

**BRUNO SALAMA**

Professor da Fundação Getúlio Vargas-SP

“ Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a gentilíssima introdução do Senhor Ministro Sidnei Beneti, o convite que me foi feito pelo eminente Ministro Villas Bôas Cueva; e gostaria de saudar os professores José Reinaldo Lima Lopes, Celso Campilongo, Luciano Timm e os demais presentes.

O título da minha palestra é *O argumento econômico nas decisões judiciais*. E quando se fala em argumento econômico e decisões judiciais, desde logo, vemo-nos diante do que parece ser uma contradição, ou uma impossibilidade. E essa impossibilidade decorre das diferenças de método entre o Direito e a Economia. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é verbal e matemática. Enquanto o procedimento da análise jurídica é marcadamente hermenêutico, o procedimento da análise econômica é fortemente empírico. Enquanto a aspiração última do Direito é a Justiça; a aspiração última da Economia é a ciência.

Finalmente, e mais importante que tudo, enquanto uma crítica jurídica se dá a partir da legalidade, uma crítica econômica se dá a partir do custo. Isto é, o jurista trabalha principalmente a partir do mandamento, para buscar identificar o que está obrigado, o que está permitido e o que está proibido. O economista, por sua vez, trabalha marcadamente a partir

de uma discussão de custo e, portanto, do que é eficiente ou do que é ineficiente. E essas diferenças de método nos põem, portanto, um diagnóstico que podemos chamar de “diagnóstico senso comum” ou “diagnóstico ponto de partida”, que é justamente o diagnóstico da impossibilidade da combinação dos dois discursos ou dos dois pensares. Talvez, então, o jurista e o magistrado falem de Direito; o economista fale de Economia. Será mesmo?

Hoje, apresento-lhes, aqui, argumentos que desconstroem essa separação rígida entre o Direito e a Economia. E a fim de tornar minha apresentação o mais inteligível possível, resumirei tudo o que direi aqui em três frases, que são, na realidade, os três pontos ou as três proposições que lhes trago esta manhã.

Proposição n. 1: O argumento econômico pode ser útil para melhor interpretar e aplicar o direito;

Proposição n. 2: O argumento econômico já existe nas decisões judiciais;

Proposição n. 3: O aumento no uso do argumento econômico em juízo no Brasil não é um modismo nem uma ideia fora de lugar, mas uma decorrência da estrutura jurídico-política do nosso País, após 1988.

O restante da minha apresentação se resume ao detalhamento dessas três proposições, ao que se seguirá uma breve conclusão. Tentarei fazer isso o mais brevemente possível; aliás, convém ligar o cronômetro para que eu possa me ater ao que pretendo fazer.

Começando, a primeira proposição: o argumento econômico pode ser útil para melhor interpretar e aplicar o Direito. Ora, na realidade, aqui há dois conceitos: primeiro, o próprio conceito de argumento econômico, porque é preciso definir do que estou falando; e em segundo lugar, explicar como esse argumento é útil para melhor aplicar e interpretar o Direito.

Comecemos pela definição do que seja o argumento econômico. Vamos iniciar pelo que não é. O argumento econômico, tal qual eu o concebo, não é apenas o reconhecimento de que certas evoluções legais foram, em parte, influenciadas por considerações econômicas.

Isso seria incontrovertido, seria trivial. Fala-se em necessidades econômicas que movem o Direito já há muito tempo. Cito um exemplo para os comercialistas: o surgimento da empresa de responsabilidade limitada. Todos os comercialistas de cem anos atrás e um pouco mais, quando defenderam a criação de uma sociedade de responsabilidade limitada, que foi feita a partir do decreto de 1919, diziam que aquele movimento legislativo refletia “necessidades econômicas”.

[...] o argumento econômico em juízo é apropriação explícita [...] de lições da economia, especialmente da microeconomia, como instrumento para melhor aplicar os mandamentos contidos nas regras ou princípios jurídicos.

Mas o fato de uma regra jurídica ou de um instituto jurídico ser inspirado por considerações econômicas não significa que juízes, advogados e promotores utilizarão argumento econômico; embora possam fazê-lo. Cito como exemplo uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal que, ao admitir a constitucionalidade da nossa lei de arbitragem, aduz na decisão que essa constitucionalidade é reforçada também pela ideia de que fortalecer o instituto de arbitragem no Brasil seria necessário para o ambiente de negócios.

Eu então reitero: o reconhecimento de que certas evoluções legais foram influenciadas por considerações econômicas é trivial. Mas o que estou chamando de argumento econômico não é bem isso.

Tampouco estou falando do reconhecimento de que muitas regras jurídicas pressupõem que os indivíduos podem agir oportunisticamente (ou maximizando os seus interesses ou adotando o modelo de *homo-economicus* – o que seria parecido, embora, a rigor, diferente). Por quê? Porque em muitos casos esse modelo comportamental com o qual trabalha a economia, o modelo do indivíduo que maximiza os seus interesses, já está embutido nas regras jurídicas, em uma infinidade delas.

Vou citar só uma: o autocontrato. A lei diz que o autocontrato é aquele em que a mesma pessoa atua com dois chapéus diferentes (por exemplo, procurador e parte em nome próprio). O Código Civil determina que, no autocontrato, estamos diante de um negócio jurídico anulável. Ora, por que o Código Civil estabelece que estamos diante de um negócio jurídico anulável? Porque pode haver conflito de interesses e abuso de direito.

A economia trata desse tipo de problema com outro nome, com uma concepção um pouco diferente, mas que chega ao mesmo lugar. Para um economista, esses problemas de conflito de interesses poderiam ser problemas de “principal-agente”. Mas o

fato é que o problema do conflito de interesses (que é posto na teoria econômica) está refletido em muitas regras jurídicas, e, como dito, em uma infinidade delas.

O mesmo se pode dizer de construções da dogmática jurídica. Por exemplo: a doutrina de que há um dever de mitigar o próprio dano. Esse é um dever que se relacionaria ao princípio da boa-fé, previsto no art. 422 do Código Civil. Por que haveria um dever de mitigar o dano? Quem causa o dano pode estar em uma posição superior para mitigar o valor da perda. O economista dirá: essa mitigação do dano por quem pode fazê-lo a menores custos é eficiente. O jurista dirá: a mitigação do dano decorre da boa-fé.

O que estou querendo dizer? Que o argumento econômico em juízo não se limita apenas ao reconhecimento de que os indivíduos podem agir tal qual prevê o modelo de comportamento econômico, porque esse comportamento autointeressado já está profusamente refletido nas regras jurídicas e na doutrina jurídica.

Há uma terceira coisa, que não estou chamando de argumento econômico em juízo. Essa é a perigosa ideia de que o Direito deve ser apenas eficiente. Tenho escrito bastante so-

bre isso. Não vou me alongar aqui, remeto aos senhores às minhas publicações, e em particular ao texto intitulado *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Há muitos bons motivos, das mais variadas naturezas, pelos quais o horizonte jurídico não pode ser exclusivamente o da eficiência.

O que estou chamando de argumento econômico em juízo, portanto, (i) não é o reconhecimento de que considerações econômicas estão relacionadas à evolução do Direito; (ii) também não é apenas o reconhecimento de que o Direito evolui em resposta a considerações econômicas; (iii) não é apenas o reconhecimento de que indivíduos podem agir como prevê o modelo comportamental econômico; (iv) e também não é a ideia perigosa de que o Direito deve ser apenas eficiente.

O que é então? Trago-lhes uma definição muito modesta: o argumento econômico em juízo é apropriação explícita (isto é, expressa, ostensiva) de lições da economia, especialmente da microeconomia, como instrumento para melhor aplicar os mandamentos contidos nas regras ou princípios jurídicos.

De novo: esse é o conceito que eu lhes dou de argumento econômico em juízo: a apropriação explícita de lições da Economia. Para quê? Para melhor aplicar o Direito. Temos assim a primeira parte da história.

Mas eu lhes disse que a proposição que iria detalhar era a de que o argumento econômico poder ser útil para melhor interpretar e aplicar o Direito. Dei-lhes o conceito de argumento econômico. Por que ele pode ser útil?

Ele faz sentido principalmente em duas circunstâncias. Isto é, o argumento econômico, tal qual eu o concebi, é útil em juízo principalmente em duas circunstâncias. Primeira: quando houver conceitos na lei que sejam desenvolvidos ou trabalhados na economia. Por exemplo, assim se dá com os diversos conceitos trazidos no antitruste. Como se pode falar de monopólio, como se pode falar de mercado relevante, sem discutirmos esses conceitos a partir da Economia? Não dá. Essa é uma circunstância, a meu juízo, óbvia.

E há uma segunda, menos óbvia: o argumento econômico pode ser útil para melhor aplicar ou interpretar o Direito quando estivermos diante de princípios ou regras que requeiram alguma previsão sobre as prováveis consequências. O argumento econômico é útil em juízo quando estivermos diante de princípios ou regras cuja aplicação, em casos concretos, requeira alguma previsão sobre prováveis consequências.

Para não aborrecê-los com uma construção exclusivamente teórica a esse respeito, vou exemplificá-la, detalhando a minha segunda proposição desta manhã, que reitero mais uma vez: o argumento econômico já existe nas decisões judiciais brasileiras.

Quando o argumento existe nas decisões judiciais brasileiras? Vou exemplificar. Em primeiro lugar, para a aplicação de princípios constitucionais. Em muitos casos, a aplicação de princípios constitucionais requer argumentos econômicos. Estou escrevendo uma verdadeira coleção deles, tenho dezenas de exemplos e trago alguns poucos.

Primeiro exemplo: a decisão do STF na ADIn n. 1946. Nela se discutia se o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que fixava em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) o limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, seria constitucional relativamente à licença gestante. Isto é, estaria a licença gestante sujeita ao teto de R\$ 1.200,00?

O caso é paradigmático não apenas por reconhecer a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, o que é um caso por si só interessante, como também por alicerçar a fundamentação em um raciocínio econômico. O voto condutor alicerçou sua fundamentação precisamente nas prováveis consequências vistas pelo Magistrado como deletérias de uma interpretação literal da norma a respeito da promoção do acesso da mulher ao mercado de trabalho. Leiamos o voto: *Na verdade, se se entender que a Previdência Social doravante responderá apenas por R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por mês durante a licença gestante e que o empregador responderá sozinho pelo restan-*

te, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste [empregador] pelo trabalhador masculino ao invés da mulher trabalhadora. Estará então propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo. Proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto no inc. I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora quaisquer que sejam suas aptidões salário nunca superior a R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para não ter que responder pela diferença.

Notem bem: o que está em questão não é a eficiência da regra do teto constitucional. O que está em questão é o atingimento de outros valores constitucionais, como a inclusão da mulher no mercado de trabalho. E o argumento econômico é parte do percurso narrativo ou retórico da decisão judicial voltada a promover o princípio constitucional. De novo, não é uma discussão sobre eficiência. Estamos falando do meio jurídico adequado a atingir um fim constitucional.

Vou lhes dar mais um exemplo: A decisão do STF que discutiu a compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista no art. 3º da Lei de Locações, Lei n. 8.009/90, e a garantia do direito à moradia prevista no art. 6º da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional n. 26. Segundo o voto vencedor, de relatoria do Sr. Ministro Cesar Peluso, que reconheceu a constitucionalidade da regra, os proprietários no Brasil são poucos, justificando-se, assim, estímulo à habitação arrendada, que seria, pela leitura do voto, presumivelmente promovido pela regra questionada.

Conclui o voto que a eventual declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente destaque do campo de abrangência do próprio direito constitucional

à moradia. Novamente, o que nós temos aqui? O raciocínio econômico ou o argumento econômico a serviço da proteção de um princípio constitucional.

Há uma coleção de outros exemplos análogos no STF, mas vou agora passar ao STJ. Falamos do uso do argumento econômico quando estamos diante da leitura de princípios constitucionais, mas há um segundo caso muito frequente em que se usam argumentos econômicos em juízo. Trata-se do caso nada incomum da interpretação teleológica das leis, isto é, da interpretação finalística das leis, da interpretação da lei voltada a compreender o fim que a lei procurou atender. Nada de novo aqui, portanto.

Vejamos um exemplo do STJ, o REsp n. 771.787. Nele se discutia a legalidade da imposição pelo governo de um teto inferior ao custo de produção para o preço de derivados da cana. Entendendo-se pela ilegalidade do teto, discutia-se também a medida da indenização a ser paga aos produtores. Para examinar a medida da indenização e rejeitar a forma de cálculo proposta pelos autores da demanda, o voto do Ministro Herman Benjamin partiu de lições da economia.

Na ação, os autores pleiteavam que o valor da indexação corresponderia à diferença entre o teto imposto pelo Governo e o preço a que se teria chegado com base no custo de produção. Porém, em seu voto, escorando-se em alguns conceitos básicos retirados de um livro português de análise econômica do Direito, o Ministro entendeu que essa fórmula pleiteada pelo autor exageraria no valor dos danos.

Transcrevo trecho do seu voto: De fato, como o álcool não é produto de elasticidade, de demanda a preço neutro, diante de um aumento de seu preço, necessariamente, haverá queda no consumo. Dito de outra forma, pode-se afirmar, sem medo de errar, que o fato de o preço não ter sido fixado no patamar pleiteado pelas empresas [ou seja, o preço foi mais baixo] fez aumentar a demanda de álcool. Numa palavra, preço menor, maior consumo de álcool; preço maior, menor consumo de álcool.

E mais adiante, conclui o Ministro, a meu ver corretamente, dizendo que sua análise era jurídica ainda que se valesse de ferramentas e conceitos econômicos. Por que o ministro estava correto ao raciocinar desse modo? Porque nós estamos diante do argumento econômico voltado à compreensão do lucro cessante, argumento utilizado para se pensar em qual é o lucro cessante em um caso como este. Argumento econômico a serviço do Direito.

Só mais um exemplo: Recurso Especial n. 3.694, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Discutiu-se o escopo do art. 6º da lei que regulava concessões de serviços públicos. A lei, expressamente, permitia às concessionárias suspenderem a oferta de serviços públicos aos clientes em caso de atraso. A questão era saber se essa regra se aplicaria também à oferta de serviços essenciais, isso porque, como muitos dos senhores certamente sabem, o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que as concessionárias são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Daí se lia que serviço essencial há de ser sempre fornecido continuamente – ou pelo menos assim entendia o autor da ação.

Ao entender em sentido contrário – e, portanto, defender a possibilidade de interrupção de serviços – o Ministro Relator afirmou que o corte, por efeito de mora, além de não maltratar o Código do Consumidor, é permitido. Segue o voto: Neguei a liminar com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo que se denomina efeito dominó. Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz. Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora não terá renda e, não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência.

*Falida, a concessionária interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras até a iluminação pública.*

Falei do argumento econômico para a interpretação de princípios constitucionais, para uma leitura teleológica das leis – e anotem, tenho comigo colacionadas diversas decisões judiciais com citações de trabalhos que se autointitulam de “análise econômica do Direito”. Vou citar uma decisão apenas. Trata-se de uma apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, voto do Desembargador Relator Andrade Marques, recente, data de um ano atrás.

Há um segundo vetor a explicar a ascensão do argumento em juízo no Brasil, para além desse fator que eu chamei de ideológico. Trata-se da ascensão política do Poder Judiciário.

A história descrita no voto era a seguinte: uma loja vendeu um ar-condicionado e a compra foi feita com um cartão clonado. O verdadeiro titular do cartão clonado solicitou o cancelamento da compra. A empresa de cartões não pagou a loja. O contrato entre lojistas e operadoras de cartões expressamente excluía a obrigação de pagamento ao lojista nesses casos. O lojista processou a operadora, alegando que a cláusula contratual seria abusiva e exigindo o pagamento. A decisão negou provimento ao pedido e manteve a legalidade da cláusula contratual. Confira-se: *Embora se possa argumentar pela abusividade de cláusulas contratuais, mesmo entre empresários profissionais, com base nos artigos do Código Civil como a boa-fé e a função social do contrato, não se cuida de tal hipótese no presente caso. Com efeito, a alocação de risco de fraude ao estabelecimento comercial [diz o Desembargador] no caso de compras presenciais é, em princípio válida, pois comparado à administradora de cartão de crédito, o comerciante tem mais capacidade de controlar e prevenir o risco de ardis perpetrados pelo cliente, dito de outro modo [sigo lendo], o*

vendedor é um superior risk bearer da relação contratual. Confira-se.

E aí há uma citação de doutrina comparada de economista estrangeiro, explicando o que é o tal *superior risk bearer*, que é a parte que pode suportar um risco a menor custo. Poupemos da leitura do longo trecho. Mas, sigo lendo: *A alocação dos riscos a essa parte que pode suportar o risco melhor é mais eficiente do ponto de vista econômico, pois se trata da parte que consegue evitar e mitigar o risco com o menor custo e despesa. Portanto, a eficiência econômica, neste caso, beneficia a operação econômica, tanto do ponto de vista das partes, quanto da sociedade. De modo que as cláusulas em questão se coadunam com a boa-fé e a função social dos contratos. E, portanto, o voto reconstrói o argumento econômico ao tipo jurídico, boa-fé e função social dos contratos.*

[...] no mais das vezes [...] o Poder Judiciário foi simplesmente empurrado para fazer política – empurrado porque os políticos nem sempre conseguem atingir o consenso, e esquivam-se, jogando a batata quente para o Judiciário.

Vou lhes poupar de uma citação de diversos outros acórdãos que eu tenho aqui, por falta de tempo. Mas, adianto: há muitas citações de autores filiados, por assim dizer, ou adeptos do método da análise econômica do Direito, espalhadas na jurisprudência. De particular relevância são as decisões que se referem às doutrinas do norte-americano Richard Posner, para sugerir, como por exemplo, numa que leio aqui, *que deve se observar a relação de custo benefício, envolvido na prestação jurisdicional*. E para citar outra decisão: *o magistrado precisa atentar para os estímulos ou desestímulos econômicos que as decisões judiciais produzem*. Mas, acrescento, o juiz ou o magistrado não deve fazê-lo para privilegiar a eficiência pura e simplesmente; deve fazê-lo para melhor interpretar o Direito.

E assim passo à minha terceira proposição: a de que o aumento perceptível no uso do ar-

gumento econômico nas decisões judiciais no Brasil não é um modismo, não é uma ideia fora do lugar, não é um absurdo, mas é o reflexo da nossa estrutura jurídico-política. E aqui terei de ser bastante breve para explicar o argumento, remetendo os senhores, no entanto, a um texto publicado em 2013 na Revista de Direito Administrativo em que expomos esse argumento detalhadamente. Trata-se do texto *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*, que tive a felicidade de coautuar com a minha brilhante colega, a Professora Mariana Pargendler.

A proposição, portanto, é a seguinte, reitero mais uma vez: O aumento no uso do argumento econômico não é modismo, mas é reflexo da estrutura jurídico-política do nosso país. Vejamos. Hoje nós partimos de uma distinção de método: o método da economia

é um, o método do Direito é outro; a linguagem da Economia é uma, a linguagem do Direito é outra. A crítica jurídica se faz por uma chave, a da legalidade; a crítica econômica se faz pela chave do custo. O grande desafio do Direito é ser justo; o grande desafio da economia é ser científica. O procedimento básico do Direito é a hermenêutica; o procedimento básico da Economia são também métodos empíricos. E por aí vai; portanto, há uma diferença de métodos.

Defini o argumento econômico em juízo, e então expus sua relevância, utilizando exemplos da jurisprudência. Mas, por que isso aconteceu agora? Será um modismo? Será uma influência de maus doutrinadores? Será que perdemos o rumo? E a minha resposta é negativa: não é nada disso.

O aumento no uso desse tipo de argumento em juízo não é um modismo, mas se relaciona à nossa ordem jurídico-política atual. É um tema que se põe na história. E, para explicar por que, indico três vetores na nossa estrutura jurídico-política, que explicam o aumento do uso de argumentos econômicos em juízo.