

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 1 Julho/Dezembro de 2007

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof^ª. Salette Maria Polita Maccalóz, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenque-ner de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenque-ner de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



**A ANÁLISE ECONÔMICA NA RECENTE
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

*Arnoldo Wald*¹³⁸

1. Em junho de 2003, realizamos um seminário na Academia Internacional de Direito e Economia (AIDE), em São Paulo, tendo como tema “O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada”¹³⁹, no qual discutimos, talvez uma das primeiras vezes em nossa história, as relações entre a economia e o direito. Os magistrados presentes salientaram que existia na jurisprudência, até aquela época, um certo divórcio entre o raciocínio jurídico e a análise econômica, desconsiderando-se, na maioria dos casos, as conseqüências econômicas dos julgados.

2. A Ministra Ellen Gracie teve o ensejo de lembrar que a eficiência nem sempre era a preocupação maior do magistrado quando decidia um pleito, não se dando a devida importância ao tempo gasto para julgar a questão definitivamente, nem ao custo que representava para as partes.

3. Afirmou a atual Presidente do Supremo Tribunal Federal que:

138 Advogado, Professor Catedrático da Faculdade de Direito.

139 O texto das palestras foi publicado sob a coordenação de Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Ney Prado, O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada, São Paulo, América Jurídica, 2003.

“... no âmbito do Poder Judiciário, temos, por vezes, a impressão de que a preocupação com resultados também é tomada como questão marginal, à qual não se deve dar relevo excessivo. Por isso, a consideração com a eficiência do serviço é relegada a plano secundário. Eficiência e economicidade não têm sido preocupações daqueles que têm o comando e podem influenciar as decisões políticas de organização do Poder Judiciário. Creio que isso se dá por um motivo muito simples: a nossa formação acadêmica, exclusivamente jurídica, nos afasta e faz com que tangenciemos essas preocupações”.¹⁴⁰ (os grifos são nossos)

4. Na mesma palestra, indicou, todavia, a evolução construtiva que se fazia sentir na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já naquela época, salientado que:

*“Hoje, felizmente, novos ventos já sopram, e o Supremo Tribunal Federal tem sido palco de algumas complexas análises matemáticas desenvolvidas pelo ministro Nelson Jobim para demonstrar, com absoluta clareza, as teses que defende. Há, realmente, a necessidade de que saibamos exatamente qual será a repercussão econômica de uma determinada decisão judicial. Não para que deixemos de decidir, como sempre fizemos, consoante os parâmetros da Constituição, da lei e da nossa consciência, mas para que tenhamos a exata dimensão das conseqüências de nossas decisões”.*¹⁴¹

5. Em certo sentido, a mudança de posição do Supremo Tribunal Federal correspondeu a uma nova visão mais pragmática que encontramos tanto na doutrina brasileira como no direito estrangeiro. Efetivamente, nos últimos decênios, multiplicaram-se as obras coletivas intituladas “Direito e Economia”. O movimento, no entanto, não se limitou à doutrina e foi, com muito entusiasmo que vimos o ministro Antonio Palocci enfatizar a importância das reformas legislativas

140 Ob. cit., p. 129.

141 Ob. cit., p. 130.

para o desenvolvimento econômico¹⁴², enquanto, por sua vez, o ministro Nelson Jobim, no seu discurso de posse, reconhecia que a legitimidade do Poder Judiciário ‘está indissolavelmente ligada à eficiência operacional’¹⁴³, impondo-se um choque de gestão para modernizar os tribunais.

6. Mas a preocupação econômica não ficou no discurso, mas foi incorporada nos textos legislativos. Assim, a Emenda Constitucional nº 19, modificando o *caput* do art. 37 da Constituição, determinou que o Estado seja eficiente e a Emenda Constitucional nº 45, por sua vez, acrescentou, ao art. 5º o inciso nº LXXVIII, assegurando a todos “a razoável duração do processo” e “a celeridade de sua tramitação”.

7. Também certas reformas econômicas, como a nova legislação falimentar e a lei sobre títulos agropecuários e imobiliários comprovam a preocupação do legislador com as necessidades do mercado.

8. Por longo tempo, os juristas puderam viver na sua torre de marfim e o direito, embora produto da sociedade, sobreviveu como disciplina isolada, sem que os seus cultores se dedicassem ao estudo de outras matérias. Foi uma situação que perdurou até o fim do século XIX, quando, aos poucos, os vínculos entre o direito e a sociologia foram estreitados na Europa e, logo em seguida, nos Estados Unidos. Já no início do século passado, Oliver Wendell Holmes afirmava que o jurista do futuro deveria também entender de estatística e de economia. Por sua vez, o saudoso ministro Aliomar Baleeiro, em decisão proferida há mais de 30 anos, lembrava que o nosso Supremo Tribunal Federal, cuja estrutura e função se inspiraram na Corte Suprema norte-americana, deveria ser, conforme o caso, “o freio e o acelerador de Poder Legislativo”, exercendo as funções de “cientista político, le-

142 Revista de Direito Bancário, nº 26/322.

143 Revista de Direito Bancário, nº 25/388.

gislador trabalhista, elaborador de diretrizes políticas (policy-maker) e economista”.¹⁴⁴

9. No exterior, a importância da análise econômica dos julgados cresceu. Nos Estados Unidos, já há longo tempo que o conceito de *fair rate* (tarifa razoável) tem fundamentos econômicos, que aliás inspiraram a noção consagrada no direito brasileiro do equilíbrio econômico e financeiro nas concessões. Por outro lado, os economistas que integraram a Escola denominada “*Law and Economics*” tentaram vencer a barreira que tradicionalmente opunha o raciocínio econômico às técnicas que predominavam em Direito¹⁴⁵.

10. Um certo pragmatismo inspirado no conceito de eficiência fez com que os magistrados e juristas norte-americanos entendessem que a Justiça não podia desconsiderar o elemento econômico considerando como importante para a aplicação da equidade e até para a definição, no caso concreto, da “*fairness*” entendida como lealdade e até equilíbrio e proporcionalidade.

11. Nos últimos anos, a idéia foi também adotada em vários países europeus. Ainda recentemente, o antigo Presidente da Corte de Cassação de França o Professor Guy Canivet (hoje membro do Conselho Constitucional) salientava a importância de recorrer a dados econômicos, tanto para avaliar as indenizações, como para aprimorar a organização judiciária e reformular o processo.¹⁴⁶

144 Acórdão do ERE nº 75.504.

145 Escrevendo a respeito do pragmatismo no direito, o Professor Richard A. Posner escreveu que:

146 **Escreve Guy Canivet que:**

“Dans tous les cas où le raisonnement juridique traditionnel s’avère défaillant, l’analyse économique est un élément de progrès du droit et de la justice”.

E conclui que:

“C’est une économie de la justice qu’il faut mettre en place, dans la recherche, dans l’enseignement du droit, dans les mécanismes de décisions touchant à l’organisation des juridictions et à l’élaboration des règles de procédure. Fonction sociale indispensable et support de prestations diverses, le procès est une activité économique, il doit être appréhendé en tant que tel.

12. No Brasil, no passado, os tribunais tiveram, por várias vezes, o ensejo de invocar a eficiência como princípio jurídico, mas não havia uma convicção generalizada quanto à necessidade de tê-la em consideração na maioria das decisões.

13. Nas décadas de 1970 e 1980, os tribunais superiores reconheceram a inviabilidade de tomar decisões que fossem economicamente inviáveis ou seja que se tornariam ineficazes em virtude de situações fáticas. Assim, em importante julgado do qual foi relator o saudoso Ministro Carlos Madeira, o então Tribunal Federal de Recursos decidiu que:

“... A impossibilidade jurídica do pedido não decorre apenas da sua inadmissão pelo ordenamento jurídico, mas de sua inviabilidade, evidenciada pela própria situação fática, que torna indubitosa prima facie a sua improcedência”.¹⁴⁷

14. Na mesma época, o Supremo Tribunal Federal sedimentou a sua jurisprudência em relação à correção monetária nas indenizações, invocando a necessidade econômica do pleno ressarcimento e o princípio geral do direito de acordo com o qual o processo não poderia ensejar o enriquecimento da parte inadimplente.¹⁴⁸

15. Por sua vez, o art. 27 da Lei nº 9.868 admitiu que, em determinados casos especiais, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pudesse ser declarada para o futuro ou a partir de determi-

Aussi bien dans les systèmes de ‘common law’ que dans les systèmes civilistes, la fonction du droit et la conception de la justice se transforment sous l’influence des facteurs économiques. Dès lors, n’est-il pas indispensable que dans un système comme dans l’autre le droit et la justice soient observés et compris à travers le prisme de l’économie?” (Prefácio à obra dirigida por Bruno Deffains, *L’analyse économique du Droit*, Paris, Editions Cujas, 2002, p. 3

147 Acórdão do Ag. Instr. 41.593-RJ — J. em 28.4.81 in *Revista de Processo*, nº 25, jan.-mar. 1982, p. 273.

148 Acórdão do RE nº 79.663-SP publicado na RTJ 79/515, ver também o nosso artigo “A correção monetária na jurisprudência do S.T.F.” in RT 524/26.

nada data, não desconstituindo todos os efeitos do diploma legal viado a partir da sua promulgação.

16. Foi, todavia, no início do nosso século que a jurisprudência brasileira, especialmente a dos tribunais superiores, consagrou definitivamente a natureza constitucional dos princípios da eficiência, da segurança jurídica¹⁴⁹, da confiança¹⁵⁰ e da proporcionalidade.

17. Quanto a este último, também houve uma evolução importante pois os magistrados foram mudando o seu critério de aplicação que deixou de ser o exclusivamente lógico para se completar pela análise econômica, que encontramos em vários votos recentes dos integrantes da Corte Suprema.

18. Merece ser citado, a título de exemplo, a decisão a respeito da constitucionalidade da “tablita”, na qual o Ministro Nelson Jobim fez um estudo econômico da situação criada e o Ministro Gilmar Mendes vinculou o princípio da proporcionalidade à análise econômica feita no caso. Assim, salientou que:

“A primeira premissa é a de que a compreensão do caso, no âmbito jurídico, passa pela compreensão do fenômeno econômico, devendo-se ter em mente que as mudanças na política econômica, pela intervenção legislativa do Estado, têm repercussão no fenômeno econômico que dá origem ao acordo entre as partes. Acertada a conclusão do Min. Nelson Jobim: ‘Alterada essa base — seja por mudança na moeda, seja por radical intervenção na economia, como é o congelamento —, o acordo entre as partes deve sofrer modificações no ajuste nominal a fim de ser mantido ajuste substancial’.

Destarte, não há como deixar de registrar aqui que o fator de deflação, ora questionado, ao invés de ferir o pactuado anteriormente, as-

149 **Arnoldo Wald**, “O princípio fundamental da Segurança Jurídica” in **Carlos Mário Velloso** e outros, Princípios constitucionais fundamentais. Estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo, Lex Editora S.A., 2005, p. 209.

150 **Arnoldo Wald**, O princípio de confiança na jurisprudência do Tribunal de Justiça na Consolidação do princípio da confiança, in Doutrina STJ, edição comemorativa dos 15 anos, publicação do STJ, Brasília, 2005, p. 29.

segurou a manutenção possível do que havia sido pactuado, tendo em vista que o cenário era de redução drástica da inflação.

Ademais, a deflação apresenta-se como uma decorrência inevitável da própria política de congelamento adotada, o que, em outras palavras, quer dizer que o fator deflação garantiu o mínimo equilíbrio para manutenção daquilo que fora anteriormente pactuado, pois sem ele, inevitavelmente, o congelamento produziria efeitos econômicos ainda mais díspares dos que foram inicialmente ajustados pelas partes.

Conforme registrou o Min. Nelson Jobim em seu voto-vista, a partir de estudos econômicos, a conclusão a que se chega é a de que o pedido da ação originária não poderá ser atendido porque pretendia um rendimento real de 18,3%, quando, na verdade, o contrato, se efetivamente cumprido, nas novas condições econômico-financeiras, registraria um rendimento negativo de —2,694% para aquele período. Assim, mesmo diante do critério da proporcionalidade em sentido estrito, a norma analisada apresenta-se constitucional, pois os elementos concretos demonstram (principalmente os percentuais de rendimento real e rendimento pré-fixado) que o fator de deflação, ao contrário do que se alega no presente recurso, ao invés de violar, acabou por proteger o núcleo essencial do direito fundamental envolvido (que em última análise é o direito de propriedade), resguardando-se reflexamente também o direito adquirido e ato jurídico perfeito, como corolários da segurança jurídica e do próprio Estado de Direito.¹⁵¹

19. Cabe, todavia, não exagerar o papel da economia em relação ao direito. A análise econômica é importante e a introdução da noção de eficiência é condição *sine qua non* do progresso econômico e da boa aplicação da Justiça. O que não se pode fazer é submeter o Direito à Economia. Queremos uma justiça eficiente, no tempo e na qualidade, mas não uma justiça que esteja exclusivamente a serviço da economia, sacrificando os direitos individuais ou, afetando o res-

151 Voto proferido no RE nº 141.190-2 *in* Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 33.

peito dos contratos e a sua fiel execução. Entendemos que Economia e Direito se complementam, pois ‘o direito sem o mercado é a imobilidade ou paralisia da sociedade’, enquanto ‘o mercado sem direito é o caos’.¹⁵²

20. A função do jurista e do magistrado necessita, todavia, evoluir. Alguns economistas, entendiam que se distinguiam dos juristas, pois olhavam para o presente e o futuro, enquanto os advogados e juizes se concentravam no passado, pretendendo restabelecer o *statu quo ante*. Essa afirmação, não mais corresponde à verdade. Se ao direito cabe garantir o ressarcimento das vítimas que sofreram a lesão ou os danos já ocorridos, deve também, contudo, construir o futuro, estabelecer normas e utilizando a conciliação e a decisão judicial ou arbitral como instrumento de paz e de convivência harmoniosa entre os homens e as empresas.

21. Podemos, pois, concluir que economistas e juristas, embora falando línguas e utilizando técnicas diferentes, se identificam pelas suas metas e pelos seus ideais. E ambos reconhecem que na hierarquia dos valores, o da justiça precede o da eficiência econômica, mas a justiça deve ser eficiente e humana, garantindo não só a legalidade, como também a segurança jurídica, pois ambos os princípios têm o mesmo valor, como bem salientou o ministro Gilmar Mendes”.¹⁵³

SP. 31.07.2007 AW\artigos\2007\portugues\A analise economia na jurisprudência do STF-AW-UERJ

152 **Alain Minc**, www.capitalism.fr., Paris, Grasset, 2000, p. 54.

153 Parecer do Ministro **Gilmar Mendes**, quando era membro do M.P., citado no acórdão do RESp nº 300.116 de 6.11.2001.