

SUBMISSÃO DE TEXTO PARA O SEMINÁRIO DA ALACDE

Título do trabalho:

A decisão judicial apoiada na Nova Economia Institucional: Acertos e erros dos magistrados brasileiros no caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil de automóveis indexados ao dólar.

Autora:

Maria Paula Bertran

Formação acadêmica:

- Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.
- Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo – FD/USP.
- Graduada em Economia pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de S. Paulo – FEA/USP.

Contatos:

mpbertran@uol.com.br

Al. Casa Branca, 1.170, ap. 21, Jd. Paulista. São Paulo – SP. CEP: 01408-000.

(11) 3086-3778/ 8221-4369

Resumo:

O primeiro objetivo deste trabalho é identificar a influência da Nova Economia Institucional sobre a justificação das decisões judiciais envolvendo um importante caso da jurisprudência brasileira: a massiva revisão dos contratos de arrendamento mercantil indexados ao dólar (gerada em função do fim das bandas cambiais pelo governo, geradora da maxi-desvalorização da moeda nacional em 1999). O segundo objetivo deste trabalho não foi intencionalmente pretendido, mas se tornou parte essencial do texto em função das muitas informações descobertas enquanto se buscava a concretização do primeiro objetivo. Concerne em identificar as falhas teóricas da Nova Economia Institucional para explicar o que de fato aconteceu no caso analisado. Enquanto o primeiro objetivo é desenvolvido através da construção teórica de operadores do Direito representativos da Nova Economia Institucional — os metafóricos Juiz Douglas e Mediador Olívio — e da análise de 6.000 decisões que ilustram o uso da teoria econômica para justificação das decisões jurídicas, o segundo propósito do trabalho aponta certa incapacidade de predição da Nova Economia Institucional no caso analisado, apontando através de depoimentos dos agentes do mercado de arrendamento mercantil e de análises estatísticas a bastante surpreendente ausência de correlação entre o conteúdo das decisões judiciais e o comportamento do mercado de arrendamento mercantil de automóveis.

Abstract:

The first aim of this work is to identify New Institutional Economics influence upon judicial justification of the sentences involving a very important case happened in Brazil: the breach of automobile leasing contracts indexed to dollar (what begun by the end of government's control over international currency and a great demonetization of national currency, in 1999). The second aim was not intentionally wanted during the first work project, but became essential part of the job because of the several information discovered after researches made during the investigations for the first aim. It identifies defaults of New Institutional Economics in explaining what empirically happened in the case studied. The first aim is developed through the theoretical construction of a judge and a mediator that represent New Institutional Economics – Judge Douglass and Mediator Oliver. Through the analyses of more than 6,000 decisions, it remained clear that judges helped themselves of economic theory to justify their decisions. The second aim of this work is based on the inability of prediction of the New Institutional Economics, specifically in this case. This is shown by testimonials of leasing dealers and the statistical analysis that insinuate the lack of correlation between the content of judicial decisions and the behave of automobile leasing market, a quite surprising discover concerning New Institutional Economics.

A DECISÃO JUDICIAL APOIADA NA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL:
ACERTOS E ERROS DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS NO CASO DE
REVISÃO DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL
DE AUTOMÓVEIS INDEXADOS AO DÓLAR

Maria Paula Bertran

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo – FD/USP
Graduanda em Economia pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de S.

Paulo – FEA/USP
mpbertran@uol.com.br

1. OBJETIVO

Em janeiro de 1999 a moeda nacional desvalorizou-se abruptamente em relação ao dólar, após alguns anos de estabilidade promovida pela instituição de bandas cambiais. Os contratos que previam reajuste acorde a variação cambial tiveram suas parcelas, em poucas semanas, quase duplicadas nos seus valores em reais. A reação das partes, destacadamente a dos consumidores que contrataram arrendamento mercantil¹ para aquisição de veículos, foi de pleitear a revisão dos contratos. Das decisões dos casos que foram apreciados pelo Poder Judiciário retiramos o mote e inspiração da construção deste texto.

Através de uma ampla pesquisa jurisprudencial (que envolveu alguns milhares de acórdãos), bibliográfica, empírica (com entrevista dos representantes das principais instituições financeiras que sofreram os impactos da alta do dólar), bem como através do estabelecimento de uma série de estudos estatísticos², propusemo-nos a investigar o caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil sob a ótica da decisão judicial. Mais especificamente, a motivação econômica da decisão judicial.

O primeiro objetivo deste trabalho (versão modificada de dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo em outubro de 2006) é reconstruir de quais elementos poderia um magistrado se servir para fundamentar sua sentença em um caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil. Na ampla gama de vertentes pertencentes à intersecção entre Direito e Economia, elegeu-se a análise da Nova Economia Institucional, a ser caracterizada através dos metafóricos Juiz Douglas (em

¹ Também conhecido como *leasing*.

² Os estudos interdisciplinares entre o Direito e a Estatística foram executados pelo Centro de Estatística Aplicada, do Departamento de Estatística do Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo, a pedido da autora, com suas orientações e seus dados.

alusão a Douglass North) e do Mediador Olívio (em referência a Oliver Williamson), eleitos para caracterização típica-ideal da Nova Economia Institucional. O segundo objetivo deste trabalho não foi intencionalmente planejado, sendo resultado de “externalidades” das pesquisas que objetivavam elaborar sua primeira parte. Aponta-se que a fundamentação neo-institucionalista foi incapaz de prever as reais conseqüências que se verificaram no caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil, sugerindo a importância de aprofundamentos para entendimento do fenômeno e se caracterizando, provavelmente, como uma conclusão inusitada para a Nova Economia Institucional como um todo.

2. O CASO

Para que o presente estudo fosse possível, a escolha do tema de jurisprudência a ser analisado, além de não encontrar normatização expressa que regulasse a matéria e promovesse uma “solução evidente” à questão, deveria respeitar a condição de inexistência de soluções obteníveis de maneira muito simples através de interpretações extensivas ou sistemáticas. Além da considerável inexistência de constrangimentos normativos definitivos, (o equivalente, segundo Kelsen³, a uma moldura bastante elástica), outra condição desejável para a escolha de um conjunto de decisões que admitisse investigação a partir da análise econômica do Direito é que seu conteúdo fosse pertinente, sem problemas morais de mais grave ofensa à sociedade⁴, aos processos de consideração econômica dos direitos envolvidos. O tema de revisão dos contratos de arrendamento mercantil de veículos com cláusula de reajuste de parcelas em paridade cambial ao dólar, durante o período de desvalorização da moeda nacional, em 1999, foi eleito para tal fim.

2.1 CONTEXTO NORMATIVO: LEI DO REAL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994, é também conhecida com Lei do Real, por ter sido responsável pela instituição das principais regras sobre o então novo plano econômico. Disposições de seu artigo 6º extinguiram a validade e eficácia de quaisquer contratos vinculados ao reajuste de variação cambial. As exceções seriam as legais ou os contratos de arrendamento mercantil. Quanto à última exceção, duas condições: serem arrendadores e arrendatários residentes e domiciliados no Brasil e (importante!) serem os recursos destinados aos contratos de arrendamento mercantil provenientes do exterior. Tal

³ Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

⁴ A rigor, mesmo a vida humana pode ser tratada como um bem possível de receber quantificação pecuniária. Esse é o cálculo necessário nos casos em que são estipulados valores para coberturas de seguros de vida, por exemplo. Algumas vertentes da análise econômica do Direito admitiam seu uso para quaisquer áreas do Direito. Conforme já mencionado na nota de rodapé número 16, seus usos em áreas como o Direito de Família e o Direito Penal causaram muitas críticas para o conjunto da análise econômica do Direito em geral, o que por vezes prejudicou a disseminação, no Brasil, de vertentes da teoria preocupadas com objetos que recebem boas contribuições das teorias da análise econômica do Direito.

estabelecido foi imprescindível para o crescimento do mercado de arrendamento mercantil, tanto para pessoas jurídicas, como principalmente para pessoas físicas.

Diz o artigo:

Art. 6º - É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.

O arrendamento mercantil é operação realizada mediante contrato, na qual o proprietário do bem — seu fabricante ou empresa de arrendamento mercantil, (arrendadores) — concede ao arrendatário o direito de utilização do mesmo, por um prazo previamente determinado⁵. Em seu tipo financeiro⁶, caracteriza-se basicamente como uma operação de financiamento, mas que no final dá ao arrendatário o direito de renovação do contrato de arrendamento mercantil, devolução do bem ao arrendador, ou, mediante pagamento de montante denominado Valor Residual Garantido, aquisição de propriedade do bem⁷.

Ainda que permitido para pessoas físicas há mais de vinte anos,⁸ os contratantes dessa natureza eram praticamente inexistentes⁹. De fato, as maiores utilidades do arrendamento mercantil são para pessoas jurídicas, em função principalmente de vantagens contábeis de financiamento do bem, tais como liberação do capital de giro, possibilidade de atualização dos equipamentos durante a vigência dos contratos, prazo de operação compatível com prazo de amortização econômica, economia do imposto de renda (dedução de aluguéis e não imobilização de equipamento), aceleração de depreciação (gerando eficiência fiscal), dentre outros¹⁰.

Desde a promulgação da Lei do Real, todavia, o arrendamento mercantil passou a ser um excelente negócio também para pessoas físicas. O principal fator era a adoção da correção das parcelas pelo dólar. O dispositivo proporcionou até mesmo que, por vezes, as parcelas dos meses seguintes à vigência dos contratos fossem menores que as parcelas iniciais (em função, principalmente, de importações maiores que exportações e entrada de capitais especulativos, ao longo de todo o quadriênio 1994-1998).

⁵ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro – Produtos e Serviços*. 16ª. ed., 2006, p. 281.

⁶ Para as distinções entre leasing financeiro, operacional, “sale and lease back”, leasing imobiliário e operações sindicalizadas de leasing e outras qualificações, ver FORTUNA, *Mercado Financeiro – Produtos e Serviço*, *op. cit.*, pp. 283 a 290.

⁷ *Idem*.

⁸ Lei 7.132, de 12 de outubro de 1983.

⁹ Depoimento de Carlos Tafla, Diretor Executivo da Associação Brasileira de Empresas de Leasing.

¹⁰ FORTUNA, *Mercado Financeiro – Produtos e Serviço*, *op. cit.*, p. 281.

O que era um dispositivo legal extremamente favorável ao arrendamento mercantil mostrou-se, com a ruptura das bandas cambiais, um problema para o mercado. Os contratantes que em janeiro de 1999 eram parte em contratos de arrendamento mercantil com cláusulas de reajuste vinculadas ao dólar viram-se, em apenas 17 dias, expostos a uma alteração de parcelas que excedia os 70%. E esse era apenas o começo da crise.

A excepcionalidade criada pela Lei 8.880, de benemérita a vilã na mesma velocidade em que se alterava o câmbio, proporcionou considerável pânico nos galpões, fábricas e hangares em que se abrigavam bens de produção adquiridos por contratos com cláusula de reajuste ligada à variação cambial. Lares e garagens, nos quais se abrigavam veículos (bens precipuamente estudados no presente trabalho) adquiridos também por arrendamento mercantil, vivenciavam correspondente sentimento.

A solução para o problema (ao menos no ponto de vista do arrendatário) passava pela revisão dos contratos. Suas argumentações pautar-se-iam em elementos variados, como a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes ou a conformação de arranjos que desestimulassem a devolução em massa de veículos. A argumentação jurídica foi feita precipuamente em função dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Dispõe o CDC:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

(...)

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

A partir de 2003, com o início da vigência do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que substituiu o conjunto de normas de 1916, outros dispositivos legais muito provavelmente seriam invocados para orientar e justificar a revisão, pró-adquirente, dos contratos de arrendamento mercantil.

2.2 A ESCOLHA DA REVISÃO JUDICIAL

Uma vez tomada a decisão de pleitear¹¹ a revisão do contrato no Poder Judiciário, três amplos cenários se tornaram possíveis:

- Entendimento, pelo magistrado, de que o arrendatário aceitara a cláusula de variação cambial e, desta forma, arcara com os riscos do negócio, nada sendo possível alegar em seu favor. Suas opções diante de tal decisão seriam apenas as de devolver o bem ou adimplir regularmente as parcelas restantes.

- Estabelecimento, pelo representante do Poder Judiciário, de que o risco do negócio era exclusivamente da empresa de arrendamento mercantil, arrendadora, de tal sorte que esta deveria arcar sozinha com os prejuízos advindos da alta da moeda norte-americana¹². Nesse tipo de decisão os magistrados normalmente estabeleciam que um novo índice econômico, mais usualmente o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, deveria determinar os valores para a revisão das parcelas restantes para adimplemento dos contratos. Para as empresas de arrendamento mercantil restariam os prejuízos em relação a credores estrangeiros, os quais disponibilizaram elevados créditos, da ordem de milhões de dólares, às empresas de arrendamento mercantil, as quais, por sua vez, repartiam o montante em operações de varejo. Em função das entrevistas sabe-se que nenhuma empresa de arrendamento mercantil, necessariamente instituição financeiras¹³, pleiteiou revisão de seus contratos de créditos internacional.

- Entendimento de que nenhuma das decisões acima apontadas seria adequada. O correto era dividir os ônus da desvalorização cambial, metade a metade, entre arrendante e arrendatário.

¹¹ Majoritariamente de maneira individual, mas também através de várias ações civis públicas, como as propostas pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo (1ª. Vara Federal de S. Paulo. Processo n. 1.999.61.00.004437-1), pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais (23ª Vara Cível de Belo Horizonte. Processo n. 024.99.005.622) e pelo Ministério Público (RESP. 369744/SC Recurso especial número. 2001/0127597-7. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar.)

¹² A sujeição dos prejuízos decorrentes da alta do dólar exclusivamente às empresas de arrendamento mercantil era não raro formalmente justificada com duas importantes argumentações. A primeira é a de que o valor residual garantido, elemento característico fundamental da operação de arrendamento mercantil, era ficto em uma série de contratos (através de sua diluição ao longo das parcelas ou de atribuição final de valor irrisório). Indevida, pois, a utilização de recursos providos do exterior aplicada a contratos com indexação cambial, conforme disposto pela Lei 8.880/94 e sumulado pelo STJ através da Súmula 263 (posteriormente modificada pela súmula 293). A outra argumentação é a de que as instituições financeiras não conseguiriam provar que os recursos utilizados para viabilizar as operações de arrendamento mercantil de fato provieram de captações externas, condição também indispensável para a legalidade da prática de indexação cambial dos contratos, ainda conforme a Lei 8.880/94.

¹³ Art. 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

As decisões analisadas no trabalho não necessariamente explicitam, em suas fundamentações, análises de natureza econômica. Da fundamentação retórica e jurídico-principlológica, todavia, apreendem-se os elementos investigados. Como ilustração, o voto do relator na decisão do Superior Tribunal de Justiça que pacificou¹⁴ a compreensão do colegiado sobre o caso¹⁵:

“A desvalorização do real em relação ao dólar, em face da cláusula de indexação, acarreta onerosidade excessiva para o devedor, mas, salvo melhor juízo, não traz qualquer benefício ao credor, que apenas repassa para o financiador externo os reais adicionalmente necessários para pagar os dólares originariamente contratados. É preciso que isso fique claro: não se pode suprimir a cláusula de variação cambial em relação ao consumidor, sem transferir os respectivos efeitos para o arrendador, que é, no particular, intermediário de recursos externos. Quid, tendo em vista o artigo 6º da Lei nº 8.880, de 1994, cujo teor ‘é nula de pleno direito a contratação de reajustes vinculados à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas físicas e domiciliadas no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior’, aplicação da cláusula de reajuste vinculado à variação cambial parece ser de rigor, quando não se tratar de uma relação de consumo. Presente a relação de consumo — e tendo em vista o artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a revisão de cláusulas contratuais que se revelem excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes — pergunta-se: O risco próprio da cláusula de indexação cambial não excluiria a aplicação dessa norma legal? Se, a despeito da natureza da cláusula, o consumidor está protegido, qual a medida da onerosidade excessiva? O dimensionamento dessas questões exige que se esboce a conjuntura macroeconômica e como era percebida. As partes contavam com a estabilidade do real durante o prazo contratual. A longo prazo, sabia-se — a despeito da posição pública do Governo — que ela não subsistiria, porque comprometia nossa balança comercial. O papel governamental era esse mesmo, porque qualquer dúvida, a propósito, prejudicaria irremediavelmente a política econômica, toda atrelada à chamada âncora — o vocábulo diz tudo — cambial. A probabilidade de mudanças nesse âmbito, portanto, fazia parte do cenário, mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir)responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem. Tal é o regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte,

¹⁴ Para a completa reconstrução da postura do STJ sobre a revisão dos contratos de arrendamento mercantil, ver FREITAS Fº. *Cláusulas Gerais e Inferência nos Contratos: A Jurisprudência do STJ nos Contratos de Leasing*, op. cit., pp. 78 a 116.

¹⁵ Recurso Especial nº 473141.

impõe-se uma solução de equidade. O acórdão recorrido, data venia, errou ao aliviar o arrendador daquela parcela de onerosidade que poderia suportar, não excessiva, lesando gravemente o consumidor ao imputar-lhe integralmente os efeitos do fato superveniente”

A decisão do Superior Tribunal de Justiça determinou que os ônus advindos da alta do dólar, em casos de relação de consumo, deveriam ser divididos metade a metade, ou, para usar o termo do voto, equanimamente. Sua argumentação não dispõe de maneira expressa o cálculo de análise econômica do direito, ainda que, em termos jurídicos, faça referências a elementos que compõem o universo econômico. A menção sobre a percepção das partes em relação à conjuntura econômica, por exemplo, reflete as considerações da literatura sobre custos de aquisição de informação. Do mesmo modo, a literatura sobre oportunismo, também capaz de criar novos elementos para caracterização das partes (ao invés de considerá-las ambas, simplesmente, “(ir)responsáveis”), participou do convencimento do magistrado.

2.3 MÉTODOS USADOS NA INVESTIGAÇÃO DO CASO

Três foram as principais fontes para obtenção de dados para realização deste trabalho: i) entrevistas com representantes das empresas de arrendamento mercantil mais atingidas pela revisão dos contratos de arrendamento mercantil; ii) levantamento das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS, ou compiladas por entidades privadas e revistas jurídicas e iii) resumo mensal dos dados sobre o mercado de arrendamento mercantil, compilados pela Associação Brasileira das Empresas de Leasing – ABEL, de março de 1997 a julho de 2005.

A primeira fonte de dados contou com os depoimentos guiados por roteiro de entrevista dos representantes dos agentes do mercado de arrendamento mercantil. Foram entrevistadas oito instituições financeiras. A saber: Bradesco Leasing S/A Arrendamento Mercantil; Daimler Chrysler Leasing Arrendamento Mercantil S.A.; Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil; Santander Banespa Companhia de Arrendamento Mercantil; Unibanco Leasing S/A Arrendamento Mercantil; Banco General Motors; Banco Toyota do Brasil S.A.; Banco do Brasil Leasing S/A. Foram ainda entrevistados executivos das duas associações representativas do setor, a Associação Brasileira das Empresas de Leasing – ABEL e Associação Nacional das Empresas Financeiras das Montadoras – ANEF. O conteúdo das entrevistas era orientado por um questionário.¹⁶ O conteúdo das entrevistas distanciaram-se por vezes do roteiro, quer porque os agentes não tinham lembrança de detalhes perguntados (destacadamente sobre elementos quantitativos), quer porque suas percepções sobre o episódio extrapolavam qualquer previsão do roteiro.

¹⁶ Ver item 8, Anexo II – “Roteiro de Entrevistas”.

A segunda fonte de informações foi o levantamento de decisões judiciais. Tanto em caráter liminar como na análise de acórdãos, o levantamento jurisprudencial foi feito de maneira exaustiva no TJRS¹⁷. Do levantamento gaúcho foram obtidas mil duzentas e vinte e quatro (1224) decisões. No TJSP não há, diferentemente da primeira fonte, possibilidade de coleta exaustiva das decisões através de qualquer sistema (disponível na internet ou no próprio tribunal) de busca de jurisprudência por tema ou assunto¹⁸.

A escolha da coleta de dados desses dois tribunais, especificamente, objetivou investigar eventuais diferenças de sensibilidade aos argumentos formadores da retórica da decisão, bem como de seu caráter dispositivo, dada a visão generalizada de ser o TJRS mais defensor dos interesses dos consumidores¹⁹ enquanto que o TJSP seria colegiado de maior conservadorismo.

No TJSP os desembargadores escolhem quais decisões devem ser dispostas ao público através de acesso eletrônico e quais não deverão ser tornadas públicas através dos sistemas de busca de jurisprudência. Dado, portanto, o caráter enviesado da amostra disponível pela busca simples de jurisprudência, optou-se, no TJSP, por fazer uma busca pelo nome das partes dos processos (o acesso a tal recurso permite a análise da totalidade dos dados, exaustivamente, não passando por qualquer critério de seleção, como acontece com o acervo de consulta por tema ou palavra chave). Para a obtenção de um número adequado de ementas para ser submetido a análises estatísticas, foram pesquisadas todas as decisões de duas empresas de arrendamento mercantil (Fiat Leasing e Safra Leasing) e cerca de setenta por cento das ementas de uma terceira (BCN Arrendamento Mercantil S.A.), todas elas, à época, destacadamente atingidas pela revisão dos contratos. Das decisões analisadas, (aproximadamente cinco mil no total, sendo que desse montante, mil setecentas e oito (1.708) eram do Fiat Leasing, mil duzentas e vinte e seis (1.226) do Safra Leasing e duas mil, quatrocentas e noventa e uma (2.491) do BCN Leasing), apenas quatrocentas e oitenta e uma (481) referiam-se ao episódio de revisão dos contratos de arrendamento mercantil ocasionados pela alta da moeda norte-americana.

Todas as decisões judiciais foram compiladas e tabuladas, de acordo com o seu teor, seguindo orientação da tipologia ideal acima mencionada, que divide as possibilidades de

¹⁷ Segundo informação constante do sítio do próprio TJRS. Do mesmo modo, investigações no Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG e no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ são passíveis de serem feitas exaustivamente, pois todas as decisões (desde os anos 2000 e 1996, respectivamente) são dispostas na base de buscas. As informações foram prestadas por Verônica Paiva Leal (bibliotecária - TJMG) e Rita de Matta (técnica judiciária - TJRJ).

¹⁸ Informação fornecida por Maria Del Carmen Alvarez (escrevente-chefe – TJSP).

¹⁹ Entre outras razões, pela força do movimento do “Direito Alternativo”, consideravelmente difundido no meio gaúcho. Ver, entre outros, CARVALHO, Amílton Bueno. *Direito Alternativo: Teoria e Prática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

decisão em i) contrárias aos arrendatários (e favoráveis às instituições financeiras), ii) contrárias aos arrendadores (e favoráveis aos adquirentes de veículos) e iii) “salomônicas”. Foram ainda divididas entre decisões liminares e definitivas.

Outras importantes fontes qualitativas de decisões, (não inseridas nas estatísticas realizadas por este estudo, tendo sido consideradas apenas para formulação de seus aspectos teóricos qualitativos) foram a análise exaustiva de todas as edições, de janeiro de 1999 a janeiro de 2005, dos periódicos Revista dos Tribunais, Revista de Direito do Consumidor e Revista de Direito Mercantil, bem como pela compilação, em três volumes, de decisões fornecidas pela Associação Brasileira das Empresas de Leasing – ABEL.

A terceira fonte de dados foram os informativos mensais da ABEL. Os informativos contêm muitas informações, dentre as quais destacam-se novos negócios realizados, total acumulado por tipo de indexador, evolução do valor presente das carteiras, arrendamento a receber por setor de atividade e por tipos de bens, frota de arrendados e diferenciação dos negócios para pessoas físicas e jurídicas. Os relatórios não contam com os dados de todas as empresas do mercado. Todavia, dentre as associadas da ABEL sempre estiveram as dez maiores arrendadoras do Brasil, cujas atividades normalmente respondem por noventa e noventa e cinco por cento dos negócios, em volume de contratos e em montante de recursos. Seus dados pertencem aos informativos analisados.

Além dos dados puros (coletados exclusivamente pela autora, com o imprescindível auxílio do acadêmico da FDUSP Henrique Vincentim Lisboa) e da apresentação de correlações simples entre os dados (executadas graficamente com os cuidados exclusivos da autora), é apresentado neste trabalho, de forma absolutamente resumida, estudo estatístico de maior complexidade, qual seja a estipulação da correlação do comportamento do mercado de arrendamento mercantil para veículos com a) as variações do dólar; b) do imposto sobre operações financeiras²⁰ - IOF e c) do volume das decisões judiciais proferidas sobre revisão dos contratos de arrendamento mercantil, em função da alta do dólar em 1999. O estudo foi realizado através do Centro de Estatística Aplicada - CEA, núcleo de auxílio à comunidade, pertencente ao Departamento de Estatística, do Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo (IME-USP), o qual executa, gratuitamente, através de duplas ou trios de alunos formandos no curso de Estatística, orientados por professor da casa, as análises de pesquisadores de qualquer área científica e até mesmo projetos não vinculados a instituições educacionais. O projeto²¹ foi executado por Edilene Freire Nascimento Gomes, Karen Elisa do Vale Nogueira, sob a orientação da Professora Clélia Maria de Castro Tolo.

²⁰ Tecnicamente, Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio ou Seguro.

²¹ Referimo-nos à ordem cronológica de execução, ainda que no texto a ordem de suas aparições se inverta.

3. O NEO-INSTITUCIONALISMO APLICADO AO CASO

De acordo com a escola Neo-Institucional, os contratos podem ser vistos ora como um processo de nível micro, em que indivíduos privados ou grupos barganham sobre direitos, ora como um processo macro, em que não só indivíduos e grupos barganham, mas são esses acompanhados de políticos, burocratas, juízes e outros atores que podem interferir nos parâmetros sobre os quais se estabelecem as estruturas sociais, legais e econômicas²². A percepção dual sobre os contratos reflete uma percepção maior, sobre a própria estrutura do Neo-Institucionalismo enquanto teoria. A referência aqui é à divisão entre ambiente institucional e arranjo institucional. Por ambiente institucional tem-se o conjunto de fundamentos políticos, sociais e legais que estabelecem as bases de produção e distribuição. Por arranjo institucional tem-se a estrutura entre unidades econômicas que governam as maneiras pelas quais tais unidades podem cooperar ou competir.²³

O caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil promove reflexões pertinentes tanto à matéria de ambientes institucionais quanto à de arranjos institucionais. A imputação de conteúdo específico à decisão de um magistrado tipo-ideal filiado a determinada corrente de pensamento não é igualmente abrangido pelas duas vertentes do Neo-Institucionalismo. Enquanto as linhas que estudam os arranjos institucionais primam pelas dimensões privadas de executoriedade dos contratos, os autores preocupados com a estrutura dos ambientes institucionais são capazes de oferecer subsídios para a caracterização de um Juiz Douglas propriamente dito.

Para que a construção teórica Neo-Institucional não seja fragmentada, optou-se neste trabalho por inserir as duas dimensões teóricas. Outrossim, expressar-se-á de tal maneira retratação mais fidedigna da realidade observada para o caso analisado, dada a primazia dos esforços privados para obtenção de uma solução para o caso, o que pode ser comprovado pelo conteúdo das entrevistas com os agentes do mercado, os quais afirmam que cerca de noventa por cento (90%) dos contratos de arrendamento mercantil celebrados com cláusulas de reajuste de paridade cambial e que sofreram os reflexos da desvalorização cambial de 1999 foram negociados entre os próprios contratantes. O comportamento mais usual foi o de estabelecimento de prazos mais longos para adimplemento regular do saldo devedor, fixando-os, por exemplo, como o valor da última prestação antes do aumento do dólar. Há registros também de empresas de arrendamento mercantil que concederam perdão parcial dos montantes, bem como estipulação de um valor fictício de dólar para efeito de

²² LIBECAP, Gary D. *Contracting for Property Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989, citado por MERCURO e MEDEMA. *Economics and the Law – from Posner to Post-modernism op. cit.*

²³ Cf. WILLIAMSON, Oliver. “The Evolving Science of Organization” in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149, March 1993, p. 53 e NORTH, Douglass e DAVIS, Lance E. *Institutional Change and American Economic Growth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, pp. 6 e 7. Citado também por MERCURO e MEDEMA. *Economics and the Law – from Posner to Post-modernism op. cit.* p. 132.

cálculo das parcelas vincendas²⁴. A prevalência da solução privada dos conflitos é ainda reforçada pelos relatos de que, dos residuais 10% das demandas que foram apresentadas ao Poder Judiciário, cerca de três quartos não chegaram a receber decisão de mérito. Do total de contratos de arrendamento mercantil com cláusulas de reajuste associadas ao dólar, apenas de 2% a 3%, segundo os relatos do agentes do mercado, obtiveram solução definitiva dada pelo Poder Judiciário. Durante o período de trâmite processual, antes de ser proferida decisão de mérito sobre a revisão dos contratos, os próprios agentes estabeleciam novas condições de repactuação através de métodos privados.

A constatação de subsidiariedade, em termos absolutos, do acesso das partes ao Poder Judiciário, e por ele da resolução de conflitos, não é privilégio do caso estudado²⁵. Independentemente, todavia, da menor relevância quantitativa das ações judiciais e do uso público de solução dos conflitos, sua importância é absoluta para as preocupações jurídicas, bem como para a Teoria Neo-Institucional preponderantemente preocupada com os arranjos institucionais nos quais se desenvolvem os contratos e que interferem no funcionamento e organização sociais.

A estrutura do presente capítulo reproduzirá a divisão teórica e empiricamente observada, acima explicitada. Para a caracterização das tratativas que primam pelas dimensões privadas e pelos arranjos institucionais, o texto será orientado pelas percepções de Oliver Williamson, expoente da linha Neo-Institucional denominada Economia dos Custos de Transação. Para a caracterização do Juiz Douglas e de sua atividade propriamente judicante, teremos delineamento dado pelos trabalhos de Douglass North, autor que não se preocupa apenas com os aspectos do ambiente institucional, mas que o faz significativamente.

²⁴ Nesse sentido, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, firmado entre o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e as empresas membras da Associação Nacional das Financiadoras de Montadoras – ANEF, em 30 de abril de 1999, de cujo corpo extrai-se o seguinte excerto: “toma-se como base o valor em Reais das prestações dos últimos quatro meses, apurado pela aplicação da taxa referencial de R\$1,23/US\$1,00 estabelecida no TERMO I, sobre o valor das prestações mensais originalmente contratado em dólares norte-americanos; divide-se este valor em Reais pela cotação PTAX do dólar norte-americano para o dia 30.04.99 (R\$1,6676/US\$1,00); determina-se, assim, nova quantidade de dólares norte-americanos a ser paga mensalmente pelo ARRENDATÁRIO; encontrado tal valor em dólares norte-americanos, o ARRENDATÁRIO deverá efetuar os seus respectivos pagamentos, multiplicando a nova quantidade de dólares norte-americanos assim obtida, pela taxa de câmbio do dia do pagamento, conforme definido em contrato. As diferenças apuradas relativamente ao valor devido, conforme previsto em contrato, decorrentes da adoção dos TERMOS I e II, serão incorporadas ao saldo devedor do contrato, alongando-se o prazo originalmente previsto pelo tempo necessário para permitir a liquidação do saldo devedor, respeitando-se o valor da prestação mensal em dólares norte-americanos, recalculada conforme estabelecido no parágrafo anterior deste TERMO II.”

²⁵ Cf. MACAULAY, Stewart. “Non-contractual relations in business”, in *American Sociological Review*, 28. 1963.

A consideração da especificidade do ativo unida às concepções de racionalidade limitada e comportamento oportunista compõem a base tríplice das considerações de Oliver Williamson sobre um universo em que planejar é necessariamente incompleto (em função da racionalidade limitada), as promessas provavelmente serão quebradas (em função do oportunismo) e a identidade das partes interessa (em função da especificidade dos ativos).²⁶ Assumindo que a coerção estatal é problemática e cara, seus esforços se concentram em estabelecer os mecanismos de solução privada dos conflitos que emergem dos contratos e estruturar relações de modo a atenuar potenciais litígios²⁷. Em função do objeto do texto investigar um litígio que já ocorreu, o texto se concentra na análise do primeiro desses objetivos.

Por que se cumpre um contrato por razões outras que não coação estatal? Aspectos históricos e moral-éticos certamente fundamentam inúmeras respostas. Todavia, sob racionalidade estritamente econômica, diz-se que haverá adimplemento regular do contrato apenas se os prejuízos de sua ruptura excederem os possíveis benefícios de seu adimplemento regular.

A possibilidade de sofrerem diferentes graus de prejuízo estimula, proporcionalmente, os contratantes a adimplirem (ou não), suas obrigações, caracterizando a chamada amplitude de auto-regulação do contrato²⁸. A possibilidade de que contratantes se baseiem em mecanismos privados para o adimplemento dos contratos existe em função da especificidade do objeto contratual, ou, para usar terminologia própria da literatura de análise econômica, da especificidade dos ativos envolvidos na relação²⁹.

Especificidade do ativo é termo que expressa a peculiaridade de um investimento que não pode ser transferido para usos alternativos ou agentes diversos sem que haja perda de seu valor³⁰. É exemplificado, no caso analisado, como o crédito das empresas de arrendamento mercantil com seus financiadores internacionais, bem como a estrutura de arrendamento das empresas com seus clientes, pessoas físicas ou jurídicas.

Ao invés de permitir que o Poder Judiciário decida sobre comportamentos oportunistas que emergem de lacunas contratuais, as partes podem, dependendo da especificidade de ativos envolvida na relação, servirem-se de mecanismos privados que imponham solução a restabelecer o entendimento inicial do contrato, a despeito de suas

²⁶ WILLIAMSON. *The Economic Institutions of Capitalism*, p. 32.

²⁷ Idem, p. 29.

²⁸ Originalmente em língua inglesa, “self-enforcement range”. Cf. KLEIN, Benjamin. “Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Assuring Performance” in WERIN, Lars e WIJKANDER, Hans. *Contract Economics*. Oxford (UK) e Cambridge (USA), Blackwell, 1992.

²⁹ Cf. WILLIAMSON. *The Economic Institutions of Capitalism — Firms, Markets, Relational Contracts*, *op. cit.*

³⁰ Cf. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, *op. cit.*, p. 377.

lacunas. Tal imposição privada baseia-se, teoricamente³¹, em duas partes. A primeira delas, menos relevante para o caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil, é a imposição de perdas futuras decorrentes do fim da relação com o contratante. Caso existam investimentos específicos que, justamente em função de sua especificidade, não são igualmente aproveitáveis para outras relações, tanto o fim da relação contratual ou sua não renovação futura implicarão perdas de capital correspondentes aos investimentos feitos para diferenciar o ativo. A segunda delas, de total interesse para a análise aqui feita, refere-se à perda de reputação do contratante oportunista no mercado. Sua má reputação fará com que futuros contratantes sopesem sua conduta pregressa para avaliar sua confiabilidade no estabelecimento de uma nova relação contratual. Outrossim, preocupar-se-ão em resguardarem-se a si próprios, incorrendo em custos de transação que busquem minorar lacunas contratuais ensejadoras de comportamentos oportunistas. Encarecem, assim, a transação.

As formas contratuais descontínua ou relacional estão também profundamente associadas ao uso de mecanismos privados como meios garantidores da execução dos contratos. O tipo ideal de um contrato descontínuo, cujas principais características são irrelevância dos agentes da transação (impessoalidade), ausência de tratativas pré-contratuais ou expectativas pós-contratuais (presentificação) e presunção de livre estabelecimento das cláusulas contratuais pelas partes (mútuo consentimento)³², opõe-se ao tipo ideal de um contrato relacional, cujas principais características, por sua vez, são a impossibilidade de especificação de todos os elementos que comporão a execução futura do contrato no momento de sua formalização inicial, o reconhecimento de que as contingências futuras exigirão ajustes nos contratos e o estabelecimento de processos institucionais que promovam tais ajustes durante o curso da execução contratual.

O relacionamento estabelecido entre as empresas de arrendamento mercantil e os credores internacionais foi majoritariamente descrito, pelas entrevistas realizadas, como de tipo relacional. Outrossim, verifica-se a presença de alta especificidade de ativos e a percepção de que quanto maior for a reputação em risco, maior o estímulo para que os mecanismos privados imponham uma solução à controvérsia. Correspondentemente, maior também será a amplitude da auto-executoriedade do contrato.

³¹ Cf. KLEIN, *op. cit.*, p. 155 e ss.

³² Cf. MACEDO Jr, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, São Paulo, Max Limonad, 1998. Da tipologia elaborada pelo autor a partir da distinção originalmente proposta por Macneil, excluímos do texto, preferindo mencionar apenas em nota de rodapé, o quarto elemento caracterizador do contrato descontínuo, qual seja, a presunção de que os contratantes pautam-se em condutas essencialmente egoístas, por ser este um pressuposto de Oliver Williamson para quaisquer agentes, em quaisquer contratos. Conforme KLEIN, *op. cit.*, p. 158: “(...) engaging in a ‘hold-up’ does not imply, as Williamson’s discussion would suggest, that the transactor is ‘immoral’. It merely implies that an unanticipated event has placed the relationship outside ‘the self-enforcing range’ – where even an average transactor would not perform.”

Analisar-se cada uma das relações contratuais estabelecidas no caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil. A primeira delas é a relação entre as empresas de arrendamento mercantil e seus fornecedores de crédito internacionais. Nesse caso, a teoria aponta para a prevalência da imposição privada da solução da controvérsia em função da especificidade dos ativos. Em concordância a tal assunção, aponta-se unanimidade das empresas de arrendamento mercantil entrevistadas em afirmar que os eventuais prejuízos decorrentes da alteração cambial foram provisionados e pagos de acordo com o originalmente pactuado, sem qualquer interferência em função da desvalorização cambial brasileira ou do inadimplemento dos arrendatários de veículos. A lógica que explica essa situação é a de que, mesmo que as alterações cambiais tenham gerado ônus para as empresas de arrendamento mercantil, a importância de elas manterem boas relações com as financiadoras internacionais que provisionam seu principal bem de comércio, o crédito, é maior que o eventual benefício de uma ruptura contratual. Caso as empresas de arrendamento mercantil pleiteassem algum tipo de revisão judicial, e, em função disso, indisputassem-se com as financiadoras internacionais, como poderiam obter recursos para a manutenção de suas atividades no médio e longo prazos? A resposta Neo-Institucionalista é a de que não obteriam. Tem-se, portanto, a caracterização de que os estímulos próprios das relações de mercado são muito fortes e impelem a instituição financeira a adimplir o contrato da maneira como acordado, independentemente da eventual liberalidade normativa estatal para que se procedesse de maneira diversa (as empresas de arrendamento mercantil poderiam pleitear revisão de seus contratos de crédito internacional). No caso analisado a situação é ainda agravada porque normalmente as empresas de arrendamento mercantil são vinculadas a conglomerados financeiros, os quais servem-se de linhas de crédito internacional que fornecem recursos não apenas aos segmentos de arrendamento mercantil, mas também às outras empresas dos grupos aos quais pertencem. Qualquer postura da empresa de arrendamento mercantil é representada, pois, como postura de todo o conglomerado ao qual pertence.

A relação entre empresas de arrendamento mercantil e arrendatários pessoas jurídicas também preserva considerável dimensão de especificidade de ativos e caráter relacional dos contratos, que impelem grandemente a soluções privadas. Pessoas jurídicas podem ter mais estímulos para adimplir os contratos de arrendamento mercantil com cláusula de paridade cambial ao dólar em função de seu relacionamento duradouro com a empresa de arrendamento mercantil, ou ainda com outra instituição financeira da qual faça parte, como controlada, a primeira. A necessidade de revisão dos contratos de arrendamento mercantil não deverá por fim à relação mantida pelas partes, senão que apenas representar um incidente dentre vários outros que se estabelecerão ao longo do tempo e da manutenção de suas relações. Os objetos de transação entre as pessoas jurídicas e as instituições financeiras em geral representam uma gama variada de ativos específicos, representados não só por linhas de crédito de arrendamento mercantil, mas por todas as

outras modalidades de financiamento bancário e prestação de serviços: do cheque especial ao pagamento de funcionários. Por outro lado, ainda em função da especificidade dos ativos, é interesse da instituição financeira propor uma repactuação com a pessoa jurídica e, com isso, mantê-la sua cliente. Tem-se, portanto, que é interesse da arrendatária pessoa jurídica pagar pelo arrendamento, bem como é interesse da arrendadora proporcionar as melhores condições que puder para que tal de fato aconteça. Em concordância com tal argumentação extrai-se das entrevistas com as empresas de arrendamento mercantil o fato de que poucas pessoas jurídicas, em comparação com o número proporcional de pessoas físicas, procuraram rever extra-judicialmente seus contratos de arrendamento mercantil em função da alta do dólar. Por outro lado, exprime-se também que as pessoas jurídicas que procuraram as empresas de arrendamento mercantil tiveram melhores condições de repactuação que físicas.

O relacionamento entre empresas de arrendamento mercantil e arrendatários pessoas físicas é consideravelmente mais complexo que os outros dois anteriores. Ao mesmo tempo em que os agentes mantêm outras relações com os conglomerados dos quais fazem parte as empresas de arrendamento mercantil, (o que poderia ensejar, tal como acontece com as pessoas jurídicas, a busca de manutenção do bom relacionamento e da reputação), sua representatividade para os bons negócios da instituição financeira é muito pequena. Em outros termos, tem-se que a especificidade dos ativos que as instituições financeiras têm a oferecer a seus clientes pessoas físicas, assim como estes àqueles, é menor que a encontrada nos dois casos anteriores. Os agentes podem transferir os ativos que compõem suas transações (demanda e oferta de financiamento para as empresas de arrendamento mercantil e demanda e oferta de serviços bancários, quando se expande a figura da empresa de arrendamento mercantil aos conglomerados de que normalmente fazem parte) sem perdas tão significativas. Isso é comprovado pela identificação de que a maior parte das demandas judiciais foi movida por pessoas físicas, bem como pela identificação de que a maioria das empresas de arrendamento mercantil convocou seus clientes pessoas físicas através de mala direta ou anúncios de jornal para estipularem revisão extra-judicial de seus contratos, ainda que em termos menos vantajosos que os oferecidos a pessoas jurídicas.

Os efeitos reputacionais gerados pela postura de recusa das negociações privadas e subsequente promoção de demandas judiciais, foram identificados nas entrevistas em particularmente duas interessantes ocasiões. A primeira delas foi a postura de restringir linhas de crédito a contratantes que tenham formação jurídica. Segundo o entrevistado, advogados que pleiteiam em causa própria foram, no caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil, (e ainda hoje, para outras circunstâncias de financiamento), fonte de muitas das demandas para revisão de contratos. Em função disto, um dos entrevistados aponta existir, na instituição financeira na qual trabalha, o costume não explicitamente

formalizado de preferir a quaisquer outros, ou mesmo recusar, financiamentos para advogados e outros profissionais jurídicos.

O segundo episódio refere-se ao fim de qualquer relacionamento da instituição financeira bancária cujo grupo era também detentor da empresa de arrendamento mercantil com o consumidor pessoa física que propusesse revisão judicial de seus contratos de arrendamento mercantil. Quaisquer agentes que tenham postulado judicialmente contra a empresa de arrendamento mercantil eram desligados de quaisquer relacionamentos com quaisquer membros do grupo econômico, promovendo inclusive o cancelamento de simples contas-correntes.

Como visto, a amplitude da exequoriedade privada dos contratos é variável, mostrando-se muito eficiente, por exemplo, para as relações entre as empresas de arrendamento mercantil e os fornecedores de crédito do exterior. Menos eficiente é para a relação entre as empresas de arrendamento mercantil e os consumidores pessoas físicas, cujo comportamento nos convida a analisar a estrutura institucional pública garantidora da execução dos contratos.

Para Douglass North, o desempenho econômico é variável que depende das instituições e das organizações. Instituições são o legado de constrangimento que modelam a interação humana. Organizações, as próprias interações que se desenvolvem em dada estrutura institucional. Segundo a esportiva analogia que criou North, tratam-se, respectivamente, de “as regras do jogo de uma sociedade” e “os jogadores”³³.

Instituições existem para minorar os custos de transação envolvidos nas relações de troca.³⁴ Os custos de transação serão minorados em razão inversa à força das instituições onde se realizam as transações. Depreende-se de tal disposição que ambientes institucionais pouco estruturados estimularão a existências de trocas muito simples. Para que haja trocas complexas, todavia, serão necessários mecanismos institucionais que induzam as partes a transacionarem, mantendo-as mais protegidas do oportunismo, incompletude dos contratos, direitos de propriedade mal definidos e outros custos de transação³⁵.

No caso analisado, os custos de transação representam especialmente os custos incorridos no processo de garantir a exequoriedade dos contratos. A instituição cuja força será determinante para o estímulo ou desestímulo de tais transações, também no caso analisado, é o Poder Judiciário.

³³ NORTH. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, op. cit. pp. 3 a 5.

³⁴ Idem, p. 243.

³⁵ Ibidem.

Como exemplo de tal manifestação no caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil, temos o excerto abaixo. Trocando-se a menção “filosófica” por “econômica”, sua concepção é precisamente a do Juiz Douglas:

*“Somente um enfoque de interpretação paternalista poderia agasalhar pleito desta natureza [o estabelecimento de outro índice para reajuste, que não o dólar], mas, até por questões de ordem filosóficas, não nos parece o melhor caminho, porque as decisões judiciais também têm fins educativos que nem sem pré são atingidos quando se pende para a proteção paternalista”.*³⁶

A partir da matriz teórica ilustrada pelo pensamento de North, podemos encontrar variados exemplos de manifestações nacionais, que apontam o crescimento brasileiro como um fator dependente de maior capacidade do Poder Judiciário em fazer com que os contratos sejam cumpridos. Isso pode ser exemplificativamente mostrado através dos excertos abaixo³⁷. Os dois primeiros deles foram retirados de documentos públicos, produzidos pelo Banco Central e Ministério da Fazenda, respectivamente.

*“Este texto procura contribuir para o entendimento da complexa relação entre o mercado de crédito e o sistema judicial no Brasil. O custo do crédito ao tomador é associado à elevada taxa de inadimplência bancária, à má qualidade das garantias contratuais e à morosidade e alto custo da recuperação por meios judiciais. Em conseqüência da incapacidade do sistema judicial em assegurar a recuperação rápida e integral dos empréstimos inadimplidos, o conjunto da sociedade arca com um aumento do prêmio de risco embutido no spread e com uma menor oferta de recursos. (...) A ampliação da segurança jurídica é um aspecto fundamental. As leis que regem os contratos de crédito devem ser claras e objetivas e sua cobrança ou renegociação judicial deve ser ágil e eficiente, permitindo que os credores mitiguem as perdas associadas à insolvência. Um sistema judiciário ineficaz ou pró-devedor estimula a inadimplência e inibe a atividade creditícia, induzindo as instituições financeiras a maior rigor na seleção de seus clientes e pressionando o prêmio de risco exigido do conjunto de tomadores”.*³⁸

“Resolução de disputas eficiente garante que o processo de adimplemento contratual seja rápido e desprovido de custos adicionais elevados para as partes. Se as estrutura legal e

³⁶ 8ª. Vara Cível de Santos, processo n. 741/99, Juiz de Direito: Dário Gayoso Júnior.

³⁷ Para outras fontes de semelhante conteúdo ver ARIDA, BACHA e LARA-RESENDE. “Credit, Interest and jurisdictional uncertainty: Conjectures on the case of Brazil”, *op. cit.* e BARRO, Robert. J. “Economic Growth in a Cross Section of Countries”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, n. 2, maio, 1991

³⁸ FACHADA, Paulo, FIGUEIREDO, Luiz Fernando e LUNDBERG, Eduardo. “Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil”. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil – número 35 – março de 2003.

institucional que coordenam esse mecanismo indica um processo moroso e caro, aberto à procrastinação pelas partes, a expectativa de custo das transações aumentará. Esse aumento de custos será pago pelas empresas e pelos consumidores, levando a diminuições na produção e geração de empregos, bem como a distorções nas alocações de recursos, através, por exemplo, de altos gastos com departamento jurídico ao invés de investimentos na capacidade produtiva da empresa.”³⁹

“A não-neutralidade do magistrado tem duas consequências negativas importantes do ponto de vista da Economia. Primeiro, os contratos se tornam incertos, pois podem ou não ser respeitados pelos magistrados, dependendo da forma com que ele encare a não-neutralidade e a posição relativa das partes. Isso significa que as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente ‘vale o escrito’, o que faz com que se introduzam prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral. Segundo, ainda que, como colocado na pesquisa de Vianna et. Al. (1996), a magistratura não esteja ‘comprometida com a representação de interesses’, a não neutralidade do magistrado significa que ele se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população: entre o inquilino e o senhorio, ele se inclina a favor do primeiro; entre o banco e o devedor, ele tende a ficar com o último, e assim por diante. Isso faz com que, nos casos em que essa não-neutralidade é clara e sistemática, esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente penalizados com prêmios de risco (isto é, preços) mais altos, ou então apenas alijados do mercado, pois a outra parte sabe que o dito e assinado na hora do contrato dificilmente será respeitado pelo magistrado, que buscará redefinir ex post os termos da troca contratada. Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado busca favorecer que se tornam as mais prejudicadas por essa não neutralidade.”⁴⁰

Especificamente sobre o caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil, temos ainda:

“Como explicar então o acolhimento pelo Judiciário de pretensão fundada na Lei do Consumidor, notadamente o art. 6º, V, quando o fato superveniente fugia ao controle de qualquer das partes e atingia ambas igualmente. Como supor que o equilíbrio entre as prestações se alterara se ambos, arrendador e arrendatário, sofriam o impacto da variação cambial?

³⁹ “Aperfeiçoamento Institucional e Crescimento de Longo Prazo.” Ministério da Fazenda. Dezembro de 2004, pp. 77 e 78 [Traduzido livremente a partir de versão em inglês].

⁴⁰ CASTELAR, Armando. “Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil” in *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (orgs), *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*, op. cit.. No mesmo sentido, “Credit, Interest and jurisdictional uncertainty: Conjectures on the case of Brazil”, op. cit.

Não deve ter passado pela mente que impor insegurança às instituições financeiras, além da normalmente incidente sobre seus negócios, o risco de crédito poderia representar dispersar sobre o conjunto da sociedade o risco de alguns. (...)

A avaliação dos administradores de instituições financeiras está presa à qualidade dos créditos que aprovem e até a dissociação entre os que captam solicitantes de recursos e os que os aprovam visando a redução dos riscos. Os cuidados com a observância de regras prudenciais na administração de recursos de terceiros não foge ao padrão do homem diligente e honesto e visa oferecer aos poupadores a segurança para situações de redução de renda.

Se se prejudicar poupadores, os que deixam parte de sua renda acumular para consumo futuro, e que são aqueles agentes junto aos quais as instituições financeiras captam os recursos que são por elas reciclados nos empréstimos que concedem, deixam de receber as aplicações, perdem o estímulo para poupar. Sem poupança fica difícil fazer investimentos e, sem investimentos, não serão criados postos de trabalho, faltarão produtos e serviços, com o que, fatalmente, o bem-estar geral ficará prejudicado.”⁴¹

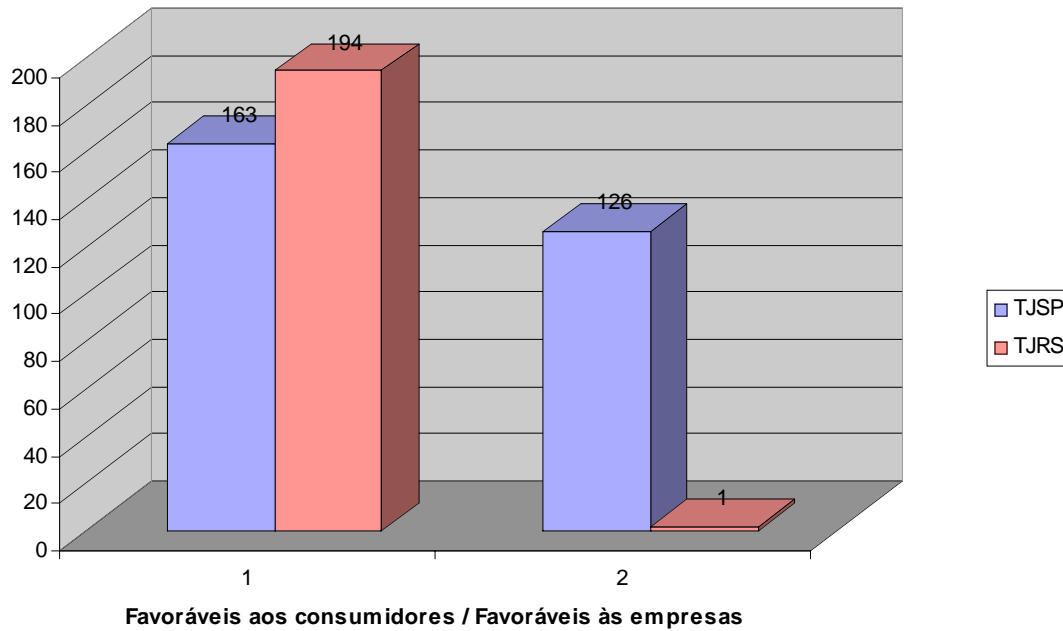
A percepção de que a falta de um ambiente institucional garantidor do adimplemento regular dos contratos geraria diminuição de recursos destinados a tais atividades foi verificada nas entrevistas com os executivos das empresas de arrendamento mercantil. Sua mais interessante menção se refere especificamente à segregação de investimentos em função das unidades federativas cujas jurisdições fossem mais ou menos favoráveis a uma solução pró-consumidor.

As tabelas abaixo mostram a variação do posicionamento jurídico entre o TJSP e o TJRS em relação ao caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil, tanto nas decisões liminares como nas sentenças⁴². Foram excluídas as decisões salomônicas, pois numericamente insignificantes.

⁴¹ SZTAJN, Rachel. “Notas em Matéria de Leasing Cambial”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 120, out-nov, 2000.

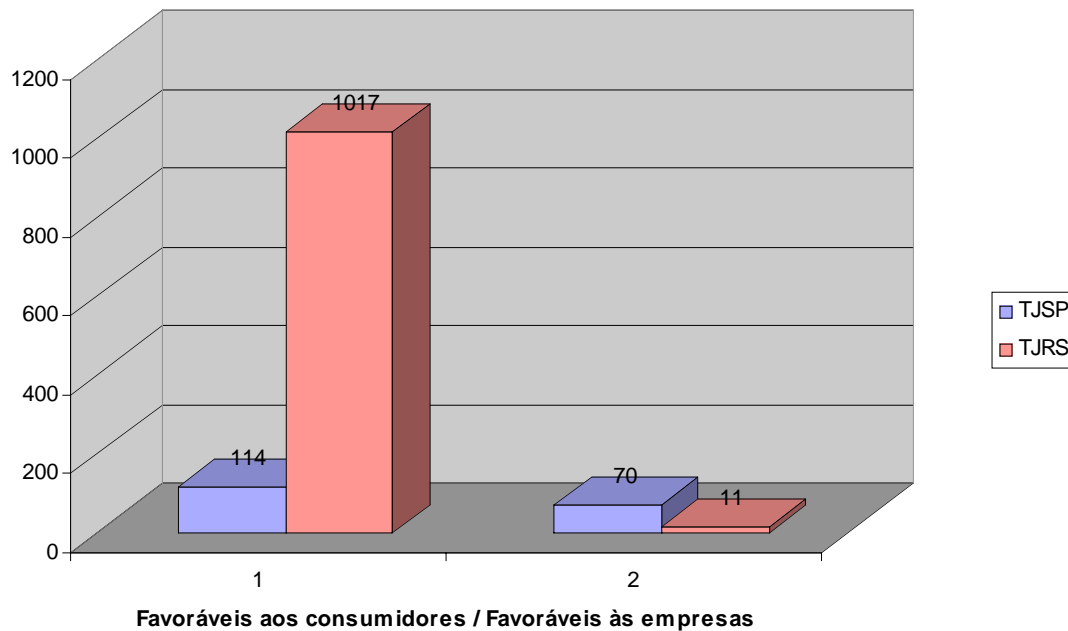
⁴² Para outros estudos quantitativos sobre o Poder Judiciário brasileiro, ainda que com enfoques diversos, ver REZENDE, Christiane Leles. *Pacta Sunt Servanda? O Caso dos Contratos de Soja Verde.*, projeto de doutoramento da Faculdade de Econômica, Administração e Contabilidade da Universidade de S. Paulo, FEA-USP, apresentado no seminário PENSA de 25 de abril de 2006, FERRÃO, Brisa; RIBEIRO, Ivan. Os Juízes Brasileiros Favorecem A Parte Mais Fraca ? X Latin American and Caribbean Law and Economics Conference, 2006. Disponível [on-line] em <http://www.utdt.edu/~alacde/Papers/Paper16.pdf> [29/06/2006].

Decisões Liminares Proferidas em Segunda Instância



Ainda que sutilmente mais propensa à manutenção do dólar como índice de reajuste dos contratos, verifica-se razoável divisão da jurisprudência paulista. A jurisprudência gaúcha, por sua vez, foi quase unanimemente favorável à exclusão do dólar (e estabelecimento de outro índice, na maioria das vezes o INPC, do IBGE) para revisão das parcelas restantes dos contratos.

Decisões Definitivas Proferidas em Segunda Instância



A manifestação dos Tribunais em caráter definitivo reproduziu as observações feitas em caráter liminar, mantendo-se o TJSP sutilmente mais favorável aos consumidores e à revisão dos contratos, ao passo que o TJRS mostrou-se favorável às empresas em cerca de apenas 1% dos casos.

Em função da absoluta prevalência das decisões favoráveis aos consumidores no Rio Grande do Sul, e em concordância com a percepção teórica de North, um dos representantes de empresa de arrendamento mercantil alegou terem sido suspensos, por seis meses, novos contratos naquele Estado.

A postura do Juiz Douglas reproduz a percepção do episódio de restrição de novos contratos ao Rio Grande do Sul. Enquanto um juiz não orientado pelas premissas neo-institucionalistas pode imaginar que beneficia o consumidor aliviando-o das parcelas corrigidas em dólar, o Juiz Douglas considera que tal postura representa prejuízos para todos os outros consumidores. A postura do Juiz Neo-Institucionalista deve ser a de criar um ambiente com intuições (Poder Judiciário) confiáveis, que promovam a redução dos custos de transação, estimulando a que os agentes do mercado, assim, incorram nos riscos de fazerem trocas complexas. A credibilidade institucional faz com que esses riscos, inerentes a qualquer transação, mas de intensidade variável, sejam considerados menos relevantes no local em que as instituições são fortes. A decisão do Juiz Neo-

Institucionalista deve ser, portanto, a de obrigatoriedade do adimplemento regular do contrato, com a manutenção dos índices originalmente pactuados.

6.2 CONTRA O JUIZ DOUGLAS

“À primeira vista, o sucesso da China em atrair o capital estrangeiro é um enigma. Afinal, os investidores tradicionalmente têm mostrado pouca segurança nesse país. A China não dispõe de uma tradição legal sólida. Depois de 1976, o sistema teve de ser reconstruído do nada, e as novas leis não apareciam como proteção confiável contra os ‘assaltos’ das autoridades sobre os direitos da propriedade estrangeira. Independente de quais fossem os direitos legais de propriedade, era necessário o suporte oficial para se ter acesso a insumos controlados pelo Estado, como eletricidade, comércio externo ou transporte ferroviário(...) Depois da crise política causada pelos eventos de Tiananmen, em 4 de junho de 1989, havia razões adicionais para que os investidores estrangeiros esperassem uma reversão no sentido do aumento dos controles burocráticos sobre a economia e não no sentido oposto. Mesmo assim, o investimento estrangeiro continuou a subir.”

*Dwight Perkins*⁴³

O principal argumento contra o Juiz Douglas se espelha no conteúdo da epígrafe que discorre sobre a China e se resume em uma causalidade teoricamente esperada, mas empiricamente não verificável. Seu conteúdo, a ser desenvolvido no presente item, é a ausência de correlação entre o conteúdo das decisões judiciais e o comportamento dos novos contratos de arrendamento mercantil nos anos seguintes a 1999⁴⁴, como demonstrado por análise estatística⁴⁵ realizada com os dados levantados pela pesquisadora⁴⁶ e sob suas orientações⁴⁷, bem como pelas entrevistas com agentes do mercado.

⁴³ “Completing China’s Move on the Market”, journal of Economic Perspectives, vol. 8, n. 2, spring 1994. Citado por CASTELAR, Armando. “Impacto sobre o Crescimento: uma Análise Conceitual”, in CASTELAR, Armando. *Judiciário e Economia no Brasil, op. cit.*, p. 74.

⁴⁴ Para exemplos de outras críticas entre a compatibilização dos preceitos neo-institucionalistas e sua comprovação empírica, ver compilação bibliográfica elaborada por CASTELAR, Armando. “Impacto sobre o Crescimento: uma Análise Conceitual”, in CASTELAR, Armando. *Judiciário e Economia no Brasil, op. cit.*, particularmente o item 1.4, intitulado “Evidência Empírica”.

⁴⁵ Para a execução do presente trabalho, concluído em dezembro de 2005, através do Centro de Estatística Aplicada – CEA, do Departamento de Estatística do Instituto de Matemática e Estatística – IME, da Universidade de São Paulo – USP, contou-se com a assistência das graduandas (hoje bacharéis em Estatística) Edilene Freire Nascimento Gomes e Karen Elisa do Vale Nogueira, bem como da Profa. Dra. Clélia Maria de Castro Toli.

⁴⁶ Como já mencionado, o acadêmico Henrique Vincentin Lisboa, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo exerceu imprescindível auxílio na coleta de dados.

⁴⁷ Outros estudos que confrontam a literatura dominante sobre as decisões do Poder Judiciário como promotor de ineficiências alocativas são GONÇALVES, Fernando, HOLLAND, Márcio e SPACOV, Andrei. “Can

O estudo objetivou identificar se as decisões judiciais interferem no comportamento do mercado de arrendamento mercantil para pessoas físicas, quanto ao volume de novos negócios mensais. Para tanto, comparou-se a série de interesse (comportamento do mercado de arrendamento mercantil) com as decisões obtidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁸.

Para que outras variáveis significativas não fossem perdidas, gerando a possibilidade de se chegar a conclusões indevidas, comparamos a série principal com mais dois critérios. Os dois critérios foram apontados pelos agentes do mercado, representantes das empresas de arrendamento mercantil, durante as entrevistas. Segundo os executivos, a retração do mercado de arrendamento mercantil nos anos seguintes a 1999 não poderia, de modo algum, ser correlacionada às decisões judiciais proferidas por ocasião da alta do dólar. Na verdade, surpreenderam-se mesmo com o fato de haver uma corrente de pensamento (neste trabalho representada tanto pelo raciocínio da solução privada de Oliver Williamson, como com a assunção do Juiz Douglas, de Douglass North) que impute ao Poder Judiciário capacidade de interferir na reputação dos agentes e nas dinâmicas do mercado. Segundo os entrevistados, outros eram os reais fatores que implicavam em correlações com o comportamento de novos negócios do mercado. O primeiro foi a evolução da cotação do dólar frente à moeda brasileira (aventava-se a possibilidade de o comportamento do mercado de arrendamento mercantil, série principal, ser também atingido pela variação cambial). O outro foi o favorecimento tributário encontrado para as práticas do arrendamento mercantil, dado que sobre essas não incide o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro – IOF (incidente sobre quaisquer outras formas de financiamento). Considerando-se que o IOF possui caráter extrafiscal e teve consideráveis mudanças de alíquota durante o período temporal de observação, pretendeu-se também comparar as alíquotas do tributo com a série principal, de comportamento do mercado de arrendamento mercantil. Tais critérios foram identificados pelos representantes das empresas de arrendamento mercantil entrevistadas como possíveis fatores que, ao lado das decisões judiciais, pudessem ter causado interferência no comportamento do mercado.

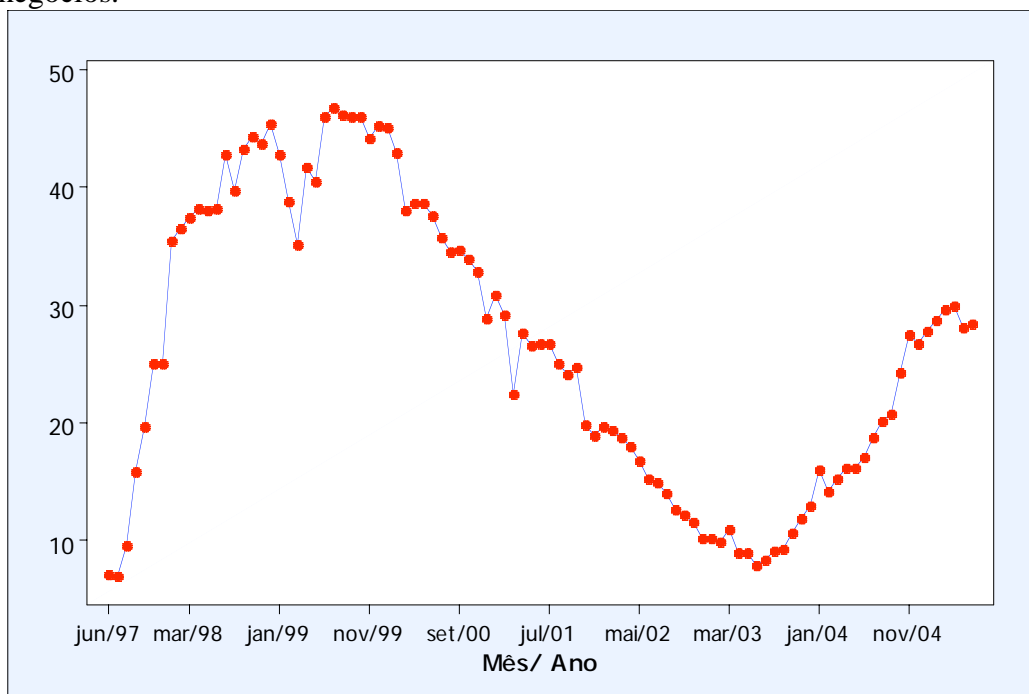
Abaixo, os gráficos das séries originais⁴⁹:

Jurisdictional Uncertainty and Capital Controls Explain the High Level of Real Interests Rates in Brazil?”, 2005 (citado por FALCÃO, SCHUARTZ e WERNECK, *Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito, op. cit.*, p. 4), bem como RIBEIRO, Ivan César. “Concorrência bancária e determinantes institucionais da taxa de juros: uma análise empírica de séries de tempo”. Revista do IBRAC, v. 13, n. 1, 2006.

⁴⁸ Conforme metodologia explicitada no item 2.4 – “Métodos Usados na Investigação do Caso”.

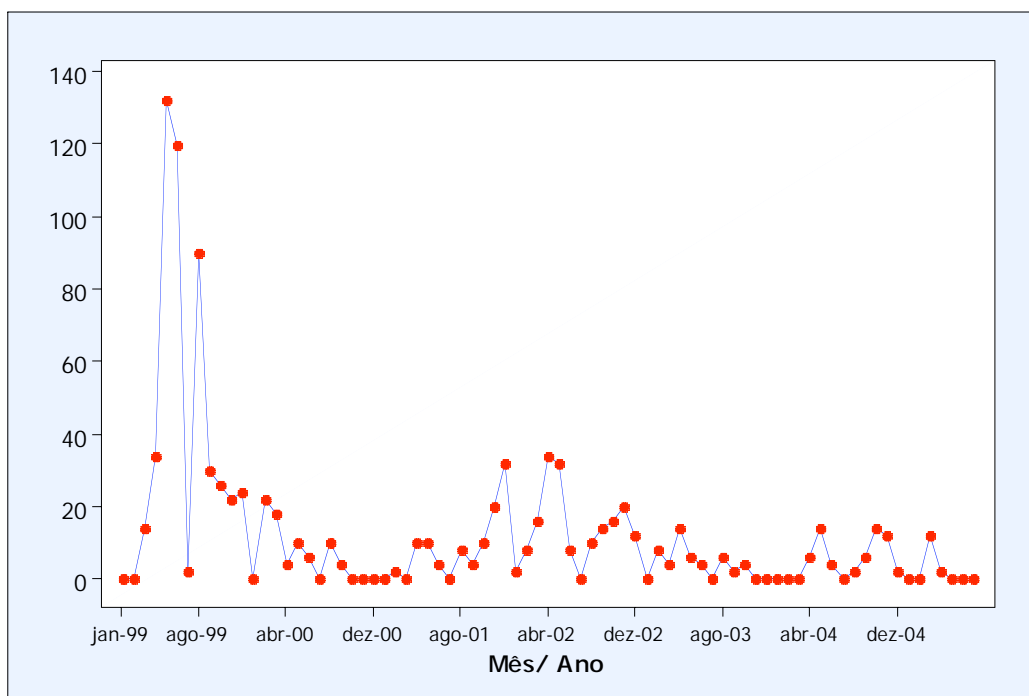
⁴⁹ Como a série principal de novos negócios de arrendamento mercantil era mensal, as outras séries foram transformadas em séries mensais, ainda que sua medida original fosse diária. Para a cotação do dólar tomou-se a média de cada mês. Para a alíquota de IOF considerou-se o décimo quinto dia de cada mês como referência, de modo que as alíquotas de IOF alteradas antes da referência foram consideradas pertencentes ao mês vigente e as alteradas após a referência foram consideradas pertencentes ao mês seguinte.

Gráfico A1 - Porcentagem, em reais, dos valores de novos contratos de arrendamento mercantil realizados por pessoas físicas, em comparação com o volume total de negócios.⁵⁰



⁵⁰ Os dados sobre o comportamento do mercado de arrendamento mercantil foram cedidos pela Associação Brasileira das Empresas de Leasing, ABEL, refletindo os dados que as empresas são obrigadas a enviar mensalmente ao Banco Central do Brasil, por força de regulamento.

Gráfico A2 - Soma das decisões favoráveis e contrárias aos consumidores, do Tribunal de Justiça de São Paulo.



O levantamento quantitativo de decisões judiciais (em caráter liminar e definitivo) feito nas decisões do TJSP⁵¹ mostra distribuição sutilmente mais favorável a decisões que mantêm o adimplemento das cláusulas de indexação conforme acordado nos contratos do que de decisões que estipulam novos índices de correção para as parcelas restantes. Dado que a distribuição de decisões (liminares e definitivas) favoráveis e contrárias aos consumidores era muito próxima, somaram-se suas incidências parciais para formação de uma série única, de decisões em geral. Não houve, todavia, qualquer diferença significativa entre a distribuição das decisões ao longo dos meses (o mês 1 represente janeiro de 1999, enquanto o mês 76 representa julho de 2005, limite temporal da pesquisa), como demonstram os gráficos de distribuição do número de decisões ao longo do tempo.

⁵¹ O levantamento das decisões acerca da revisão dos contratos de arrendamento mercantil foi feito de maneira exaustiva no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e por amostragem na área de jurisdição paulista. Optou-se por apresentar a distribuição dos dados provenientes do Estado de São Paulo nesta parte do trabalho por serem eles possivelmente mais representativos da totalidade de decisões brasileiras.

Gráfico A3 - Variação do preço da moeda norte-americana, através de médias mensais⁵².

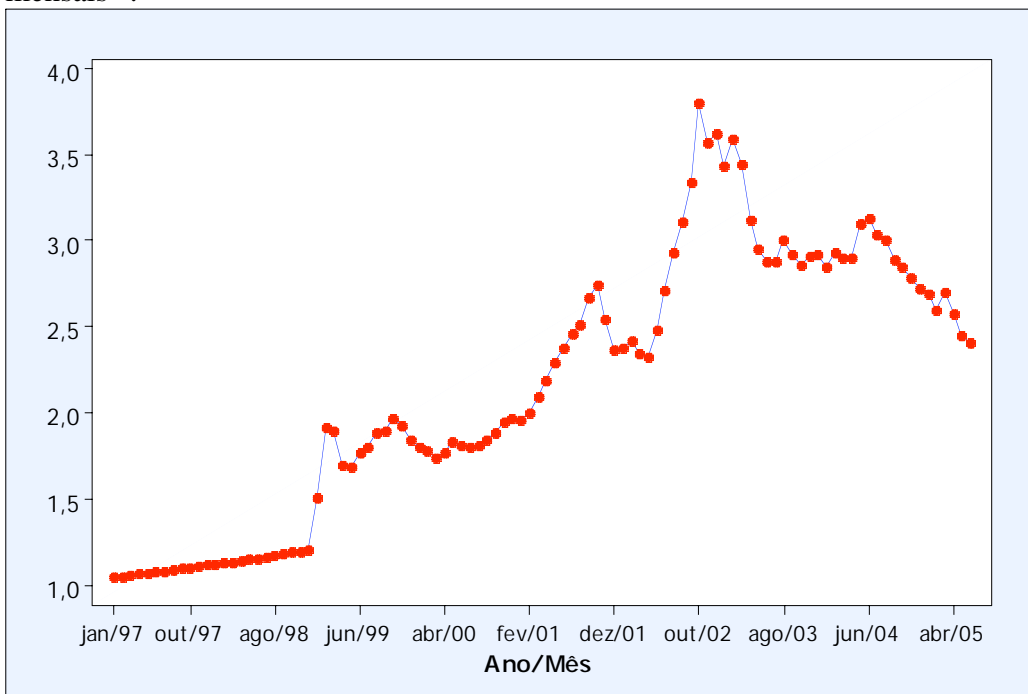
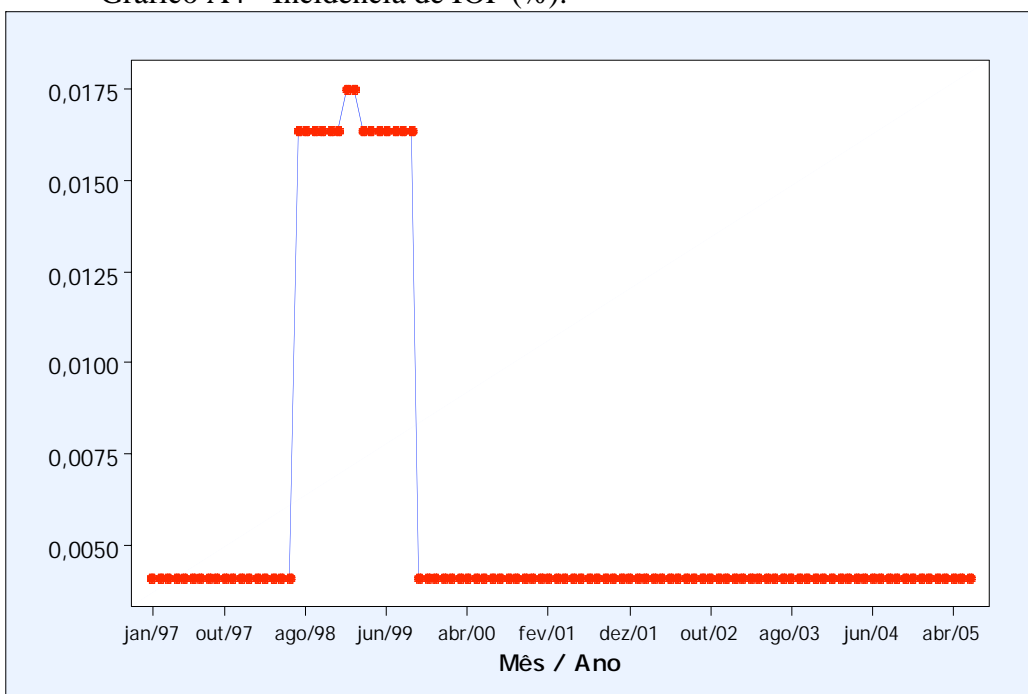


Gráfico A4 - Incidência de IOF (%).



⁵² Dados obtidos a partir das séries gratuitas disponíveis no sítio da FGVDADOS, da Fundação Getúlio Vargas. http://fgvdados.fgv.br/dsp_gratuitas.asp [30/06/2005]

Os estudos de correlação entre a série principal e as outras séries de análise mostraram conclusões favoráveis à inexistência de correlação entre o comportamento do mercado de arrendamento mercantil e as decisões judiciais. Do mesmo modo, entre o comportamento do mercado e a alíquota de IOF. A correlação entre o comportamento do mercado e o preço do dólar, diferentemente, apresenta-se como o possível determinante da redução de novos contratos que se seguiram a 1999, o que confirma a percepção de alguns dos agentes de mercado entrevistados, e reduz a credibilidade da análise do Juiz Douglas, ao menos para o caso de arrendamento mercantil com contratos vinculados ao dólar. A superposição das séries de interferência sobre a série principal seguem abaixo dispostas. Os métodos estatísticos utilizados para tais conclusões não foram incluídos por falta de espaço.

Gráfico B1 - Porcentagem de contratos de arrendamento mercantil realizados por pessoas físicas superposto ao números de decisões judiciais.

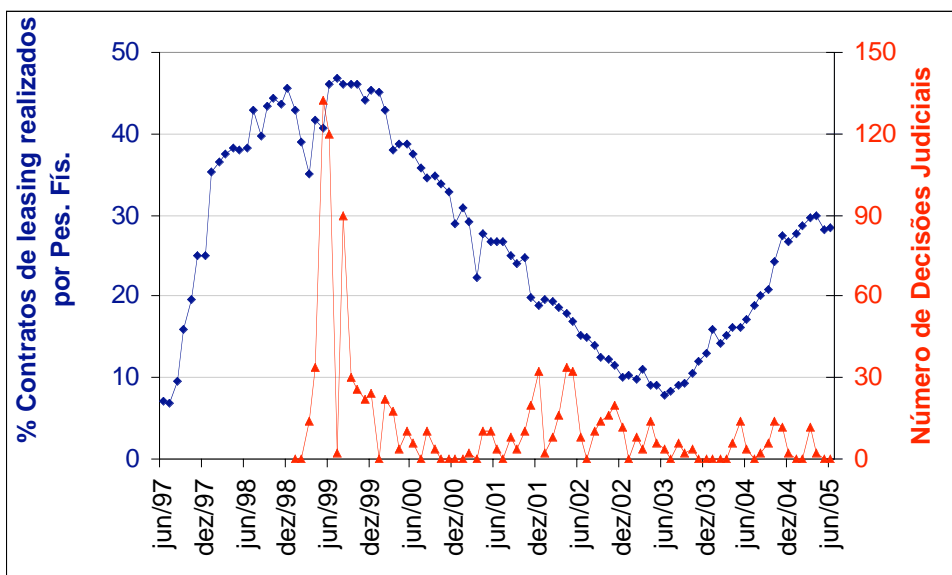


Gráfico B2 - Porcentagem de contratos de arrendamento mercantil realizados por pessoas físicas superposto a cotação média do dólar.

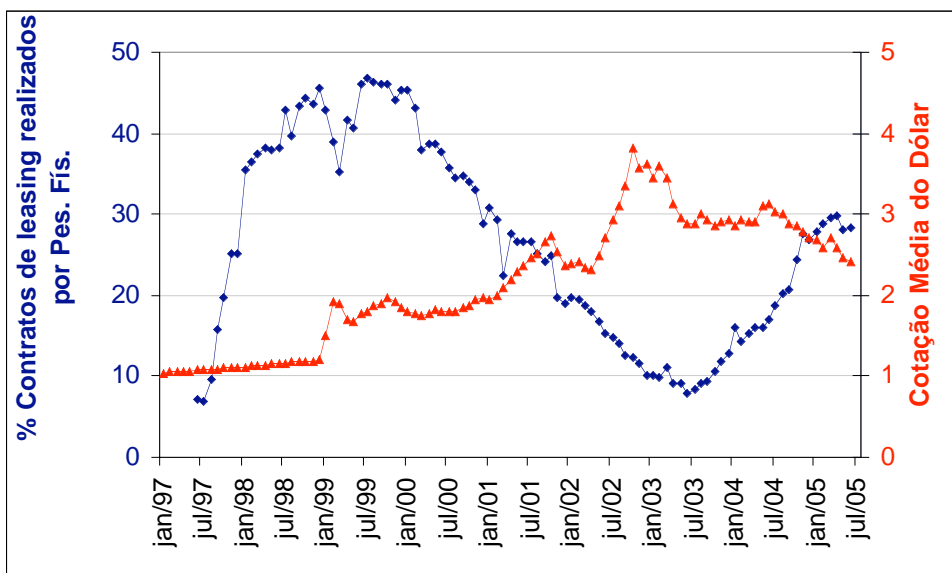
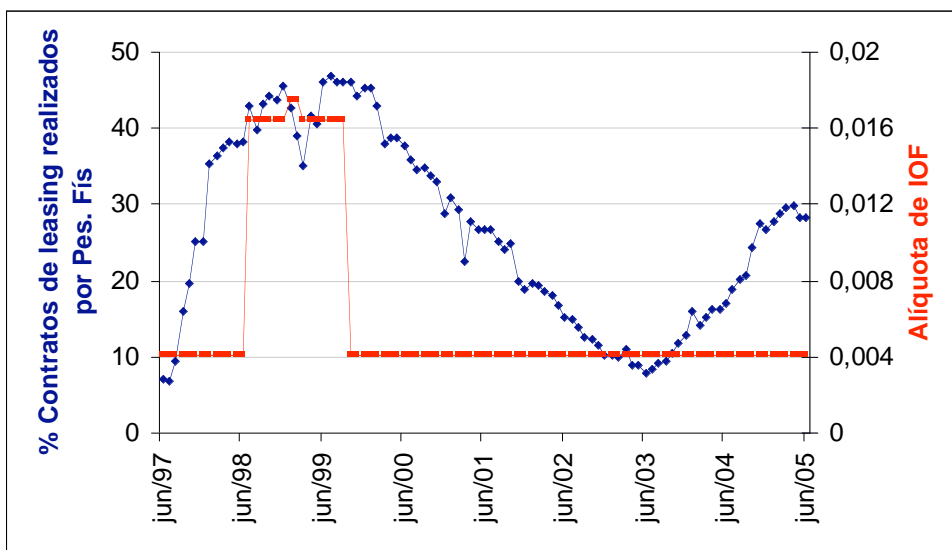


Gráfico B3 – Porcentagem de contratos de arrendamento mercantil realizados por pessoas físicas superposto a alíquota de IOF.



A pouca evidência de que as decisões judiciais tenham influenciado o mercado no caso analisado confronta o Juiz Douglas, ao mesmo tempo que referenda o depoimento de todos, com exceção de um, dos representantes de empresas de arrendamento mercantil. A exceção foi mencionada na construção do tipo ideal do Juiz Douglas, ocasião em que foi

apresentado o relato de que uma das instituições financeiras entrevistadas suspendeu as linhas de crédito para novos contratos no Estado do Rio Grande do Sul, em função da postura jurisprudencial do TJRS, maciçamente contrária aos interesses das empresas. Os outros entrevistados apontaram que não apenas o Tribunal do Rio Grande do Sul, mas também as jurisdições correspondentes aos Estados de Goiás, Minas Gerais e Ceará foram quase que unanimemente contrárias à manutenção do dólar como índice de reajuste dos contratos. Diferentemente do primeiro entrevistado, todavia, apontaram não ter havido qualquer tipo de restrição a novos contratos nessas localidades. Mencionaram que em termos ideais até poderiam ter promovido alguma restrição às negociações nas localidades cuja jurisdição decidisse a favor da revisão dos contratos. Mas nada foi feito. Todos os entrevistados, à exceção de um, mantiveram suas práticas comerciais na mesma intensidade com que as mantiveram em localidades onde o Poder Judiciário determinou a execução dos contratos de arrendamento mercantil conforme disposição original.

Outra importante menção confrontante do Juiz Douglas é a de que, em todas as instituições financeiras entrevistadas, não havia, em 1999, qualquer comunicação entre a área jurídica e a área de crédito. Os agentes do mercado falam de atuações absolutamente autônomas. A definição das taxas de juros adequada aos contratos em função dos riscos jurídicos, (os quais, pela percepção do Juiz Douglas, seriam estabelecidas a partir de suas sentenças), não encontravam, ao menos à época da revisão dos contratos de arrendamento mercantil, qualquer meio institucionalizado de comunicação com a área jurídica das empresas. Outrossim, os relatos mais comuns eram a menção de que a contabilidade controlava os recursos a serem provisionados a partir de relatórios enviados pelas áreas jurídicas com menções absolutamente genéricas como “ações trabalhistas” ou “tributos”. Os casos de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com as cláusulas de reajuste associadas ao dólar, na maioria dos casos, representava apenas números na coluna “ações diversas”.

A elaboração desta limitação ao poder de predição do Juiz Douglas não pode ser considerada uma crítica absoluta à teoria Neo-Institucionalista, nos termos em que pôde ser feita à teoria da Escola de Chicago. Isso se deve à possibilidade de que continências não identificadas tenham interferido na avaliação das séries estatísticas, levando a conclusões errôneas sobre a ausência de correlação entre as decisões judiciais e o comportamento do mercado de arrendamento mercantil nos anos seguintes a 1999⁵³. Três sugestões para a possível falha na detecção de que o comportamento do Poder Judiciário é irrelevante para os mercados seriam i) a de que a quantidade de contratos que foram objetos de ações judiciais foi pequena em comparação a seu número absoluto (conforme

⁵³ Por ocasião do exame de qualificação da dissertação que inspirou este texto, os Professores Décio Zylbersztajn e José Eduardo Faria sugeriram que alterações na taxa de juros poderiam, por exemplo, terem sido elementos de interferência no comportamento do mercado não apreciados pela análise estatística.

mencionado anteriormente, menos de 10% dos contratos), fazendo com que a postura do Poder Judiciário seja quantitativamente irrelevante para o conjunto de negócios; ii) a de que a “memória” empresarial brasileira é “curta”, de modo que as decisões judiciais desfavoráveis às empresas não foram incorporadas à mentalidade das corporações; ou iii) de que mesmo com a postura do Poder Judiciário contrária às empresas de arrendamento mercantil, os lucros e benefícios do mercado de arrendamento mercantil excediam as perdas geradas por um ambiente institucional inseguro.