agora apresentamos a Análise econômica do Direito (AED) e alguns conceitos econômicos e jurídicos que são muito importantes para a AED e nos ajudarão a seguir adiante. Apresentamos também abordagens e entendimentos de alguns autores do perfil de comportamento do magistrado no momento que este está a decidir além de como a busca pela melhor alocação dos recursos, da eficiência e de como a racionalidade e a falta de informações afetam as preferências dos tomadores de decisão. Nesta seção apresentaremos o artigo que será a base, os alicerces, de nossa análise aplicada ao caso Brasileiro.

No artigo “What do judges and justice maximize? The Same Thing Everybody Else Does” de Richard Posner (1993) é elucidada uma análise do comportamento do judiciário, focada especialmente, nas cortes de apelação americanas. No referido artigo, Posner propõe um modelo econômico simples onde a utilidade judicial é uma função do salário e dividendos recebidos pelo juiz, do lazer que pode ser interpretado como o tempo dedicado a atividades que não estejam ligadas ao trabalho por ele desenvolvido e, por último, do ato de votar propriamente dito.

Posner afirma que no coração da análise econômica do direito existe a tentativa de explicar o comportamento judicial em termos econômicos. Entretanto, tal tentativa se mostra bastante difícil uma vez que estamos falando do comportamento humano que muitas vezes não é racional. Porém, Posner defende que os juízes são atores econômicos racionais que buscam maximizar sua utilidade e que podem ser distribuídos em três tipos de maximizadores racionais, que são:

- A empresa sem fins lucrativos
- O eleitor
- O espectador teatral

O aspecto inovador da abordagem de Posner é a minimização do “Power Trip” que é supervalorização do poder conferido a cada juiz e a capacidade de cada um em poder mudar o mundo. Posner assume que a capacidade de mudar o mundo não representa um papel na função de utilidade do juiz. Isto não significa dizer que os juízes são indiferentes ao poder, na verdade eles gostam do poder que vem com a capacidade de decidir casos grandes e que podem repercutir na sociedade em que vivem. Mas esse prazer, na visão de Posner, não se insere na função de utilidade do juiz.

O foco da função de utilidade modelada pelo autor foi os juízes de apelação federais, uma vez que o próprio Posner é um, e para este grupo específico os esforços, no judiciário americano, para se retirar incentivos têm progredido mais que para os outros grupos de juízes.

No artigo III da constituição americana é imposto um grande obstáculo para a remoção de um juiz do seu posto e, praticamente, apenas uma atividade criminal poderá retirá-lo de seu gabinete. Um juiz pode ser preguiçoso, ser mal educado, repreender sem razão os advogados que estão em sua frente, que não sofrerá nenhuma censura a respeito de seu comportamento nem de seus atos. Além destas garantias os juízes não podem ter seus salários diminuídos e nem aumentados. Todos os juízes que estão no mesmo patamar devem receber o mesmo valor e são terminantemente proibidos de receber subornos, presentes, passagens aéreas, cestas de café da manhã e ajuda de custo dos litigantes. Tal isonomia de salário se dá em qualquer lugar do território americano independente do custo de vida da cidade que o juiz está desempenhando suas atividades. A partir destas garantias que livram o juiz federal da prestação de contas que torna o seu comportamento bem difícil de ser analisado pela Análise Econômica do Direito.

Para analisar o comportamento dos juízes federais Posner faz uma análise anterior onde descreve e interpreta o comportamento de três atores econômicos distintos que proporcionam uma análise mais profunda quando relacionados ao comportamento judicial. A primeira análise se refere às entidades sem fins lucrativos, a segunda se refere aos eleitores

quando ocorrem eleições e a terceira se refere aos espectadores de jogo esportivo ou um filme.

Posner utiliza a teoria de entidades sem fins lucrativos, elaborada por Henry Hansmann (1980), que afirma que firmas sem fins lucrativos têm menos incentivos para serem eficientes que firmas que tem como objetivo o lucro. Tal condição confere as firmas sem fins lucrativos uma ineficiência se comparadas as firmas do mesmo ramo ou setor que possuem interesses monetários, ou seja, que têm como objetivo final os lucros provenientes de suas atividades empresariais, sejam elas produtivas ou prestadoras de serviços.

O sistema judiciário foi construído em bases sem fins lucrativos e, em decorrência desta característica, é esperado que os juízes, por fazerem parte deste sistema e não angariarem lucros resultantes de suas atividades, não estejam dispostos a trabalhar tão intensamente quanto advogados de mesma idade e habilidade que estariam na iniciativa privada onde o objetivo final do trabalho deles é obter o lucro decorrente de suas atividades. Entretanto, o fato de que através da estrutura de incentivos e da estrutura de compensação judicial os juiz federais americanos são menos propensos a trabalhar arduamente que seus pares na iniciativa privada, não deve ser visto como um ponto negativo da forma sem fins lucrativos do sistema judiciário. Isso se deve a capacidade do lazer ser uma forma de renda e quando ocorre um aumento deste é reduzida a quantidade de renda pecuniária exigida pelos juízes. Desta forma, os juízes não são obrigados a trabalharem tão intensamente não necessitando dar a eles salários tão altos. Essa característica faz com que a estrutura sem fins lucrativos atraia pessoas competentes dando ao sistema a eficiência perdida sem gerar custos (salários) adicionais uma vez que a renda pecuniária exigida não será demasiadamente alta.

Posner afirma que não acredita que juízes de apelação federais trabalhem tão duro quanto seus pares de mesma idade e capacidade que estão na iniciativa privada. Porém, a maioria dos juízes trabalha tão intensamente ou mais ainda que os advogados que estão na iniciativa privada. Muitas vezes vemos juízes que já poderiam estar aposentados desfrutando dos

bens materiais conquistados e durante vários e vários anos de trabalho no judiciário da família trabalhando até o limite de tempo legal. Muitos destes juízes quando questionados afirmam que se pudessem estariam trabalhando mesmo após o tempo máximo permitido uma vez que eles se encontram em perfeita capacidade laboral e ainda são capazes de julgar casos com a mesma competência que seus pares mais novos. Tal situação é bastante comum no sistema judiciário brasileiro, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal – STF.¹

Diante desta situação, os juízes devem estar derivando utilidade não apenas do status de ser um juiz, que pode ser garantido trabalhando pouco uma vez que tal status não se perde com a aposentadoria. Tal incremento na utilidade deles vem do trabalho do juiz propriamente dito fazendo com que sua função de utilidade deva conter além do salário pago aos juízes e do lazer deles mais elementar. Abaixo descreveremos alguns elementos que podem afetar a utilidade do juiz, trazidos à tona por Posner, e seu posicionamento com relação a estes elementos.

- **Popularidade:** Posner acredita que os juízes buscam ser populares entre advogados e litigantes que levam casos perante a eles. Além da popularidade com os advogados e com as partes interessadas o juiz se preocupa com a sua popularidade perante outros juízes uma vez que as pessoas gostam de serem apreciadas. Essa busca por popularidade com outros juízes não gera, em um contexto geral, efeitos no estabelecimento de uma decisão nos casos apreciados pelo juiz que busca ser popular perante seus pares. Porém, quando o juiz busca ser querido junto aos advogados e às partes dos casos que estão sobre seu véu temos um claro conflito de interesses. Um juiz que busca ser popular não ira impor sanções ao advogado que

¹ Nas palavras do decano do STF, ministro Celso de Mello, na ocasião da aposentadoria compulsória do ministro Ayres de Britto: “Se não fosse esta regra implacável [de aposentaria obrigatória aos 70 anos], o país e o Supremo Tribunal Federal poderiam continuar se beneficiando da valiosa participação do eminente ministro Ayres Britto, cujos julgamentos luminosos tiveram impacto decisivo na vida dos cidadãos desta República”

cometer algum deslize profissional e nem criticar seu trabalho quando este estiver carecendo de refinamento. Quando é proferida uma sentença sempre haverá uma parte ganhadora e outra perdedora e nesta situação o juiz que procura ser querido pelas duas partes interessadas no caso irá proferir uma sentença mais neutra que não prejudique tanto a parte perdedora, mesmo ela não possuindo direito algum no caso que está sendo decidido.

- **Prestígio:** Posner visualiza o prestígio como sendo uma variável bastante similar à popularidade que discutimos no tópico anterior e uma variável inquestionável da função de utilidade do juiz. A busca por prestígio se manifesta quando se tem uma oposição, clara ou não, ao aumento do número de juízes sejam eles de alto nível ou não. Tal oposição é mais representativa e explícita a busca pela manutenção do nível de prestígio anterior quando a oposição se dá contra o aumento do número de cadeiras em níveis mais altos do judiciário. O prestígio que é protegido pelos juízes é derivado da grande dificuldade de se tornar um juiz e do poder conferido a eles. Tais características são e sempre foram bastante protegidas pelos juízes. Posner afirma que o prestígio pertence ao grupo, a classe de juízes, mas que cada juiz possui o seu próprio prestígio que pode ser ou não aumentado. Por exemplo, um juiz que se envolve em um escândalo tem seu prestígio reduzido ou se um juiz é o responsável por dismantelar um cartel que combinava preços em um determinado setor o prestígio dele perante a sociedade e a classe de juízes é aumentado.
- **Interesse Público:** Posner exclui esta variável da função de utilidade judicial uma vez que sua inclusão seria inconsistente com a abordagem que trata o juiz como um ser humano normal. Porém, tal visão não pode ser trazida para o contexto brasileiro. No Brasil o interesse público em determinados casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é tão grande que se torna uma forma de pressão para que determinado resultado seja alcançado. Essa pressão por determinado resultado vinda da mídia e da opinião pública se configura em uma pressão direta nos ministros do STF

que resulta em uma diminuição da satisfação, ou utilidade, por votar. Abordaremos novamente este posicionamento mais adiante.

- **Evitando a Reversão:** Posner afirma que juízes não gostam de ser contrariados, porém ele não acredita que a contestação tem um impacto muito grande na função de utilidade do Juiz. A contestação é inexistente no caso dos juízes da suprema corte americana e sem importância nos níveis inferiores da justiça estadunidense. A contestação não é vista como um erro ou incompetência do juiz. Higgings and Rubin (1980) demonstraram, por exemplo, que as taxas de reversão não afetam as chances de promoção dos Juízes. Porém, no âmbito do STF, vamos entender a reversão como a situação onde o voto de um ministro do superior tribunal é vencido pela maioria e seu posicionamento sobre determinada matéria é tido como incorreto perante aos outros. Portanto, quando uma decisão de determinado juiz é vencida a utilidade do perdedor sofre uma perda inegável. Vamos voltar a este ponto mais adiante em nosso trabalho.
- **Reputação:** Este é, segundo Posner, um elemento bastante importante da função de utilidade do Juiz uma vez que a reputação é uma função do esforço do juiz, mas apenas de um nível baixo deste, pois um elevado nível de esforço pode resultar em uma diminuição nos níveis de popularidade perante outros juízes, uma vez que o juiz que está se esforçando mais que a média pode ser visto como um “sabe tudo” ou o responsável por fazer com que o nível de esforço dos outros juízes pareça ser inferior ou medíocre.

1.4.1. Votar como fonte de utilidade

Posner faz uma análise do ato de votar em eleições estabelecendo um entendimento que o ato de votar é uma fonte de utilidade para as pessoas. Tal inferência se deve ao fato de que mesmo não sendo obrigadas a votar, uma vez que o ato de votar não é compulsório nos Estados Unidos, as pessoas, os cidadãos, os agentes econômicos votam maciçamente mesmo sabendo que o seu voto é apenas mais um em

milhões e que as chances do seu voto decidir uma eleição para prefeito, governador ou presidente são praticamente inexistentes. O mesmo ocorre no Brasil, mesmo o voto sendo obrigatório e a multa para quem não o faz ser de no máximo R\$ 35,14. Nas eleições de 2012 o Brasil tinha 138,5 milhões de eleitores aptos a votar e destes 115,7 milhões efetivamente foram às urnas. Isto nos informa que o ato de votar é bastante valorizado pelas pessoas e que mesmo sabendo que o seu voto não representa uma mudança do resultado da eleição as pessoas o valorizam ao ponto de assumir os custos da votação como o custo de ir até o local da votação e outros custos de oportunidade que são advindos da escolha individual por votar.

É possível estabelecer que votar tem um impacto positivo na utilidade do indivíduo que vota nas eleições. Desta maneira, levando em consideração que os juízes estão constantemente votando em casos importantes sendo os seus votos extremamente importantes para a resolução da questão e que podem determinar o desfecho do julgamento seja ele em um tribunal superior onde existe um colegiado, muitas vezes pequeno, decidindo o caso, ou seja, um voto solitário em instâncias mais baixas sua utilidade é, em parte, função do ato de votar. Portanto, se votar em eleições é uma fonte de utilidade o ato de votar dos juízes em casos envolvendo outras partes é também uma fonte de utilidade para o juiz que está a votar uma vez que ele estará ali realmente decidindo um caso muitas vezes importante, seja para os envolvidos na questão que esta sendo apreciada ou para a sociedade como um todo, como ocorre em casos julgados pelo STF através da repercussão geral.

1.4.2. A analogia do espectador

Um importante ponto para entendermos como o juiz vota é compreender como os juízes determinam seus julgamentos. É entender como eles escolhem por uma interpretação da norma em detrimento de outra e como é escolhida uma filosofia judicial (conservador, liberal, e etc.) a favor de outra.

Posner afirma que a maioria dos juizes é relativamente insensível às críticas do público em geral e que apenas críticas de outros juizes são, de certa forma, levadas em consideração. No caso americano os comentários com relação aos julgados da suprema corte são raros e apenas uma pequena porcentagem das centenas de casos julgados pela corte de apelação recebe alguma crítica. Diante deste ponto de vista o juiz não escolhe seu posicionamento olhando para possíveis críticas do público. No Brasil este entendimento também é válido uma vez os ministros do STF, teoricamente, votam sem sucumbir às pressões externas. Entretanto, quando o interesse público no julgamento da corte ou no julgamento de algum caso específico é demasiadamente grande a utilidade retirada deste julgamento é menor que se comparada à situação de inexistência de pressão política ou popular em determinado julgamento. Trataremos com mais detalhes desta especificidade no caso brasileiro mais adiante.

Com a finalidade de entender como o juiz estabelece sua linha de julgamento e tomando como ponto de partida a incapacidade de se escolher uma linha de pensamento levando em consideração o aumento do retorno pecuniário, do lazer e de outras formas de utilidade que discutimos anteriormente e a necessidade do juiz de votar nos casos que lhe são impostos estabelecendo um julgamento racional e justo podemos analisar, e posteriormente realizar analogias, como os espectadores de filmes, teatros e jogos de futebol formulam suas preferências.

Quando um indivíduo está assistindo a um filme ou a alguma peça teatral dramática ele está, muitas das vezes inconscientemente, escolhendo algum lado na trama para torcer. Esta escolha leva em consideração a cultura em que a pessoa está inserida, experiências anteriores às quais são parecidas com a que está sendo ilustrada pelo filme ou teatro e as preferências políticas que cada indivíduo possui. Em um jogo de futebol onde o espectador não possui uma preferência prévia por nenhum time que está jogando ele tem a tendência de torcer pelo time mais fraco ou pelo time da casa. Este tipo de escolha leva em consideração vários fatores pessoais do indivíduo e podem ser relacionados com a escolha feita pelo juiz na hora de julgar um caso.

Posner sustenta que a analogia do espectador pode ajudar a visualizar como os resultados judiciais refletem tanto as preferências dos juízes e na qualidade da argumentação e fundamentação dada pelo juiz.

1.4.3. O Modelo formal da função de utilidade judicial

Após os argumentos e analogias apresentadas anteriormente algumas questões vem à tona: O que motiva o juiz? Qual é a fonte de utilidade do juiz e como suas preferências pessoais influenciam os julgamentos? Posner (1993) apresenta um modelo formal da função de utilidade do juiz onde ele considera a popularidade, o prestígio, o interesse público, a aversão à reversão e à reputação como fatores que devem ser analisados. Desta maneira é proposta a seguinte função de utilidade judicial:

$$U = U(t_j, t_l, I, R, O)$$

Onde t_j é o numero de horas por dia que o juiz dedica ao ato de julgar, t_l é o número de horas que o juiz dedica a outras atividades que não a de julgar (lazer), I é o salário recebido pelo juiz, R é a reputação do juiz e O são as outras fontes de utilidade do juiz inerentes ao titulo de juiz (popularidade, prestígio e evitar a reversão). Neste modelo R , O e I são invariáveis com relação a t_j , ou seja, são dadas e não necessitam de uma análise mais apurada segundo Posner. Neste modelo I é limitado ao salário judicial e nada mais que isso e O exclui a utilidade de votar uma vez que para Posner os juízes de apelação americanos realizam inúmeros julgamentos em sua carreira e em muitos deles o voto não segue as convicções pessoais do próprio juiz e, desta maneira, não conferindo a utilidade esperada que o ato de votar proporciona. Assim, nestas condições o juiz irá alocar seu tempo entre lazer e trabalho, no caso julgar, na proporção de que a última hora dedicada a julgar proporcione a ele a mesma utilidade que a última hora dedicada ao lazer.

Analisando a função de utilidade judicial vemos que um aumento no tempo dedicado ao trabalho aumenta a utilidade total do juiz uma vez que o ato de trabalhar, ou julgar, é uma fonte de utilidade para ele. Porém, ao aumentar o tempo destinado ao ato de julgar retiramos tempo dedicado ao lazer, que também é uma fonte de utilidade judicial. Desta maneira, ao aumentar o tempo de trabalho chegaremos a um ponto que diminuiríamos demasiadamente o tempo dedicado ao lazer e, por consequência, a utilidade total do juiz. Analisando mais um pouco as características de t_j percebemos que a medida que o tempo dedicado ao ato de julgar aumenta o retorno dele para o juiz diminui. Ou seja, a cada aumento do tempo dedicado ao trabalho temos retornos decrescentes de utilidade para o magistrado. Utilizando instrumentais microeconômicos percebemos essa situação formalmente. Se derivarmos a função de utilidade judicial proposta em relação a t_j teremos em sua primeira derivada uma relação positiva em relação a t_j . Derivando novamente e encontrando a segunda derivada percebemos que a relação se inverte, trazendo um sinal negativo em relação a t_j :

$$\frac{\partial U}{\partial t_j} > 0 ; \frac{\partial^2 U}{\partial t_j^2} < 0.$$

Portanto um acréscimo de trabalho t_j resulta em uma elevação da utilidade judicial, porém até certo ponto. A segunda derivada desta relação traz um sinal negativo que demonstra que um aumento constante do nível de t_j fará que a utilidade diminua a partir de um determinado ponto uma vez que um recorrente aumento do tempo dedicado ao trabalho retira, ou compete, com o tempo dedicado a outras fontes de utilidade judicial.

A mesma análise pode ser feita com outra variável da função de utilidade judicial que é o componente t_l . Acabamos de perceber que um aumento do tempo dedicado ao trabalho resulta em um incremento na utilidade judicial, porém até certo ponto, pois o tempo dedicado a outras fontes de utilidade seriam comprometidos. Percebemos também que à medida que o tempo dedicado aumenta o retorno diminui. O mesmo acontece com o tempo dedicado ao lazer, que pode ser tempo com a família, tempo vendo

filmes, ou qualquer outro tempo dedicado a atividades que não estejam ligadas ao ato de julgar do juiz também resulta em um incremento no nível de utilidade judicial. Porém, assim como ocorrem com t_j a partir de um ponto esse aumento de t_l passa a competir com outras atividades que são fontes de utilidade judicial. Ou seja, a partir da análise estática comparativa consideramos que a primeira derivada da função em relação a t_l é positiva, porém sua segunda derivada possui sinal negativo.

$$\frac{\partial U}{\partial t_l} > 0 ; \frac{\partial^2 U}{\partial t_l^2} < 0.$$

Neste modelo um salário maior poderá afetar o tempo dedicado ao lazer e por consequência o tempo dedicado ao trabalho, no caso o ato de julgar. Essa variação no salário se deve ao fato do juiz recorrer a “ações clandestinas” que podem proporcionar um incremento em seus salários. Tais ações clandestinas podem ser a realização de palestras, publicação de livros, condução de aulas em universidades e etc. Tais atividades aumentariam a renda pecuniária do juiz e, por consequência, diminuiriam o tempo dedicado as atividades originais como o julgar e o lazer.

A partir de tal afirmação e ignorando outros argumentos que não mudam o total de tempo dedicado a julgar Posner reescreve a função de utilidade judicial onde é permitido ao juiz obter renda de atividades que não são diretamente ligadas a atividade judicial. Essa nova função de utilidade inclui, por exemplo, o pagamento por atividades de magistério e a venda de livros escritos pelos magistrados. Dada esta nova abordagem a função de utilidade é reescrita como:

$$U = U(I_f, I_v(t_v), t_j, t_l,)$$

Nesta versão a renda recebida pelo juiz, I , é dividida em um componente fixo (I_f) e outro variável (I_v) que depende do tempo (t_v) que ele aloca/destina a atividades que trazem incrementos pecuniários a sua renda e que não são relacionadas ao ato de julgar e ao lazer. Desta maneira, $I = I_f + I_v(t_v)$ onde $t_v + t_v = 24$. Desta maneira o juiz irá

considerar o impacto negativo de suas atividades que não são de julgar ou de lazer.

No contexto brasileiro temos no art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 as vedações aplicadas no âmbito do subsídio recebido pelos magistrados. Elas são:

- I. Exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II. Receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- III. Dedicar-se a atividade político-partidária;
- IV. Receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
- V. Exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Haja vista, fica muito difícil, ou quase impossível, um ministro da suprema corte brasileira desempenhar as chamadas “ações clandestinas” de Posner com a finalidade de incrementar sua renda pecuniária. A constituição brasileira estabelece várias barreiras ao aumento da renda pecuniária de um magistrado. Tal situação vem para resguardar o devido processo legal e a função primordial do judiciário que é manter e promover a justiça. Estabelecendo tais barreiras o constituinte brasileiro tenta impedir que o juiz se afaste de sua função principal, que é a de julgar corretamente e sem vícios os casos a ele impostos. Portanto, o componente variável da renda pecuniária recebida pelo juiz que Posner traz em sua segunda versão da função de utilidade judicial não estaria corretamente aplicado ao caso brasileiro. Dificilmente um juiz teria sua renda aumentada por um incremento de atividades “clandestinas” eventualmente desempenhadas por ele. O subsídio pecuniário recebido por um ministro do Supremo Tribunal Federal, que nesse trabalho é nosso objeto de estudo, supera a casa dos R\$ 28.000,00 e é tido pela constituição federal como o teto do funcionalismo público no Brasil. O

aumento desta renda, resultado de uma atividade de magistério, se torna irrelevante para a nossa análise por ser ínfima quando comparada ao subsídio já recebido pelo ministro do STF. Por estes motivos a segunda abordagem da função de utilidade judicial não será amplamente abordada em nosso trabalho. Iremos focar nos próximos capítulos na primeira função de utilidade apresentada e como seus componentes são aplicados ao caso brasileiro incluindo novos componentes e retirando alguns que são válidos no caso americano, mas não no brasileiro.

Isto não significa que um estudo ou a proposta de uma função de utilidade baseada na renda pecuniária recebida pelo magistrado brasileiro esteja errado. Seria extremamente válido e engrandecedor um futuro estudo de como a renda pecuniária recebida pelo juiz é afetada pelo seu salário e suas outras fontes de renda. Porém, neste primeiro momento devemos entender como outras fontes de utilidade judicial afetam a utilidade e bem estar do juiz brasileiro. Este se torna o primeiro passo para trazer a abordagem de Posner ao contexto brasileiro.

1.5. Conclusões do Capítulo

Vimos que o ato de julgar praticado pelos juízes é bastante complexo e envolve variáveis difíceis de serem mensuradas. Nem sempre é possível alcançar os ideais de maximização da utilidade de todos os envolvidos e muito menos promover a melhor alocação dos recursos disponíveis. Existem inúmeras variáveis que comprometem o alcance da meta do direito consuetudinário trazida por Posner (1972) dentre elas podemos citar a racionalidade limitada dos agentes, as preferências pessoais dos juízes que muitas vezes balizam o ato de julgar, o ambiente em que o juiz está inserido além de outras variáveis que influenciam o processo decisório mas que são muito difíceis de serem mensuradas.

No artigo de Posner discutido nesta seção o objetivo central era mostrar que o comportamento judicial não é de difícil entendimento. Não existe mistério ou obscuridades no que os juízes maximizam. Os principais componentes da função de utilidade judicial são facilmente observáveis

no comportamento dos participantes das empresas sociais sem fins lucrativos, nos eleitores e nos espectadores de filmes ou jogos esportivos. Posner propõe que os juízes de apelação americanos maximizarão sua renda, que é fruto do trabalho judicial e de atividades que não estão ligadas ao judiciário, como a publicação de livros e o magistério, dentro da limitação do tempo gasto em lazer.

Percebemos que o contexto americano se parece com o brasileiro em alguns pontos, mas em outros não. As características do modelo judicial brasileiro, da cultura de nosso país, da mídia brasileira e de muitos outros pontos fazem com que os pesos de algumas fontes de utilidade mudem com relação aos Estados Unidos. Desta forma devemos analisar cuidadosamente o contexto jurídico no Brasil olhando para toda a sociedade brasileira e tratando o nosso objeto de estudo, que são os ministros do Supremo Tribunal Federal, como agentes racionais que buscam maximizar suas utilidades (preferências) levando-se em consideração suas restrições.

2. A evolução a partir de Posner e outras abordagens para o comportamento judicial

O artigo de Posner (1993), tratado em nosso capítulo anterior, abriu as portas para uma nova abordagem do comportamento judicial. Posner trouxe o entendimento de que os juízes são como outros atores econômicos e políticos que buscam maximizar sua função de utilidade. Posner apresentou uma função de utilidade judicial com elementos monetários e, mais importante, elementos não monetários, como o lazer, o prestígio e o poder. Tais elementos causaram certa revolução na maneira de como o comportamento judicial é estudado e compreendido.

Após o artigo de Posner uma série de artigos foram escritos por economistas e por estudiosos do direito seguindo os passos dados por Posner. Dentre eles podemos citar os artigos de Drahozal (1998), de Miceli & Cosgel (1994), Macey (1994) e Foxall (2004) como alguns dos autores que seguiram a linha de Posner e contribuíram para o estudo do comportamento judicial.

2.1. Os modelos de comportamento judicial

Os estudiosos americanos ao estudarem o comportamento judicial utilizam basicamente três modelos de comportamento judicial, o modelo legal, o modelo atitudinal e o modelo estratégico. O modelo legal afirma que o comportamento judicial é fortemente influenciado pela lei e que o juiz é apenas um instrumento de aplicação das normas. O modelo atitudinal diz que os juízes decidem os casos que lhe são impostos de acordo com suas preferências pessoais e ideologias e que os casos são decididos seguindo os valores individuais do magistrado e dos fatos que estão ligados aos casos em julgamento. Ribeiro (2012) traz que o modelo atitudinal possui algumas teses que são aceitas na teoria microeconômica. Uma destas teses é a de que o ator político é orientado por objetivos determinados e que ao escolher um curso de ação entre um

conjunto de possibilidades irá escolher o que irá maximizar seus objetivos. O modelo estratégico afirma que os magistrados desenvolvem suas estratégias a luz de suas próprias preferências e que suas decisões não são indiferentes à reação de outros atores políticos (Ribeiro, 2012). Ou seja, os magistrados não agem com liberdade ao votar, como afirma o modelo atitudinal, mas são levados a pesar o comportamento de outros atores políticos e as preferências são decorrentes das interações existentes entre estes atores. Portanto, no modelo estratégico, as preferências pessoais do magistrado são formuladas estrategicamente com a finalidade de maximizar os benefícios e minimizar os custos pessoais.

Mueller & Ferreira (2013) trazem que a proxy mais popular para ideologia nos estudos que utilizam o modelo atitudinal nos Estados Unidos é o partido do presidente que nomeou o magistrado. Juízes que foram nomeados por presidentes que pertencem ao partido republicano tendem a proferir decisões conservadoras enquanto que os juízes nomeados por presidentes que pertencem ao partido democrata tendem a proferir decisões mais liberais. Em 1998 Lee Epstein e Jack Knight escreveram sobre o comportamento judicial dos juízes no livro intitulado “The Choices Justices Makes”. Neste trabalho eles afirmam que os juízes são atores estratégicos que perceberam que sua capacidade de atingir seus objetivos é dependente das preferências de outros juízes, das escolhas que eles esperam que estes outros atores façam e do contexto institucional que eles estão inseridos.

Segundo Epstein & Knight (1997) três características distinguem a abordagem ideológica, partidária e política da abordagem de comportamento estratégico do juiz. Todas as abordagens buscam compreender como se dá o comportamento judicial e como o ambiente em que eles estão inseridos pode afetar o comportamento judicial. São elas:

- Sobre a ótica do comportamento estratégico é livre ao pesquisador especificar quais são os objetivos dos atores ali envolvidos. Cabe ao pesquisador identificar e relacionar os objetivos que ele acredita

que os atores estudados por ele possuem. Porém, de acordo com o modelo de atitude os juízes possuem um único objetivo: o de fazer política.

- A abordagem do comportamento estratégico assume que quando juízes, que são orientados por seus objetivos, estabelecem suas decisões eles levam em consideração as preferências e as ações de outros atores que podem ser seus colegas, políticos e a sociedade. Segundo o modelo de atitude os juízes sempre se comportam de acordo com as suas preferências e não são influenciados pelas preferências e ações de outros atores.
- A abordagem estratégica assume que o ato de julgar se encontra em um quadro institucional complexo e que possui regras e uma estrutura institucional de interação entre os juízes e outros atores que são relevantes. Sobre a ótica do modelo de atitude as instituições são relevantes apenas na medida em que elas permitam aos juízes votar olhando para as suas preferências pessoais sem interferência interna.

No trabalho desenvolvido por Epstein & Knight (1997) eles adotaram uma abordagem convencional para entender o comportamento judicial e argumentaram que a maximização da política é a principal, e talvez única, preocupação. Entretanto, alguns anos mais tarde eles perceberam que esta abordagem estava errada. No artigo “Reconsidering Judicial Preferences” publicado em 2013 eles afirmam que o objetivo político é crucial para entender o comportamento judicial, porém esta não é a única motivação para o juiz.

2.2. A evolução dos elementos da função de utilidade judicial

Drahozal (1998) traz que os componentes precisos da função de utilidade judicial não são uma unanimidade entre os estudiosos do tema e que as preferências de cada juiz podem variar e não serem as mesmas de outros juízes que estiverem no mesmo nível da carreira. Tais variações podem

ocorrer por vários fatores como a localidade ou região em que o juiz trabalha, o salário do magistrado e a quantidade de casos importantes que o juiz julga. Porém, na literatura, existem alguns elementos chave da função de utilidade judicial, que são:

Capacidade de Decisão: Drahozal entende que decidir casos é o objetivo do juiz e o que eles fazem em seu trabalho, desta forma, presumidamente, eles derivam utilidade desta atividade. Este é um raciocínio quase idêntico ao de Posner (1993) quando ele afirma que os juízes derivam utilidade do ato de votar. Portanto, para os juízes, e para os estudiosos, decidir um caso, ou votar, é uma fonte de utilidade para o juiz. Drahozal propõe que os juízes derivam utilidade decidindo casos de duas diferentes maneiras: a partir do resultado de um caso particular onde ele profere sua decisão de sua cabeça seguindo seu próprio e livre convencimento (utilidade ideológica) e a partir de normas legais que ditam o caminho que o magistrado deverá seguir para decidir o caso em questão (utilidade da razão). Os juízes derivam a utilidade ideológica decidindo casos a partir de seus valores e preferências pessoais impondo-as a sociedade enquanto para derivar a utilidade da razão o juiz deve seguir os precedentes e as normas legais para decidir o caso.

Prestígio / Respeito: Assim como Posner (1993) e outros estudiosos Drahozal afirma que juízes derivam utilidade do prestígio deles e que eles ganham prestígio apenas por serem juízes. O respeito pode ser variável e dentro da comunidade jurídica ele depende de como o magistrado interpreta e aplica as normas legais dentro do processo. Ou seja, dependendo do nível de excelência do juiz e de como ele aplica as normas o respeito por ele pode ser majorado ou não. O respeito pode ser aumentado perante certo grupo de advogados, políticos e empresários baseado no resultado de um caso que ele esteja julgando. Este tipo de respeito é ligado à utilidade ideológica do juiz e pode aumentar as chances de promoção do magistrado.

Lazer: O lazer é um elemento comum da função de utilidade judicial uma vez que os juízes, como o resto de nós, valorizam o lazer. Esta é uma

abordagem tradicional para os estudiosos do tema e compartilhadas por Posner.

Critério de decisão: Mark Cohen (1991) afirma que os juízes preferem um modelo de decisão sem constrangimentos a um modelo em que suas decisões são pré-determinadas. Ou seja, um juiz que apenas aplica a lei recebe menos utilidade que um juiz que possui amplo poder decisório. Desta maneira, um juiz que apenas aplicar a lei ou seguir precedentes receberá menos “utilidade da razão” se comparado a um juiz que possui amplo poder decisório e que pode decidir o caso a partir de entendimentos e convencimentos pessoais.

Promoção para uma corte superior: Os juízes possuem incentivos limitados para procurar oportunidades de trabalho fora do judiciário por causa das barreiras impostas a eles. Entretanto, eles têm um incentivo para procurar uma promoção dentro do próprio sistema judiciário que proporciona a eles um salário maior e mais prestígio estando em um corte mais alta.

Evitando a reversão: Este é um elemento da função de utilidade judicial que resulta da existência da apelação no sistema processual. Nenhum juiz gosta de ter suas decisões contestadas em uma corte superior, conforme afirma Watson (1988). Desta forma, os juízes que são avessos à reversão decidem seus casos de maneira a diminuir a probabilidade de terem suas decisões contestadas. Até juízes que não são avessos as reversões levam em consideração a probabilidade de ocorrer uma apelação contra suas decisões uma vez que esta apelação poderá causar impacto negativo em outros elementos da função de utilidade judicial. Higgins & Rubin (1980) hipotetizaram que reversões recentes podem afetar as chances de promoção de um juiz e que magistrados mais velhos possuem menos chances de receber uma promoção e, assim, detém mais chances de ter suas decisões contestadas.

Mais recentemente Schauer (2000) fez uma crítica à leitura que os cientistas políticos faziam do comportamento judicial e apresentou uma abordagem mais crítica e profunda deste comportamento e de sua

motivação. Schauer critica os cientistas políticos afirmando que eles não levam em consideração a possibilidade de que os interesses pessoais dos juízes determinam o comportamento judicial ou suas preferências políticas.

Schauer (2000) afirmou que os legisladores, os executivos e os burocratas são amplamente motivados por várias formas de interesses pessoais, como, por exemplo, o desejo de uma promoção para um cargo com mais poder e o desejo de maximizar a renda recebida. Macey (1994) diz que os juízes são diferentes entre si e que não existe homogeneidade entre os magistrados com relação a suas preferências. Existem juízes que preferem maximizar o lazer deixando a maximização de seu próprio prestígio e popularidade perante algum grupo, advogados ou estudiosos do direito, em segundo plano.

O trabalho apresentado por Epstein e Knight (1998) introduz, a partir do trabalho de outros estudiosos como Posner (1993), a importância da motivação pessoal para o juiz. Essa importância vem da necessidade do juiz ter que alocar suas atividades em apenas 24 horas. Tais atividades podem ser alocadas em 3 grandes grupos:

- Atividades Judiciais;
- Trabalho não judicial;
- Lazer.

Dada a restrição de tempo os juízes devem maximizar suas preferências baseados em 5 fatores pessoais:

1. **Satisfação do trabalho:** Se caracteriza pela satisfação pessoal por sentir que se está fazendo um bom trabalho. (Baum 1997, Caldeira 1977, Drahozal 1998, Gulati & McCauliff 1998, Klein 2002, Shapiro & Levy 1994)
2. **Satisfações externas:** São as satisfações que vêm com o cargo de juiz como a reputação, a influência, o poder e prestígio (Drahozal

1998, Georgakopoulos 2000, Miceli & Cosgel 1994, Schauer 2000, Shapiro & Levy 1994)

3. **Lazer:** o lazer figura em várias análises econômicas do direito (Bainbridge & Gulati 2002, Macey 1994, Posner 1993) que afirmam que os juízes apreciam o lazer e, a partir de certo ponto o custo de oportunidade de aumentar o lazer excede os benefícios do tempo adicional gasto no ato de julgar. Desta maneira é esperado que os juízes adotem comportamentos destinados a aumentar, ou ao menos proteger, o seu tempo de lazer.
4. **Salário/renda:** mantido todo o resto igual, os juízes, como a maior parte dos atores econômicos, preferem mais salários, renda e conforto. Desta forma os juízes buscam aumentar sua renda com a finalidade de maximizar sua utilidade individual.
5. **Promoção:** este é um importante fator influenciador da utilidade pessoal do juiz que este ganha de seu trabalho. Uma promoção aumenta a satisfação com o trabalho, o prestígio, a reputação e o salário recebido pelo juiz.

2.3. O problema dos diferentes níveis de cortes judiciais

Drahozal (1998) examina como os incentivos judiciais diferem entre as diferentes cortes judiciais da estrutura jurídica de um país e como elementos da função de utilidade judicial se tornam menos ou mais importantes de acordo com o nível da corte. Drahozal (1998) afirma que a estrutura de um judiciário com diferentes níveis de cortes altera os incentivos dados aos juízes e que as preferências dos magistrados são diferentes em cada nível da estrutura jurídica. Posner (2005) entende que o comportamento judicial é uma função dos incentivos e do sistema legal e da estrutura judiciária em que os juízes estão inseridos. Desta forma, assumindo um mesmo caso distribuído a um juiz que ocupasse um nível

mais baixo da estrutura judiciária, a decisão proferida por este juiz seria diferente da decisão preferida para o mesmo caso se ele estivesse em um nível superior da estrutura judiciária. Esta diferença é resultado dos diferentes incentivos conferidos aos juízes que estão em níveis diferentes da pirâmide judiciária.

A estrutura do sistema judiciário modifica os incentivos dados aos juízes que estão em patamares diferentes da estrutura. Posner (2005) afirma que é um erro utilizar o mesmo rol de incentivos e de preferências para todos os juízes. Ou seja, existem diferenças entre os juízes que devem ser consideradas na hora de estudar o comportamento judicial. Em cortes supremas, no caso brasileiro o Supremo Tribunal federal – STF, a estrutura de incentivos diferente se comparada com cortes mais baixas. Por exemplo, alguns elementos da função de utilidade judicial proposta por Posner (1993), como a reversão e o lazer têm um peso menor da corte Suprema que na corte imediatamente inferior, no caso, o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Para Drahozal (1998) existem várias diferenças entre os diferentes níveis de cortes existentes na estrutura jurídica em especial nas cortes de primeira instância e nas cortes de apelação. Tais diferenças estão dentro da natureza do procedimento jurídico de cada corte, dentro da estrutura piramidal do sistema jurídico, dentro da capacidade de controle da agenda e dentro das restrições de procedimentos de cada corte.

Conforme afirma Drohazal (1998) os tribunais de primeira instância resolvem matéria de fato enquanto cortes de apelação julgam apelações que podem conter matéria de fato ou de direito. Quanto mais alto avançamos na pirâmide judicial mais restrita fica a atividade judicante e mais especializado o juiz fica. No caso brasileiro os tribunais de primeira instância julgam casos analisando matéria factual e de direito, ou seja, o juiz de primeira instância deve possuir uma visão macro do processo e dos fatos que sobrevoam o objeto do processo. Na medida em que o processo avança pelo sistema judicial a matéria de fato vai ficando para trás, menos importante, e a matéria de direito se sobressai. Isso ocorre uma vez que a matéria de fato já se encontra exaustivamente discutida na

base da pirâmide judicial e não necessita se discutida e revista em instâncias superiores.

Outro ponto que diferencia instâncias mais baixas de instâncias mais altas é o tempo total dedicado para cada julgamento em cada uma das instâncias. Em cortes de apelação, ou seja, em cortes mais altas, o tempo dedicado a um caso é maior que o tempo dedicado ao mesmo caso em instâncias inferiores. Mesmo analisando apenas matéria de direito nas instâncias superiores a análise realizada se torna mais complexa e carecedora de mais tempo para que o magistrado responsável pela apreciação do caso dê um parecer, ou voto, final. Tal diferença no tempo dedicado ao ato de votar deve ser levada em consideração no momento de estabelecer uma função de utilidade judicial e seus elementos já que a relação entre o tempo dedicado ao trabalho e ao lazer difere nos diferentes níveis do sistema judiciário.

Outra diferença entre os níveis de cortes é a matéria que é julgada por eles e o controle, que pode ser direto ou indireto, das matérias julgadas. A própria estrutura piramidal do sistema judicial proporciona a instâncias mais altas um determinado controle da agenda (Posner, 1985). Na medida em que a pirâmide vai se tornando mais estreita em seu cume o número de casos e processos que podem subir a patamares superiores diminui, proporcionando a cortes superiores um determinado controle dos processos julgados por elas. Macey (1994) entende que os juízes desejam controlar sua própria agenda uma vez que o custo de oportunidade de ser um juiz é alto uma vez que esse mesmo juiz poderia estar ganhando mais na iniciativa privada. No STF temos um controle explícito da matéria julgada pelo tribunal. A constituição brasileira de 1988 em seu artigo 102 expõe a competência do STF apontando a matéria que poderá ser julgada pelo tribunal. Outro modo de controle da agenda pelo STF se dá na aceitação de processos que contenham repercussão geral, assim limitando os casos julgados pela corte e dando aos integrantes da corte o controle dos processos que entraram no tribunal.

Os incentivos recebidos pelos juízes em cada nível da pirâmide judiciária se diferenciam e proporcionam diferentes preferências entre os juízes de

cada nível (Drahozal, 1998). Por este motivo não é possível determinar uma função de utilidade judicial que abrace todos os juízes pertencentes ao sistema judiciário. A própria estrutura judiciária impossibilita uma função de utilidade universal que contenha os mesmos elementos para todos os indivíduos que estão sendo analisados. Posner (1993) utilizou os juízes de apelação da estrutura judiciária dos Estados Unidos para ser o objeto de seu estudo uma vez que para ele esse grupo seria estudado com mais facilidade e detentor de uma estrutura de incentivos robusta e evidente. Drahozal (1998) espera que os juízes, que são agentes econômicos maximizadores de utilidade, se comportem de maneira diferente em cada nível da pirâmide judiciária. Para ele os diferentes incentivos dados aos magistrados em cada nível resultam em comportamentos diferentes.

Segundo Steven Shavell (1995) os juízes não gostam de ser contrariados, ou seja, de terem suas decisões questionadas. Desta maneira o caso é decidido de uma maneira que reduza a possibilidade de questionamentos. Por exemplo, o juiz de um tribunal de primeira instância ao analisar um caso e decidi-lo emitindo seu posicionamento certamente detém uma resistência grande e não fica feliz quando seu julgamento é questionado e encaminhado para instâncias superiores para uma nova apreciação. Olhando por este prisma o juiz em questão, que detém uma grande aversão aos questionamentos de seus julgamentos, certamente irá levar em consideração a possibilidade de questionamento e reversão de sua decisão em uma instância superior e, desta maneira, emitirá um voto que diminua as chances de questionamento. Analisando o mesmo caso com o mesmo juiz em uma instância superior, a aversão ao questionamento é bem menor uma vez que as possibilidades de questionamentos e recursos contra sua decisão são mais difíceis de serem feitos. Portanto, ao decidir em uma instância superior o juiz não dará o mesmo peso a possibilidade de questionamentos que daria em uma instância inferior e, assim, seu julgamento será diferente do que seria em uma situação diversa.

2.4. O problema de diferentes sistemas judiciais

Um trabalho que tenha como objetivo estudar o comportamento judicial, entendendo como o juiz é influenciado por incentivos externos e internos ao sistema judicial e como suas preferências afetam o julgamento de casos, necessariamente deve levar em consideração a estrutura do sistema judicial que servirá de base para o estudo conforme afirma Macey (1994).

Posner (2005) entende que o comportamento judicial difere entre países com sistemas legais diferentes e, até mesmo, similares. Tal diferença, como nós já vimos, é resultado de estruturas judiciais diferentes e incentivos diferentes dados aos juízes. A natureza das preferências judiciais é definida pela estrutura única e das características de cada sistema judicial (Macey, 1994)

Posner (2005) chama a atenção para o fato de que devemos perceber que a noção ortodoxa que afirma que os juízes apenas aplicam a lei e obedecem a normas não é compatível com a maioria dos sistemas legais. No Brasil o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto, mas deve fazê-lo com o objetivo de estabelecer a melhor resolução ao conflito. Muitas vezes se devem fazer novas interpretações da lei e das normas adequando-as ao caso concreto. Desta maneira, no Brasil, é conferida ao magistrado certa liberdade ao julgar casos e proporcionando a ele um poder de resolução de conflitos segundo seu próprio entendimento pessoal e convencimento. Esse poder de resolução de conflitos dá ao juiz satisfação (utilidade) ao decidir um caso dando a ele mais, ou uma sensação de mais, poder, prestígio e respeito que são elementos da função de utilidade judicial.

Em alguns sistemas judiciais existe uma maior aversão ao questionamento e apelação das decisões. Em sistemas judiciais específicos altas taxa de reversão podem impactar negativamente nas

chances de promoção de um juiz enquanto que em outros sistemas este impacto é menor ou quase inexistente. Em sistemas onde uma alta taxa de reversão afeta negativamente a chance de promoção de um magistrado o julgamento livre é comprometido, uma vez que o juiz procurará uma decisão que diminua a chance de reversão. Portanto, o sistema judicial de alguns países confere uma importância maior à aversão à reversão, que é elemento da função de utilidade judicial e que, neste contexto, está intimamente ligado a outro componente da função de utilidade judicial que é a promoção.

2.5. Conclusões do capítulo

Neste capítulo fizemos uma revisão histórica da literatura ligada ao estudo do comportamento judicial. Percebemos que vários autores seguiram os passos dados por Posner e continuaram a estudar como os incentivos e as preferências de cada juiz afetam seu comportamento e a utilidade final de cada um.

Concluimos que não existem sistemas judiciais iguais e que cada nação detém um sistema diferente em sua estrutura judiciária. Essa diferenciação entre os sistemas judiciais impõe que cada juiz de cada nível de cada sistema judicial terá um comportamento diferente e que a análise e estudo deste comportamento devem ser específicos para aquele sistema judicial e nível da pirâmide judicial. Não podemos simplesmente generalizar um estudo do sistema judicial. Essa generalização não traria para o estudo a correta análise da realidade judicial.

Portanto, para estudar o caso brasileiro devemos escolher um determinado nível da pirâmide judicial e concentrar nossos esforços de análise dentro deste nível. Este foco mais específico permitirá que a análise realizada seja a mais fiel à realidade possível e as conclusões menos propensas a refutações futuras.

3. A função de utilidade Judicial – O caso Brasileiro

A partir deste momento teremos o foco de nosso trabalho voltado para o caso brasileiro. Trabalharemos analisando como a estrutura do sistema judiciário brasileiro influencia o magistrado e como o sistema judicial determina as preferências de cada juiz. Analisaremos a estrutura judiciária e determinaremos como as preferências pessoais são estabelecidas no patamar máximo do sistema judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Este capítulo está subdividido em quatro partes que se inter-relacionam e que utilizam os conceitos e as teorias elucidadas nos dois primeiros capítulos deste trabalho. Na primeira subdivisão estudaremos a estrutura judicial brasileira delimitando nosso campo de estudo e justificando a escolha de determinada parte da estrutura judicial para concentrar nossos esforços. Na segunda subdivisão analisaremos a estrutura de preferências e os incentivos existentes no Supremo Tribunal Federal. Na terceira subdivisão apresentaremos a função de utilidade judicial aplicada ao caso brasileiro e modelada a partir das preferências e incentivos apresentados nas seções anteriores. Na última subseção apresentaremos as conclusões do capítulo.

3.1. O poder Judiciário Brasileiro

Para analisar o sistema judicial de uma nação e compreender como ele funciona devemos primeiramente entender como este sistema está organizado. Tal entendimento se faz ainda mais importante quando um dos objetivos do estudo é valorar o próprio sistema judicial. Para o tipo de análise que estamos propondo o conhecimento da estrutura organizacional e hierárquica do judiciário brasileiro é imprescindível e vem

para ajudar a compreender os diferentes incentivos existentes em cada nível da pirâmide judiciária.

3.1.1. A Estrutura Judicial Brasileira

O capítulo III da Constituição Federal Brasileira de 1988, em sua seção I, traz as disposições gerais do sistema judiciário. O art. 92 da mesma carta magna elenca os órgãos pertencentes dessa estrutura que são:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I- O Supremo Tribunal Federal;
- II- O Superior tribunal de Justiça;
- III- Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV- Os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V- Os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI- Os Tribunais e Juízes Militares;
- VII- Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Diante do sistema judicial construído pela constituição do Brasil a pirâmide judiciária brasileira possui o seguinte formato:

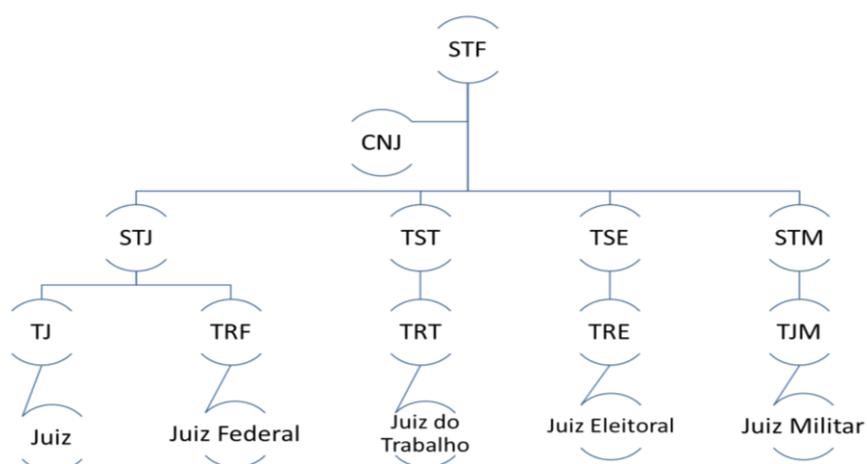


Figura 2 - Estrutura do sistema judiciário Brasileiro

Observando esta estrutura judiciária percebemos que o STF esta no topo da pirâmide exercendo a função de órgão máximo do poder judiciário. Cabe ao STF a proteção da Constituição Brasileira sendo ele detentor da ultima palavra com relação a questões constitucionais, cabendo aos tribunais inferiores seguir as determinações e jurisprudências criadas pelo STF. Descendo a pirâmide temos os tribunais superiores STJ, TST, TSE e STM que tem competência para tratar questões infraconstitucionais e de matéria de fato sempre garantido o cumprimento da legislação e da uniformização de jurisprudências. Temos nos Tribunais Superiores o último degrau para alcançar ao topo da pirâmide judiciária.

Na base da pirâmide temos a figura dos juízes que são a porta de entrada, o primeiro contato, para o judiciário. Cada um dos juízes possui sua “especialidade” e competência de julgamento que, desta forma, criam-se as divisões existentes. Cabe ao juiz de primeira instância o julgamento do caso em decisão monocrática respeitando o princípio de livre convencimento motivado que postula que todas as decisões proferidas por juízes devem ser motivadas sob pena de nulidade da decisão. A segunda instância do sistema judicial é ativada quando uma decisão monocrática de um juiz de primeira instância é questionada e levada a um tribunal que tem como característica ser um órgão colegiado e composto por magistrados denominados desembargadores e separados por turmas. As turmas dos tribunais de segunda instância tem o papel de julgar o caso apresentado emitindo uma decisão coletiva, denominada acórdão.

Agora o caminho para alcançar os níveis mais altos do sistema judiciário brasileiro se mostra mais difícil e complicado de ser seguido. Quando o tribunal de segunda instância profere um acórdão que não atende aos interesses de uma das partes envolvidas no conflito existe a chance de questionamento mediante impetração de recursos que podem ser especial ou extraordinário. No caso de Recurso Especial – REsp, o processo caminha para o STJ que é competente para julgar casos onde existe alguma violação a legislação ou jurisprudência vigente. Se o recurso impetrado for o extraordinário – RE o processo vai para a instância

máxima do judiciário, o STF, que detém a competência de julgar casos de violação da constituição.

Cada um dos órgãos da organização judicial brasileira possui uma competência específica determinada pela constituição brasileira. Trazemos nesta seção o artigo 96 da Constituição Federal que elenca algumas das competências dos tribunais brasileiros, porém a maioria das competências de cada tribunal está distribuída entre as várias seções da carta magna brasileira.

O art. 96 - I afirma que é de competência privativa dos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

Relacionando o art. 96 com o art. 99 da Constituição, que afirma que o Poder Judiciário detém autonomia administrativa e financeira, percebemos que o poder judiciário é independente dos outros poderes e que a influência destes dentro de sua estrutura é diminuta.

3.1.2. O Supremo Tribunal Federal

O sistema judiciário brasileiro, através de seus tribunais regionais e juízes de primeira instância, está presente em todo território brasileiro e para cada localidade existem características judiciárias diferentes. Por exemplo, mesmo um tribunal regional sendo parte de uma estrutura judiciária maior e única este tribunal apresenta uma organização administrativa diferente de outros tribunais. Tais diferenças se devem, em grande parte, a capacidade do juiz determinar e impor o seu modo e ritmo de trabalho. Outro fator que contribui para a diferenciação dos tribunais regionais é a própria cultura da região que o tribunal está localizado. Não podemos assumir que indivíduos que vivem em regiões com clima e cultura diferentes possuam as mesmas preferências. Desta maneira, tribunais situados em regiões do Brasil diferentes não são iguais e seus juízes possuem preferências individuais alinhadas com a cultura e costumes regionais. Portanto, um tribunal com sede em Curitiba é diferente de um tribunal com sede em Recife. Tal heterogeneidade de características entre os tribunais regionais inviabiliza nosso estudo para esses tribunais uma vez que teríamos que escolher um tribunal específico para analisar e entender as preferências pessoais de cada magistrado integrante desta corte. Se escolhêssemos analisar todos os tribunais atribuindo preferências genéricas para os magistrados localizados neste nível da pirâmide judicial teríamos que abrir mão de um estudo mais aprofundado e específico e que realmente entendesse as formas de maximização da utilidade do magistrado. Tal abordagem não é a ideal uma vez que estaria incompleta e não traria ganhos representativos ao estado-da-arte.

Como já afirmamos anteriormente vamos focar nossos esforços no último nível da pirâmide judicial. Essa abordagem se deve ao fato do STF brasileiro ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro e possuir o dever/poder de decidir questões em última instância. Ou seja, não existe um similar na estrutura judiciária brasileira. A característica de ser único e de possuir poderes e atribuições específicas traz aos estudiosos uma capacidade de análise mais aprofundada e mais rica em detalhes. Outro

ponto importante para a escolha do STF é a publicidade que está relacionada aos julgamentos e atos do órgão. Ou seja, é relativamente mais fácil angariar dados sobre o STF e seus ministros do que de outros órgãos da pirâmide judiciária. A partir da publicidade atribuída ao STF podemos relacioná-la aos próprios ministros integrantes do órgão supremo diferentemente do que ocorre com juízes de níveis mais baixos da pirâmide, que muitas vezes trabalham sem muito alarde e sem despertar o interesse da sociedade. Os ministros do STF trabalham sob a luz do holofote da mídia nacional e tornam pessoas públicas. O fato de sempre estarem em evidência permite que os incentivos dados a cada um dos ministros sejam facilmente visualizados e compreendidos permitindo uma análise comportamental mais completa que se fosse realizada em níveis mais inferiores da pirâmide.

Isto posto podemos verificar que ao analisar o órgão máximo do sistema judiciário brasileiro poderemos realizar análises mais profundas do comportamento dos ministros integrantes do STF e identificar quais incentivos são bem recebidos pelos ministros e quais não são. Conseqüentemente poderemos propor uma função de utilidade judicial para o Supremo Tribunal Federal que englobará as características do referido órgão e que mostrará como o ministro do STF faz suas escolhas de modo a maximizar sua utilidade individual.

3.2. As preferências no caso brasileiro

Agora que delimitamos nosso objeto de estudo vamos aprofundar nosso estudo na relação de incentivos e preferências que sobrevoam os ministros do Superior Tribunal Federal brasileiro.

Posner (1993) elabora um estudo sobre as preferências e incentivos que estão ligados aos juízes federais americanos. Nesse estudo, que foi abordado em nosso primeiro capítulo, Posner comparou os juízes federais americanos com outros atores econômicos e políticos e percebeu que os juízes americanos são detentores de um rol bem específico de

preferências. Entretanto não podemos trazer as mesmas características atribuídas ao caso americano para o caso brasileiro pelo simples motivo de se tratar de estruturas judiciais diferentes, detentoras de maturidade institucional diferente e incentivos e participação na sociedade civil diferentes. Isto posto, analisaremos o caso brasileiro de maneira independente e procurando entender como as particularidades desta nova realidade influenciam a construção da função de utilidade judicial.

3.2.1. Reputação

Para Posner a **reputação** é um dos elementos mais importantes da função de utilidade judicial uma vez que ela é função do nível de esforço do juiz. Na medida em que um juiz se esforça no seu trabalho produzindo um elevado número de julgados possuidores de uma técnica jurídica refinada o reconhecimento de seu trabalho perante a comunidade jurídica se eleva. Portanto, quanto mais um juiz se empenha na execução de seu trabalho atribuindo-lhe, por consequência, uma qualidade superior, o reconhecimento pelo trabalho desenvolvido é elevado e sua reputação é majorada.

A reputação é um elemento presente em inúmeros sistemas judiciais pelo mundo moderno e no Brasil ela possui um peso maior, especialmente para os ministros integrantes do STF e para aqueles que almejam fazer parte do seleto grupo de ministros da corte máxima brasileira. Essa maior importância no caso brasileiro se deve, em grande parte, ao art. 101 da Constituição Federal brasileira que versa sobre a composição da suprema corte. Diante do exposto pelo referido artigo é fator indispensável para ascensão ao STF ser possuidor de reputação ilibada e detentor de notável saber jurídico. A partir deste requisito para ingresso na corte a reputação no caso brasileiro ganha uma amplitude e importância maior para o juiz brasileiro do que para o americano, como exposto por Posner.

A reputação para candidato a uma cadeira no STF se estende do campo profissional, onde está intimamente relacionada à qualidade de seu

trabalho, para o campo pessoal, familiar e político do indivíduo. Em decorrência do art. 101 da CF a vida pessoal de um eventual candidato ao STF detém uma importância comparada à vida profissional do indivíduo. Neste ponto a reputação extrapola o significado inicial dado por Posner que afirma que ela apenas se encontra dentro do mundo jurídico. Para ser nomeado a uma das 11 cadeiras da suprema corte o candidato, além de atender aos requisitos de idade e ser detentor de notável saber jurídico, deve possuir uma vida profissional e pessoal pregressa isenta de ilícitos e de dúvidas sobre seus atos. Desta forma, a reputação quando analisada sobre a ótica profissional e pessoal é uma fonte inquestionável de utilidade para o juiz candidato a uma vaga no STF.

A data do início da nomeação do candidato para o STF e da posterior aprovação do candidato por maioria absoluta do senado federal a reputação como fonte de utilidade se insere novamente ao conceito apresentado por Posner uma vez ela será função do esforço apresentado e dedicado pelo ministro em seus julgados. Porém a reputação proveniente do lado profissional do ministro terá uma importância maior neste momento. Essa importância maior se deve ao fato do STF ser o órgão de cúpula do sistema judiciário brasileiro e ser incumbido da proteção da constituição brasileira. Essa característica confere aos ministros do STF uma maior evidência no cenário nacional, seja ela social ou jurídica. Outro ponto é a característica do STF de, ao julgar um caso, produzir uma jurisprudência sobre o tema discutido que será seguida por todos os órgãos inferiores da pirâmide judiciária. Tais características atribuem uma importância inúmeras vezes maior ao trabalho do ministro do STF e determinando que este se dedique mais ao ato de analisar e julgar os casos trazidos à apreciação da corte máxima.

Podemos tratar um aumento da reputação de um ministro do STF como um aumento do reconhecimento de seu trabalho. A partir do momento que um ministro começa a produzir julgados que se tornam referência para outros juízes de outros níveis da pirâmide o reconhecimento e a reputação do ministro é majorada. Portanto, ao se produzir julgados que são entendidos como fontes da jurisprudência nacional, o trabalho

dedicado para a produção do voto é reconhecido e a reputação do ministro é elevada. Deste modo a reputação para um ministro do STF é diretamente relacionada com tempo dedicado ao trabalho e é uma fonte de utilidade para ele uma vez que o ministro do STF é um agente econômico, uma pessoa normal que, como todos outros agentes econômicos, retira bem-estar do aumento e manutenção de sua reputação. Desta forma, quanto maior for o tempo dedicado ao trabalho, ao ato de proferir decisões, maior será a profundidade técnica do trabalho do juiz do STF e por consequência maior a reputação do ministro e a utilidade derivada da reputação.

3.2.2. Prestígio

O **prestígio** no sistema judicial brasileiro é muito semelhante ao prestígio de outros sistemas judiciários. O prestígio no caso brasileiro é uma consequência da grande influência que o sistema judiciário exerce na sociedade brasileira. O poder judiciário, tido como um dos três poderes que são a base do sistema republicano brasileiro, detém uma importância social imensurável uma vez que ele adentra todos os aspectos da sociedade brasileira. Temos no STF o órgão máximo do sistema brasileiro sendo ele detentor da palavra final em casos que afrontam, ou parecem afrontar, a constituição brasileira. Esta característica confere ao STF grande respeito, crédito e consideração pelos outros dois poderes, o legislativo e executivo, fazendo que este seja detentor de grande prestígio perante a sociedade.

Quando analisamos o prestígio dos juízes e ministros que pertencem à estrutura judiciária brasileira percebemos que prestígio é originário do próprio sistema judiciário e apenas uma pequena parte do próprio juiz ou ministro. Ou seja, à medida que o prestígio do sistema judiciário, como um todo ou de um determinado nível da pirâmide judiciário, aumenta, o prestígio dos integrantes do sistema também aumenta. Além disto, quando subimos na pirâmide judiciária e a importância e singularidade dos órgãos que estão situados nos últimos degraus da pirâmide aumenta

junto com a crescente dificuldade de ocupar cadeiras nos últimos níveis o prestígio dos integrantes também é elevado.

No STF, que é o órgão judicial com o maior nível de prestígio dentre os outros órgãos integrantes da pirâmide judicial, o nível de prestígio dos 11 ministros integrantes é o mais alto dentre a estrutura judicial brasileira. Desta forma o prestígio do ministro do STF é uma função do respeito (*Re*), da Influência (*In*), da importância social (*IS*) e do nível de dificuldade para alcançar uma cadeira do respectivo órgão judicial (*Da*).

$$P = P(Re, In, IS, Da)$$

Todas as variáveis elencadas são exógenas e não podem ser controladas pelos próprios ministros do STF e, portanto, dificilmente sofreram uma variação significativa no curto e médio prazo.

3.2.3. Popularidade

Devemos tomar cuidado ao estudar a **popularidade** dentro do sistema judicial brasileiro e de outros países. Dependendo do patamar da pirâmide judicial que estamos a estudar a popularidade perante outros juízes, partes do processo e advogados, desta forma assumindo pesos diferentes. Quando analisamos a popularidade em níveis mais baixos da pirâmide ela assume um valor mais alto uma vez que o juiz nos anos iniciais de sua carreira tem interesse de ser popular entre os outros juízes que estão no mesmo patamar que eles. Essa vontade de ser popular vem do fato de que possuir um bom relacionamento entre seus pares pode ajudar em uma futura promoção na carreira. Também é de interesse de um juiz em início de carreira possuir um bom relacionamento entre as partes do processo que ele está a julgar e os advogados que estão a representar as partes do processo. O interesse de ser popular entre as partes e advogados é provindo de uma tentativa de diminuir as chances de contestação de suas decisões pelas partes e advogados. Um juiz que

possui um alto número de decisões contestadas em instâncias superiores pode ser visto como incompetente e ter suas chances de promoção diminuídas e por este motivo ser popular entre as partes e advogados é importante uma vez que a popularidade poderá diminuir as chances de contestação.

Em níveis mais altos da pirâmide judiciária a importância e peso da popularidade diminuem uma vez que o contato com as partes do processo e com advogados se torna menor e o juiz já recebeu as promoções almejadas anteriormente. Podemos fazer uma analogia entre os ministros do STF e políticos com a finalidade de entender como a popularidade se estabelece para cada grupo. Para os políticos ser popular é uma condição necessária para a reeleição e sua busca é diária entre os eleitores. Entre os próprios políticos a popularidade se faz igualmente importante uma vez que para aprovar eventuais projetos de leis é necessário um mínimo de votos e apoio político e por isso ter posições ideológicas em uníssono com um grupo de políticos é importante, do contrário seria praticamente impossível implementar um projeto político e, por consequência, ser popular entre os eleitores.

Entre os ministros do STF a popularidade tem peso e importância bem menores que para os políticos. Os ministros do STF não necessitam ser populares entre a sociedade uma vez que não existe a reeleição para ministros do STF. Uma vez empossados no cargo de ministros do STF eles permanecem até a respectiva aposentadoria. Entretanto para que seu posicionamento seja o vencedor em determinado caso é preciso de maioria dos votos dos ministros da corte. Essa característica inerente a órgãos colegiados pode indicar que a popularidade entre os ministros integrantes do órgão é importante e que cada ministro busca possuir um nível de popularidade mínimo entre seus pares para que sua posição seja a vencedora. Porém para o STF a necessidade de uma popularidade mínima não é válida uma vez que a popularidade entre os ministros é adquirida a partir de votos bem estruturados e detentores de uma elevada técnica jurídica. O que irá determinar se a posição de um ministro sobre certo assunto será a ganhadora não é o nível de popularidade que este

detém junto a outros ministros, mas sim o nível técnico de seu voto. Portanto a popularidade pouco influenciara o voto dos ministros do STF e pouco influenciará no nível de utilidade de cada um.

3.2.4. Reversão

A **reversão** no contexto jurídico ocorre quando uma decisão de um juiz é revertida ao status quo, ou seja, perde efeito e é tida como inapropriada. Essa reversão pode se dar por uma contestação da decisão pela parte perdedora e encaminhada a um tribunal superior onde será analisada e apreciada novamente. No STF, que é o órgão máximo da estrutura judiciária brasileira e detentor da palavra final, a reversão de decisão colegiada por uma instância superior não é possível. Por este motivo vamos entender a reversão como a situação onde o voto de um ministro do superior tribunal é vencido pela maioria e seu posicionamento sobre a matéria discutida é tido como incorreto. Portanto, quando uma decisão de determinado juiz é vencida a utilidade do perdedor sofre uma perda inegável.

Entretanto, dificilmente um ministro antigo do STF modificaria seu voto para diminuir as chances de reversão do mesmo. Ao modificar o voto o ministro teria que ir de encontro com suas posições ideológicas e seu raciocínio jurídico. Para um ministro do STF de longa data isso é praticamente inaceitável e a possibilidade de ocorrência entre as cadeiras mais antigas é quase nula. Contudo entre os ministros mais novos da corte essa possibilidade se torna mais real uma vez que eles acabaram de sair de uma instância inferior onde a reversão de sua decisão ainda era possível e o medo de reversão no STF ainda é grande. Existem mecanismos criados para diminuir a possibilidade de viés nos votos dos ministros mais novos do STF e impedir que eles votem contra suas convicções apenas para evitar a reversão de seus votos. Um destes mecanismos, e o mais eficiente, é o estabelecimento de uma ordem de votação onde os ministros com menos tempo de casa votam primeiro e o mais antigos votam por último. Tal mecanismo impede que o voto de

ministros mais antigos e experientes influencie o voto dos mais novos. No entanto, o estabelecimento de ordem de votos não impede que um ministro mais novo modifique seu voto posteriormente. É facultado ao ministro modificar seu voto quando bem entender no curso do julgamento o que inviabilizaria o mecanismo de ordem de votos com a finalidade de impedir o viés nos votos dos ministros mais novos. Porém, no STF, mesmo com a possibilidade de mudança no teor dos votos, é relativamente raro um ministro modificar seu posicionamento no decorrer do julgamento. O comportamento normal de um ministro do STF, independente de sua antiguidade, é manter o mesmo posicionamento durante todo o julgamento.

Desta forma, no contexto do STF brasileiro, dificilmente a possibilidade de reversão irá influenciar no voto de um ministro da corte, mas uma eventual reversão de seu voto poderá influenciar negativamente a utilidade total do juiz do STF que foi voto vencido em determinado julgamento.

3.2.5. Interesse Público

O **interesse público** não é utilizado originalmente por Posner (1993) em sua análise do juiz de apelação americano. Posner afirma que se utilizássemos tal variável na função de utilidade judicial não estaríamos tratando o juiz como um ser humano normal. Entretanto não podemos simplesmente abandonar o interesse público e afirmar que ele não possui nenhuma influência na utilidade total de um ministro do STF.

Existem três grupos de interesse que podem exercer pressão sobre os ministros do STF para que estes votem alinhados com os interesses do grupo. O primeiro grupo detentor da capacidade de pressionar o STF é o **Grupo Político** que é representado por grupos de interesses bem específicos e determinados que podem ser representados por partidos políticos, por grupos religiosos, por associações empresariais e de trabalhadores. A pressão exercida pelo grupo político sobre os juizes da

corte suprema é, muitas vezes, interna e restrita aos bastidores da corte. Trata-se de uma forma de pressão bastante forte uma vez que o poder político e social dos integrantes do grupo político é bastante expressivo. O segundo grupo é o **grupo de mídia** onde seus integrantes são os detentores de veículos formadores de opinião como jornais impressos e televisivos. Este grupo tem a capacidade de influenciar o terceiro grupo uma vez que ele é formador de opinião e tem abrangência nacional. O terceiro grupo, e talvez o que detenha a menor capacidade de pressão sobre o STF, é o **grupo social** que é composto por toda a sociedade brasileira atenta aos julgamentos do STF. O grupo social tem sua capacidade de influência reduzida uma vez que ele não é organizado e não detém uma liderança e interesses claros. Essa desorganização confere uma incapacidade de estabelecer uma estrutura duradoura enfraquece a capacidade de pressão sobre a corte suprema brasileira.

O STF, desde 2002, através da TV justiça, tem seus julgamentos transmitidos direto do plenário do órgão ao vivo. Esta é uma característica que não é vista na grande maioria das cortes supremas de outras nações ocidentais e que confere ao STF uma visibilidade nacional e internacional expressiva. Desta forma, o aspecto de transmissão ao vivo dos julgamentos aliado com a enorme importância que alguns casos julgados pela corte possuem perante a sociedade brasileira como, por exemplo, o julgamento do mensalão, o julgamento sobre a utilização de células tronco embrionárias em pesquisas científicas, o julgamento do caso Cesare Battisti dentre outros, faz com que constantemente o foco da mídia esteja voltado para o STF. A constante exposição dos julgamentos do STF por vários veículos de informação resulta na criação de juízos de valor por parte destes veículos e pela própria sociedade brasileira resultando em inúmeras formas de pressão sobre os ministros do STF. Quando os meios de comunicação e a sociedade criam juízos de valor sobre determinado caso que está sendo julgado pelo STF os ministros incumbidos de julgar o caso ficam em evidência, que pode ser maior ou menor dependendo da importância do caso julgado. Como consequência do maior interesse da sociedade e meios de comunicação em julgamentos do STF os ministros integrantes da corte responsável pelo julgamento são

diretamente e indiretamente pressionados para proferirem votos que estejam em sintonia com os anseios da sociedade e de outros grupos.

A pressão sobre os ministros do STF resultante do interesse público tem a capacidade de diminuir o bem estar do ministro uma vez que esta pressão é uma tentativa de persuadir o próprio ministro e impor um entendimento pré-determinado sobre determinada matéria. Essa pressão externa é constantemente enfrentada pelos ministros do STF e tem consequências negativas para o próprio bem estar do ministro uma vez que na tentativa de extirpar pressões externas de seus votos o nível de estresse e incômodo se elevam.

No julgamento da ação penal 470, o julgamento do mensalão, o ministro do STF Celso de Mello ao ter em suas mãos o Voto de Minerva sobre a aceitação ou não dos embargos infringentes impetrados por alguns réus que estavam sendo julgados nesta ação penal foi foco de uma pressão da mídia e da sociedade que poucos ministros da corte sofreram. A pressão exercida sobre ele foi tão grande que pode ser visualizada nas seguintes palavras emitidas pelo eminente ministro em entrevista veiculada pelo jornal Folha de São Paulo em 26 de setembro de 2013:

“Há alguns que ainda insistem em dizer que não fui exposto a uma brutal pressão midiática. Basta ler, no entanto, os artigos e editoriais publicados em diversos meios de comunicação social para se concluir diversamente. É de se registrar que essa pressão além de inadequada e insólita, resultou absolutamente inútil.” Celso de Mello, Ministro do STF.

Ainda na mesma entrevista Celso de Mello reafirmou que a pressão que ele recebera foi negativa e que nunca havia visto uma pressão tão grande sobre um juiz do STF.

“Foi algo incomum. Eu honestamente, em 45 anos de atuação na área jurídica, como membro do Ministério Público e juiz do STF, nunca presenciei um comportamento tão ostensivo dos meios de comunicação sociais buscando, na verdade, pressionar e virtualmente subjugar a consciência de um juiz.” Celso de Mello, Ministro do STF.

Mesmo com a pressão imposta a um juiz do STF o interesse público pode resultar em um ganho de utilidade positivo para o ministro do STF dependendo do caso. Se o entendimento do ministro do STF sobre determinado caso que está sob os holofotes da mídia e da sociedade for o mesmo, ou na mesma linha e sentido, dos anseios sociais e jornalísticos a utilidade resultante deste tipo de interesse público será positiva e dará ao ministro certa satisfação em julgar este caso, pois ele estará votando sabendo que o voto que ele está a proferir é o desejado pela grande maioria da pessoas e grupo de interesses que estão acompanhando o julgamento. Quando os interesses e anseios sociais estão em sintonia com o entendimento e voto do ministro do STF este retira uma utilidade positiva do interesse público, embora menor por causa da pressão feita para que o voto do ministro seja alinhado com outros interesses de terceiros.

Entretanto, se o interesse público não estiver em sintonia com o entendimento do ministro do STF e este proferir um voto diverso ao que anseia a opinião pública a utilidade resultante do interesse público se torna negativa e agravada pela pressão feita sobre o ministro. Ou seja, ao julgar um determinado caso de encontro com a opinião pública o juiz do STF é automaticamente alvo de críticas fazendo com que seu bem estar seja prejudicado, mesmo que momentaneamente.

$$\frac{\partial U}{\partial PI} < 0 \text{ ou } \frac{\partial U}{\partial PI} > 0$$

Portanto existe uma ambiguidade no interesse público como fonte de utilidade para o juiz do STF. Dependendo das condições sociais, da repercussão do caso e do posicionamento da sociedade com relação ao julgamento, a utilidade proveniente do interesse público possuirá sinal positivo ou negativo.

3.3. A função de utilidade judicial no caso brasileiro

Após a análise realizada da estrutura judiciária brasileira com especial foco no órgão máximo da estrutura, o Supremo Tribunal Federal, entendendo um pouco melhor como funciona a dinâmica judicial dentro do STF e como os diferentes tipos de incentivos e de preferências afetam a utilidade do juiz da corte suprema podemos estruturar a função de utilidade do ministro do STF relacionando cada componente que afeta a utilidade total do ministro.

Devemos levar em consideração a **reputação**, o **prestígio**, a **reversão** e o **interesse público** para estruturar a função de utilidade judicial do juiz do STF. Como vimos anteriormente esses fatores desempenham uma especial influência na utilidade final do juiz do STF e não podem ser ignorados na construção da função de utilidade judicial.

Portanto a função de utilidade judicial para o ministro do STF brasileiro terá o seguinte formato:

$$U = U(T_j, T_L, I, R, Pr, Rv, PI, O)$$

Onde T_j é o tempo dedicado ao ato de julgar, T_L é o tempo que o ministro do STF dedica a atividades que não são relacionadas à sua atividade profissional, I é o salário recebido pelo juiz, R é a reputação do ministro, Pr é o prestígio do ministro, Rv é a reversão, PI é o interesse público e O

são outras atividades que não estão relacionadas com a atividade jurídica (almoço em família, viagens a lazer e etc).

O tempo dedicado a atividades laborais (T_j) pelo ministro do STF compreende na realização de toda e qualquer atividade que esteja diretamente e indiretamente relacionada ao produto final da atividade judicial, que é produzir julgados. O tempo dedicado ao trabalho pode influenciar diretamente outros componentes da função de utilidade judicial, como a reputação e a reversão. Anteriormente vimos que a reputação de um magistrado do STF é diretamente ligada a qualidade técnica dos votos proferidos pelo ministro e que quanto mais robustez técnica um voto possuir maior o reconhecimento do trabalho do juiz pelos outros integrantes da corte e fora dela. Podemos assumir que quanto mais um juiz se dedica ao trabalho, dedicação que é medida pelo tempo destinado a atividades laborais, mais qualidade técnica seu trabalho terá e assim maior será sua reputação. Portanto quanto mais tempo o ministro dedicar a atividades jurídicas mais reputação ele terá e mais utilidade ele irá retirar desta variável. Seguindo o mesmo raciocínio e assumindo que quanto maior a qualidade técnica do voto de um juiz menor será a possibilidade de reversão um aumento do tempo dedicado ao trabalho (T_j) diminuirá as chances de reversão que resulta em utilidades negativas para o ministro.

Em contraponto a T_j temos T_L que representa o tempo dedicado pelo juiz a atividades que não estão relacionadas a atividades jurídicas. Essas atividades devem ser fontes de bem-estar para o eminente ministro e assim, por consequência, fontes de utilidades. Para analisar mais profundamente as atividades que não estão relacionadas com o trabalho jurídico do juiz do STF teríamos que analisar a vida pessoal de cada ministro relacionando cada uma de suas atividades diárias fora do tribunal e entendendo como elas aumentam o bem-estar de cada ministro. Essa análise se mostra difícil de ser realizada uma vez que cada agente econômico possui preferências específicas e atividades distintas. Algumas atividades, nós sabemos, aumentam o bem estar de nosso

ministro, pois elas são comuns a todos os agentes econômicos e a grande maioria deles tem seu bem estar aumentado com a realização dessas atividades. Um exemplo de uma atividade comum a todos é um almoço em família ou uma viagem a lazer. Desta forma, devido a dificuldade de determinar as atividades pessoas de cada um dos ministros e a dificuldade de valorar cada uma delas não vamos entrar a fundo neste campo.

O ministro do STF deve distribuir seu tempo entre atividades jurídicas (T_J) e atividades de lazer (T_L) de modo que $T_J + T_L$ seja igual a 24 horas, como definiu Posner (1993) anteriormente. Essa escolha entre trabalho e lazer se torna um dilema para o ministro uma vez que ao elevar o tempo para uma atividade ele estará retirando tempo de outras atividade que também aumentam o nível de bem estar dele. Este se torna o “**Dilema do Ministro**” onde ele deve definir como alocar seu tempo entre as atividades que demandam tempo e que são fontes de utilidade. Ao alocar mais tempo para atividades jurídicas, que são fontes de utilidade, ele estará tirando tempo de atividades não jurídicas que também são fontes de utilidade. Ao distribuir todo seu tempo em atividades jurídicas ele não estará maximizando sua utilidade, pois ele estará deixando e receber utilidade de outras atividades. O mesmo raciocínio é validado para o caso do juiz alocar todo o seu tempo em atividades que não são ligadas ao ato de julgar uma vez que ele estará deixando de receber utilidade pelas atividades laborativas, que nós já vimos que resultam em bem-estar para o ministro.

A renda (I) recebida pelo ministro do STF proporciona um ganho de bem-estar para ele. Isso se deve ao fato dele ser um agente econômico racional e idêntico a todos os outros agentes econômicos. Desta forma a utilidade proveniente da renda gerada pele seu trabalho no STF é positiva:

$$\frac{\partial U}{\partial I} > 0$$

O interesse público, por sua vez, é uma nova variável e que não estava presente no modelo inicial de Posner focado nos juízes de apelação americanos. Em nosso trabalho, que versa sobre o caso brasileiro, não poderíamos deixar de analisar o interesse público e incluí-la na função de utilidade judicial final. Como já afirmamos anteriormente o interesse público desempenha um papel importante para o bem estar do ministro do STF e dependendo da situação fática a utilidade derivada do interesse público pode ser positiva ou negativa. Ou seja, a fonte de utilidade interesse público possui uma ambiguidade, um carácter dúbio com relação ao nível e sinal do bem-estar projetado por ela. Portanto, a utilidade final de um juiz do STF sofrerá variações ao longo do médio e curto prazo. A cada julgamento este nível será diferente do anterior uma vez que o nível de interesse público se modifica para cada caso julgado. Podemos perceber o carácter dúbio do interesse público quando derivamos a função de utilidade judicial em relação ao Interesse Público, chegando ao resultado a seguir:

$$\frac{\partial U}{\partial PI} > 0 \text{ ou } \frac{\partial u}{\partial PI} < 0$$

A reversão (Rv), conforme estudamos anteriormente, prejudica o bem estar do juiz do STF. A ocorrência de reversão na corte máxima do sistema judiciário brasileiro traz uma utilidade negativa para o ministro que teve seu voto vencido. Desta forma, formalmente, a reversão terá sinal negativo como podemos visualizar a seguir:

$$\frac{\partial U}{\partial Rv} < 0$$

A reputação (R), o prestígio (Pr) e as outras atividades desempenhadas pelo ministro do STF que não estão ligadas a atividade judicante (O) conferem um ganho de utilidade positivo para o juiz, como podemos perceber derivando a função de utilidade judicial em relação a cada variável destacada:

$$\frac{\partial U}{\partial R} > 0; \frac{\partial U}{\partial O} > 0; \frac{\partial U}{\partial Pr} > 0$$

Portanto, cada componente da função de utilidade judicial tem suas próprias características e dependendo do contexto fático em que ela está sendo analisado o nível de bem-estar gerado a partir desta fonte de utilidade muda, podendo este ser negativo ou positivo.

3.4. Conclusões do capítulo

Percebemos neste capítulo que os incentivos e preferências do ministro do STF são diferentes se comparados com outros sistemas judiciais. Cada país possui suas características e sua própria função de utilidade judicial impossibilitando a importação de um modelo já criado.

O sistema judiciário brasileiro possui características que só ele possui e que devem ser estudadas com calma e profundamente para podermos entender como elas afetam os julgamentos, os juízos de valor e o bem-estar dos juízes que fazem parte do sistema jurídico. Ao analisar mais profundamente o STF brasileiro percebemos que o nível de interesse público desempenha um papel extremamente importante dentro da função de utilidade judicial e que dependendo do caso julgado o sinal da utilidade resultante do interesse público pode mudar. O caráter ambíguo da variável interesse público deve ser estudado com profundidade e caso a caso. Ou seja, para cada caso julgado pelos ministros do STF a utilidade total de cada um será diferente se comparada com a utilidade total dos ministros no momento do julgamento de outros casos. Essa diferença é derivada do fato de que o interesse público muda para cada caso, resultando, portanto, em níveis de utilidade diferentes.

4. Conclusão Geral

Concluimos que no caso brasileiro os ministros do STF, assim como todo agente econômico dotado de racionalidade, devem e procuram alocar seus recursos e esforços de modo a maximizar a utilidade individual. Diante deste cenário o juiz do STF alocará seu tempo disponível em atividades relacionadas ao ato de julgar e atividades que não estão relacionadas a este ato, como, por exemplo, viagens de lazer e almoços em família. Assim a necessidade de dividir o tempo disponível caracteriza uma situação que chamamos de **“o dilema do juiz”** onde o tempo é a restrição imposta ao juiz para maximizar sua utilidade cabendo a ele dividir seu tempo entre as atividades jurídicas e não jurídicas que resultem, para ele, em ganhos de bem-estar.

Deste modo, este trabalho realizou uma análise da corte máxima do sistema judicial brasileiro seguindo os passos iniciados por Richard Posner, em 1993, e pelo ramo de estudo “Análise Econômica do Direito” identificando as principais fontes de utilidade para o Ministro do Supremo Tribunal Federal e entendendo como essas fontes de utilidade se comportam e influenciam umas as outras na função de utilidade judicial do juiz do STF. Trata-se de um primeiro passo para um estudo mais profundo do sistema judicial brasileiro no que tange os incentivos que fazem parte do sistema, as preferências de cada juiz e a própria estrutura do sistema jurídico brasileiro.

5. Referências Bibliográficas

ANDERSON, Elizabeth. *Should Feminists Reject Rational Choice Theory?*. Conference On Social Norms, Social Meaning, And The Economic Analysis Of Law, 1997.

BAINBRIDGE, Stephen M; GULATI, Mitu. *How do judges maximize? (The same way everyone else does—boundedly): rules of thumb in securities fraud opinions*. Emory Law Journal, Volume 51, pp 83–152, 2002.

BAUM, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior (Analytical Perspectives on Politics)*. University of Michigan Press, 1997.

BECKER, Gary S. *A Theory Of Social Interactions*. Journal Of Political Economy, Volume 82, Pp. 1063–1093, 1974.

BERGAMO, Monica. *Nunca a mídia foi tão ostensiva para subjugar um juiz*. Folha de São Paulo, 16 de Setembro de 2013. Caderno Ilustrada, p. E2.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents. A Legal And Economic Analysis*. Yale University Press, 1970

CALDEIRA, GA. *The Incentives Of Trial Judges And The Administration Of Justice*. The Justice System Journal, Volume 3, No. 2, pp 163-180, 1977.

COASE, R. H. *The Nature Of The Firm*. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 4, No. 1, pp. 3-17, 1988.

COASE, R. H. *The Nature of the Firm*. Economica (Blackwell Publishing), pp. 386–405. 1937.

COASE, R. H. *The Problem Of Social Cost*. Journal Of Law And Economics, No 3, 1960.

COHEN, Mark A. *Explaining Judicial Behavior or What's "Unconstitutional" about the Sentencing Commission?*. Journal of Law, Economics, & Organization, Volume 7, No 1, pp 183-199, 1991.

COHEN, Mark A. *The Motives of Judges: Empirical Evidence from Antitrust Sentencing*. International Review of Law and Economics, Volume 12, pp 13-30, 1992.

COHEN, Mark, *Explaining judicial behavior or what's 'unconstitutional' about the Sentencing Commission?*, Journal of Law, Economics, and Organization 7, 183-199. 1991.

DRAHOZAL, Christopher R. *Judicial incentives and the appeals process*. SMU Law Review, Vol. 51, pp 469, 1998.

EPSTEIN, Lee, KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington, DC: CQ Press, 1997.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M; POSNER, Richard A. *Why (And When) Judges Dissent: A Theoretical And Empirical Analysis* (January 20, 2010). U. of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 510, 2010.

EPSTEIN, Richard A. *The Path To The T. J. Hooper: The Theory And History Of Custom In The Law Of Tort*. Chicago Law & economics working paper, No 2, 1991.

FERREIRA, Pedro F. A.; MUELLER, B. *How Judges Think in the Brazilian Supreme Court: Estimating Ideal Points and Identifying Dimensions*. Universidade de Brasilia, Economics and Politics Working Paper 04/2013. June 12, 2013

FISCHMAN, Joshua B. *Estimating Preferences of Circuit Judges: A Model Of Consensus Voting*. Journal Of Law And Economics, Volume 54, pp 781, 2010.

FOXALL, G. R. *What judges maximize: Toward an economic psychology of the judicial utility function*. Liverpool Law Review 25(3), pp. 177-194. 2004

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Discretion in the career and recognition judiciary*. Chicago Law School Roundtable, Vol. 7, 2000.

GORDON, Foxall R. *What judges maximize: toward an economic psychology of the judicial utility function*. Liverpool Law Review , Volume 25, Issue 3, pp 177-194, 2004.

GULATI, Mitu; MCCAULIFF C.M.A. *On not making law*. Law and Contemporary Problems, Volume 61, pp 157-228, 1998.

HANSMANN Henry B. *The Role of Nonprofit Enterprise*. The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 5, pp. 835-901. 1980.

HICKS, J.R. *The Foundations Of Welfare Economics*. Economic Journal, Volume 49, No 196, pp 696–712, 1939.

HIGGINS, Richard S; RUBIN, Paul H. *Judicial Discretion*, The Journal of Legal Studies, Volume 9, No 1, pp. 129-138, 1980.

HIGGINS, Richard S; RUBIN, Paul H. *Judicial Discretion*. Journal of Legal Studies, Volume 9, pp 129, 1980.

JOLLS, Cristine; CASS. Sunstein R; THALER, Richard. *A Behavioral Approach To Law And Economics*. Faculty Scholarship Series. Paper 1765, 1998.

KLEIN, David E. *Making Law in the United States Courts of Appeals*. New York: Cambridge Univ. Press, 2002.

MACEY, Jonathan R. *Judicial preferences, public choice, and the rules of procedure*. Journal of Legal Studies, Volume 23, pp 627, 1994.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia / N. Gregory Mankiw*; Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; Revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manoel José Nunes Pinto. – São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MICELI, Thomas J; COSGEL, Metin M. *Reputation and Judicial Decision-Making*. Journal of Economic Behavior and Organization, Volume 23, pp 31-51, 1994.

MICHELMAN, Frank I. *A Comment On 'Some Uses And Abuses Of Economics In Law*. University Of Chicago Law Review, Volume 46, pp 307, 1979.

PINDYCK, Robert S. *Microeconomia / Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld*; Tradução Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis Of Law*. Aspen Publishers, 7 edition, 1972.

POSNER, Richard A. *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*. Florida State University Law Review, Volume 32, PP 1259-1279, 2005.

POSNER, Richard A. *The Ethical And Political Basis Of The Efficiency Norm In Common Law Adjudication*. Hofstra Law Review, Volume 8, pp 487–507, 1980.

POSNER, Richard A. *The Federal Courts: Crisis and Reform*. Harvard University Press, 1985.

POSNER, Richard A. *What Do Judges And Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*. Supreme Court Economic Review, Volume 3, pp 1-41, 1993.

RIBEIRO, R. *Política e Economia na Jurisdição Constitucional Abstrata (1999-2004)*. Revista Direito GV, v. 8, p. 87-108, 2012.

SAVAGE, L.J. *The Foundations of Statistics*. New York: John Wiley; and New York: Dover Publications. 1954.

SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior*. University of Cincinnati Law Review, 2000.

SHAPIRO, Sidney A; LEVY, Richard E. *Judicial incentives and indeterminacy in substantive review of administrative decisions*. Duke Law Journal, Volume 44, No 6, 1994.

SHAVELL, Steven. *The Appeals Process as a Means of Error Correction*. Journal of Legal Studies, Volume 24, No 2, pp 379-426, 1995.

SIMON, Hebert. *Models of Bounded Rationality*, Vols. 1 and 2. MIT Press. His papers on economics. 1982.

SIMON, Herbert. *From Substantive to Procedural Rationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

THEDORO, Humberto Júnior. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WATSON, Andrew S. *Some Psychological Aspects of the Trial Judge's Decisionmaking*, Mercer Law Review, Volume 39, pp 937-60, 1988.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions Of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver. E. *Market And Hierarchies: Analysis And Antitrust Implications*. William Ouchi Administrative Science Quarterly, Vol. 22, No 3, pp. 540-544, 1977.