

O argumento econômico na análise judicial



Douglas Camarinha Gonzales

Juiz Federal. Mestre em Direito de Estado pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Especialista em Direito Penal pelo IBCCRIM/Universidade Coimbra. Ex-Professor do Curso de Pós-Graduação (*lato sensu*) da Uninove.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A dialética entre Direito e Economia. 3. A neo-hermenêutica e o argumento econômico. 4. O argumento econômico e as políticas públicas. 5. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução.

A presente exposição propõe-se a levantar algumas reflexões sobre a influência do argumento econômico na análise das demandas judiciais, sua repercussão no raciocínio jurídico, na revisão de políticas públicas, mediante o necessário entrelaçamento da Economia no Direito. Vê-se, pois, a opção epistemológica delineada no presente trabalho para analisar a influência daquele sobre esse, justamente para abordar a questão sob uma análise macro do fenômeno, mas com o viés jurídico da interpretação – sem qualquer menoscabo à magnitude da Economia na realização do Direito.

O artigo busca escalonar as diferentes discussões erigidas nas palestras do Curso de Direito Constitucional “Limites e Possibilida-

des da Atividade Jurisdicional no Constitucionalismo Brasileiro”, ocorrido na Escola de Magistrados do TRF da 3ª Região, em maio de 2013, conferindo-se ênfase ao argumento econômico em juízo, situando a questão no seio da interpretação constitucional.

O ensaio procura, assim, exprimir as maiores preocupações apontadas pela simbiose fática econômica entre os institutos jurídicos e sua aplicação na sociedade de mercado; a necessidade de sua compreensão em um contexto macro social; apontar daí a repercussão do resultado dessa simbiose muitas vezes necessária entre Direito e Economia para o fim de aferir a funcionalidade do sistema frente às diretrizes constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Tal construção busca conferir uma visão crítica e construtiva ao sistema do Direito

Econômico, ainda em formação, na tentativa de melhor situar o intérprete nas inferências da Economia no Direito e sua recíproca, numa visão sistemática de funcionalidade.

Examina-se, assim, a natureza jurídica dessas normas e seus desdobramentos e consequências à sociedade e ao país.

A discussão, ainda, é enriquecida com as implicações jurisprudenciais de múltiplos exemplos nas diferentes áreas do Direito.

2. A dialética entre Direito e Economia.

De início, há de se registrar a relevância das relações entre Direito e Economia nos diferentes setores dessas ciências. A interação é intensa, pois ambas regulam a vida do homem em sociedade, a primeira num aspecto lato; ao passo que a Economia nas relações de troca na sua amplíssima dimensão. Nessa perspectiva, ambas são ferramentas de estudo da interação do homem com o Estado e o mercado, enfim, a interação do homem entre si.

Vê-se, pois, que o exame do Direito deve necessariamente levar em conta a realidade econômica do mercado, justamente para otimizar o papel regulador da sociedade. E, de sua vez, a Economia só tem raízes sólidas, mediante o funcionamento das instituições estatais devidamente regradas pelo Direito, o que confere credibilidade às suas instituições, como o crédito, a segurança institucional da troca e a própria propriedade.

Em termos ilustrativos, a lei para melhor regradar o comportamento humano deve necessariamente levar em consideração a realidade de mercado para embasar o regramento jurídico. Assim, quando o legislador quiser implantar medidas antipoluidoras a determinadas atividades empresariais, como a necessidade de instalar filtros industriais, deverá impor sanções significativas ao empresário, de forma que o benefício econômico ao não trocar/implantar o filtro seja menor que o

custo da sanção pela ausência de medidas de combate à poluição. Outra medida que corroboraria tal dever jurídico seria a possibilidade legal de conferir publicidade às atividades do poluidor, de forma que a clientela de seus produtos poderia melhor aferir a conduta empresarial ética daquele que assim o faz.

A mesma situação ocorre com as técnicas de tributação, pois o legislador deve planejar a tributação de tal forma que não iniba a atividade empresarial frente aos demais agentes econômicos internacionais, sob pena de arrefecer o ânimo do empreendedor.

Por sua vez, a atividade judicial de conferir aplicação prática ao Direito na solução de litígios, só será legítima quando levar em consideração a realidade econômica subjacente ao contrato, pois a Economia das relações é inerente ao Direito. Assim, eventual interpretação jurídica que procrastine demasiadamente o despejo implicará na elevação significativa dos aluguéis, a ponto de prejudicar, além do inquilino, a própria atividade econômica do país.

Daí a constatação de André Franco Montoro Filho baseada no incentivo individual, em particular o financeiro, como orientador do comportamento humano. Pondera o autor, que o sucesso das economias de mercado e o fracasso das economias de planejamento central são, em grande parte, explicados pelos corretos incentivos presentes nas economias descentralizadas de mercado.¹

Enfim, o jurista deve ter em mente que o sucesso da realização do valor amparado pela norma precisa estar afinado com a realidade econômica subjacente.

Exatamente em razão da realidade econômica e a importância da economia de mercado, a jurisprudência sensível à observação do argumento econômico em juízo sedi-

1 MONTORO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo; PILAGALLO, Oscar. *Direito e economia*. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2008, p. xiii.



mentou a necessidade implacável da correção monetária, como expressão lídima do direito em litígio; a criação da figura da lesão, vício do ato jurídico; da revisão contratual, quando presentes situações econômicas imprevisíveis que impeça o contratante de dar continuidade ao contrato; da ilicitude do cartel e do *dumping* entre outros institutos jurídicos. Institutos esses criados através de uma interpretação econômica do Direito.

De outro lado, a Economia requer para sua legítima atuação na sociedade a correção de seus vícios no regime capitalista, tido por consenso como eficiente e pragmático; contudo, excludente e carecedor de regulação. Justamente por isso, o Direito intervém nas relações econômicas para corrigir tais imperfeições. A própria Constituição Federal resguarda em título próprio as diretrizes gerais que fundam a economia do país, cujos princípios e normas são pauta de interpretação do jurista ao analisar questões econômico-jurídicas.

Nesse passo, a intervenção do Estado no mercado ocorre como agente normativo e regulador com o objetivo de induzir os agentes econômicos a um comportamento gerador

de eficiências, condicionando as forças de mercado rumo à livre concorrência, à defesa dos consumidores e à função social da propriedade, visando impedir o abuso do poder econômico.

3. A neo-hermenêutica e o argumento econômico.

Em razão das expressivas normas programáticas e diversos princípios normativos expressos na Constituição Federal, espraia-dos por todo texto, seja no rol dos “direitos e garantias fundamentais”, na “organização do Estado” e na “ordem econômica e financeira”, e na busca de se conferir mínima densidade normativa às normas constitucionais, a doutrina sedimentou a neo-hermenêutica, cuja tônica busca conferir eficácia e normatividade a essas diretrizes constitucionais.

Essa revalorização do aplicador do Direito e da própria hermenêutica surge como resposta política-social ao empobrecimento que o jugo do positivismo exacerbado prendeu o intérprete, enclausurado no vetusto brocardo interpretatio cessat in claris, que restringiu a grandeza humanística do Direito, pois, como é sabido, a aplicação fenomênica do Direito é infinitamente mais criativa que a mente do legislador que evidentemente não contempla todas as soluções reais para a vida, sobretudo na hermenêutica constitucional que utiliza valores fluidos e dilatórios para concretizar-se sobre as demais normas.

A explicação histórica para a circunscrição à interpretação jurídica advém em boa parte do temor de conferir poder à Magistratura, cuja ligação à Monarquia representa resquício simbólico do *Ancien Régime* que a Revolução Francesa aboliu. Daí as palavras de Montesquieu que cunhou a ideologia de que os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem força, nem rigor.²

2 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*: as formas de governo, federação, a divi-

Nesse contexto que surge a hermenêutica constitucional, sufragada pelos avanços da Teoria da Linguagem, baseada na relevância do papel do intérprete e na separação do sujeito e objeto da interpretação, na efetividade dos princípios e no embasamento dos avanços da filosofia da interpretação propagada por Heidegger e Gadamer³ onde sustentam a importância da historicidade para compreensão do texto enunciado, pois esse advém do diálogo mantido entre o texto e seu intérprete – daí a distinção entre norma e texto legal.

Essa nova abordagem interpretativa constitucional foi intensamente influenciada pelas mudanças político-sociológicas que marcaram os novos caminhos filosóficos da Teoria Geral do Direito – essa última sintetizada de modo marcante na obra de Bobbio, “Teoria do ordenamento jurídico”. Desses apontamentos, pode-se observar que a maior guinada que ocorreu no campo da Ciência Jurídica no último século foi o efetivo avanço, ou talvez, a retomada da influência sociológica e política no mundo das normas, situação também vivenciada na construção da chamada nova hermenêutica constitucional. Contudo, essa é mero reflexo daquela, pois a primeira constatação é a causa, e, a última, o efeito. E, como tal, o fenômeno da segunda não é de todo original.⁴

Tercio Sampaio Ferraz Junior,⁵ quando faz a apresentação sobre a obra do jurista italiano Bobbio, comenta que este soube como ninguém enfrentar a crise do Direito no último século justamente em razão da mudança

de paradigmas:

No âmbito da Ciência Jurídica, mais do que muitos, Norberto Bobbio soube entender que se, nos primeiros três quartos deste século, a grande preocupação foi eliminar juízos de valor no intento de construir uma teoria científica do Direito não sujeita a implicações ideológicas, agora, em compensação, recupera-se em sua esfera de interesses a experiência social e o juízo crítico sobre si mesma, oferecendo à investigação jurídica novas dimensões.

Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Bobbio mais recentemente, a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, com sua organização, sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques. Pois bem: essa sensibilidade para a mudança, sem perder de vista as exigências da racionalidade, é uma das mais importantes características de Norberto Bobbio e a lição mais profunda que podemos extrair de seu pensamento.

Em outros termos, o Direito então visto como pura construção normativa, cuja construção simplista de aplicação era meramente dedutiva, ruiu ao fim do século passado, para então incorporar na sua interpretação e no seu fio condutor elementos humanísticos e válvulas de escape que condicionam, filtram e racionalizam o mundo das normas, os princípios, valores e paradigmas novos voltados a otimizar a sua aplicação.

Justamente por isso, a revalorização do argumento econômico é realidade da interpretação na neo-hermenêutica, dada a sua reaproximação axiológica aos valores embutidos na norma. Vê-se, pois, que o argumento econômico resta valorizado com a essa nova abordagem interpretativa, em voga na doutrina e nos Tribunais.

são dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. 6. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 170-178.

3 Conforme interpretação de BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70.

4 GONZALES, Douglas Camarinha. *Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Estado da FADUSP. 2001, p. 80-81.

5 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

Enfim, a *neo-hermenêutica não abandona a teoria geral da subsunção convencional*⁶ (relevante, mas não suficiente), contudo agrega as seguintes características: 1) normatividade dos princípios; 2) efetividade das normas constitucionais, até mesmo quanto às normas axiológicas, em razão da força normativa da Constituição; 3) filtragem constitucional – fenômeno que acarreta repercussão aos outros ramos do Direito dos princípios constitucionais, de forma a interpretar seus institutos à luz da Constituição; 4) uso da tópicica para interpretar os *hard cases*, até mesmo com a utilização de raciocínio indutivo.

O argumento econômico também está inserido nessa nova temática tanto no âmbito da aplicação dos princípios, como na efetivação dos valores econômicos e sociais às normas jurídicas. Assim, a evocação do argumento econômico advém, a título de ilustração, da aplicação dos princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, da livre concorrência, da subsidiariedade na intervenção do Estado na economia (CF, art. 173) e da própria razoabilidade, frente ao modelo econômico e institucional erigido pela Carta Republicana de 1988. Frise-se, ainda, que a relevância do argumento econômico tem sido sufragada por diversas decisões judiciais, bem como em políticas públicas – tema do próximo tópico.

4. O argumento econômico e as políticas públicas.

Quer por força da lógica do mercado e da reação dos agentes econômicos, quer em face do modelo estatal delineado pela Carta Republicana, as políticas públicas devem levar em consideração a realidade econômica subjacente

ao valor social defendido para otimizar sua realização.

Recorrendo à metáfora, tal como o vento serve ao navegador, a realidade econômica deverá ser devidamente estudada para melhor aplicação da política pública. Nesse passo, a política de defesa ao meio ambiente deverá levar em consideração o proveito econômico do local em situação de exploração econômica. Justamente nesse jaez, surgiu a compra de créditos de carbono, cuja concepção busca preservar as florestas, a partir da venda de créditos de carbono para empresas que precisam recompor ambientalmente a poluição emitida – ao passo que o máximo de lançamento fica a critério de organismo internacional.

Essa reflexão econômica surgiu das discussões das Conferências Climáticas da ONU,⁷ com proposta de índole econômica e pragmática para otimizar a política pública de controle de poluição atmosférica e proteção de florestas.

Vê-se, pois, a utilização do modelo econômico como incentivo aos agentes econômicos para racionalizar a política pública ambiental. Utilizou-se, pois, das forças de mercado a favor do valor defendido pela norma.

Outro exemplo de inferência do argumento econômico para resolver litígio judicial foi o julgamento da ADI nº 1.946/DF, referente ao limite do salário maternidade ao teto da Previdência, oportunidade em que se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 que limitava o pagamento do benefício ao teto da Previdência, sob pena de se limitar o salário da mulher até tal valor, já que, ultrapassado esse, caberia ao empresário pagá-lo.

Sabidamente, os Ministros do STF pon-

6 Em que pese o enfraquecimento do positivismo jurídico estrito, a doutrina destaca que não parece possível pensar uma teoria do direito que não seja em alguma medida positivista. É o apontamento de FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte: Fórum, n. 4, out./dez. 2007, p. 102.

7 Para maiores informações *vide* o site: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o-quadro_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_sobre_a_Mudan%C3%A7a_do_Clima.

deraram qual seria a reação do mercado e sensíveis a tal situação reconheceram a inconstitucionalidade do preceito em face dos artigos 5º, I, e 7º, XXX, ambos da Constituição Federal, que pregam a igualdade de direitos entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Outra jurisprudência paradigmática foi o julgamento da ADI nº 2.591/DF que em última análise determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias, mas excluiu de sua abrangência a definição dos custos das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação do dinheiro na economia. Enfatizaram os Ministros que, quanto a esse aspecto, cuida-se de política pública monetária a cargo do Poder Executivo, através de sua *longa manus* o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, até mesmo para fixar os juros.

Notável, portanto, a reserva explicitada no julgamento para manter incólume a política econômica e financeira própria que cuida tanto dos juros como dos ativos e passivos das instituições financeiras, situação que deve ter tratamento próprio dos órgãos técnicos governamentais.

Tal decisão encontra-se em sintonia com a firmada na ADI nº 4/DF que em última análise conferiu validade ao parecer da Consultoria da República, segundo o qual o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal não era autoaplicável, eis que ausente lei complementar que regulasse a matéria. O argumento econômico em destaque foi justamente a política pública monetária e financeira, cuja repercussão deveria ser detidamente regrada pelos órgãos técnicos para basilar a futura lei complementar e futura legislação infralegal,

bem como a incompatibilidade com a política das taxas flutuantes em vigor.



Legítima, portanto, a oitiva do argumento econômico para melhor dosar a decisão judicial, tal como a política pública, sem perder de foco outros valores tão importantes quanto o argumento econômico, a serem devidamente ponderados – o que não implica subjução da decisão judicial às forças de mercado, mas sua ponderação.

Por derradeiro, pertinente ainda mencionar o recente julgamento do STF (ADI nº 4.357/DF) que reconheceu a inconstitucionalidade dos preceitos da Emenda Constitucional nº 62/2009 que institucionalizava leilões de deságio ao pagamento dos precatórios judiciais, então chamado de regime especial de pagamento de precatórios, voltado para minimizar as dívidas estatais. Sob a ótica econômica, pode-se expressar que esse julgamento fulminou o *default* econômico das obrigações estatais, situação que implicava desrespeito aos valores do Estado de Direito – ao menos tal como expressa nos preceitos da Emenda Constitucional nº 62/2009 tidos como inconstitucionais.

A Corte Suprema considerou que o regime especial de pagamento de precatórios implicaria no retardo de pagamento por tempo superior à expectativa média do brasileiro, o que retira por completo a confiança na jurisdição e na sua efetividade.

5. Conclusões

Há um entrelaçamento social e dialético entre Direito e Economia. Ambos são ferramentas de estudo para melhor compreender a sociedade e o homem do século XXI.

A implementação de medidas jurídicas deve levar em consideração a realidade econômica subjacente a essa medida, justamente para otimizar sua aplicação prática e seus efeitos a longo prazo – até mesmo para corrigir imperfeições econômicas no mercado.

A análise da realidade econômica para aplicação ou interpretação das normas jurídicas serve ao jurista como visão política

social ao racionalizar a reação do mercado – situação que não implica subserviência das decisões judiciais às forças de mercado, mas sua compreensão/interação.

A neo-hermenêutica reforça a abordagem interpretativa para ponderar valores econômicos, sociais e políticos às decisões judiciais, de forma que o argumento econômico enriquece a visão do jurista para melhor aferir o alcance e sentido das normas jurídicas.

Bibliografia.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70.

CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O controle judicial das decisões do CADE. In: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira (Coord.); BORGES, Antônio de Moura (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais*. São Paulo: Lex, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte: Fórum, n. p. 77-102, out./dez. 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 7. ed. Trad. Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005.

GONZALES, Douglas Camarinha. *Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Estado da FADUSP, 2001.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 6. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTEIRO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo; PILAGALLO, Oscar. *Direito e economia*. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2008, p. xiii.

SADEK, Maria Tereza. Repercussão das decisões judiciais na economia. In: *O desenvolvimento em tempos de crise: aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Rio de Janeiro: COPEDEM, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia: estudo n. 22. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-58, mar. 2008.

SOUZA, Artur César de. Análise econômica das decisões judiciais. STF ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 283-306, out. 2009.