

**“CUSTO BRASIL” E A ADEQUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ÀS
NECESSIDADES DO SETOR EMPRESARIAL: A CORTE DE CHANCELARIA
DE DELAWARE – UM EXEMPLO (A SER SEGUIDO)**

Márcio Manoel Maidame¹

RESUMO

A economia do Brasil não cresce. Precisamos de reformas estruturais capazes de prover as condições necessárias ao desenvolvimento adequado da economia e da sociedade, atentas à condição peculiar da empresa, com suas missões, responsabilidades e desafios. Poucas são as regras de Direito Processual Civil que levam em consideração esta condição peculiar da iniciativa privada. É necessário sensibilizar os tomadores de decisão de que órgãos jurisdicionais especializados, capazes de entender a efetiva necessidade dos litigantes empresariais, são necessários. A experiência de Delaware poderia servir de inspiração para algumas destas reformas, no sentido de dotar o sistema jurídico brasileiro de melhores condições de atendimento das demandas do setor produtivo.

PALAVRAS CHAVES

Economia – Processo Civil – Delaware

ABSTRACT

The Brazil's economy doesn't grow. We need structural reforms capable of providing the necessary conditions for the proper development of the economy and society, tuned the peculiar condition of the companies, with its tasks, responsibilities and challenges. There are few rules of Civil Procedure that takes into account this peculiar condition of private initiative. It is necessary to sensitize decision-makers, that specialized courts, able to understand the effective needs of corporate litigants, are required. The Delaware's experience could serve as inspiration for some of these reforms, in order to provide the Brazilian legal system better able to meet the demands of the productive sector.

KEY WORDS

Economy – Civil lawsuit - Delaware

INTRODUÇÃO*

¹ - Doutor pela UFMG. Mestre pela FADISP e Especialista pela PUC/SP. Advogado.

* Este estudo é desdobramento de outro, escrito em coautoria com a Mestre pela UFMG Silvia Tamberi Alvarenga, denominado “Desafios do Direito Empresarial e a Necessária Adequação do Processo Civil” (BRUSCHI, Gilberto Gomes *et al.* [orgs.]. *Direito Processual Empresarial: Estudos em Homenagem a Manoel Pereira Calças*. São Paulo: Campus Jurídico/Elsevier, 2012). Agradeço à coautora do primeiro estudo, que me despertou o interesse pelo direito empresarial, o Prof. Dr. Osmar

Já há algumas décadas, os estudos do direito processual civil se voltam para um tema central: o da tutela jurisdicional. O entendimento de que o processo e o procedimento devem atender as especificidades da situação tutelada ganhou foro de consenso, e a partir daí diversas reformas processuais vieram para amoldar o processo às necessidades da vida contemporânea.

No entanto, neste estudo se pretende abrir o debate a uma situação que parece ainda não explorada: *a adequação do Poder Judiciário* às peculiaridades das atividades empresariais. Não só o processo e o procedimento devem se amoldar às necessidades específicas do direito empresarial, mas o próprio Poder Judiciário deve se especializar.

Parte-se do pressuposto de que hoje a empresa não é mais vista como apenas um ente isolado que visa a gerar lucro ao empresário. Ao contrário, a empresa se insere em um contexto mais amplo de missões e responsabilidades para com o tecido social, em especial como agente que torna real a equação que permite a conjugação da exploração do capital pela livre iniciativa em conjunto com a valorização do trabalho, tudo isso buscando a dignidade da pessoa humana.

Em razão deste papel de preponderância a empresa deveria ter um tratamento adequado às suas necessidades, especial também no âmbito judiciário. Pretende-se apresentar a Corte de Chancelaria de Delaware, nos Estados Unidos, como um modelo de atuação judicial ‘antenado’ com estas necessidades específicas da atividade empresarial.

1. A RELEVÂNCIA DA EMPRESA E OS DESAFIOS DO DIREITO EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEO

Elemento central da economia moderna, a empresa consiste na atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços no mercado.² A empresa não é mais simplesmente uma atividade produtiva auxiliar da economia nacional, mas a principal fonte econômica do país, que gera renda, consumo e desenvolvimento.

Brina Corrêa Lima [*in memmorian*], pelas instigantes aulas de Direito Societário Comparado no Programa de Pós-Graduação da UFMG, e o Prof. Dr. Alexandre Freire, da UFMA, pela generosa troca de textos sobre o tema.

² Art. 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Cresce a missão da empresa, reduzindo-se gradualmente o papel do Estado³ (ARNOLDI e MICHELAN, 2002, p. 247). Isto se observa na legislação pátria por meio da notável devolução de deveres e obrigações ao empresário, que tende a atrair responsabilidades relativas a todas as relações do nexos de contratos⁴ (EASTERBROOK, 1996, p. 12) da organização empresarial, bem como ao financiamento do Estado, à inclusão social⁵ e à promoção do bem comum (HUSNI, 2007, p. 164). Sem mencionar a atual tendência de autorregulação, especialmente no mercado de valores mobiliários, e o eminente exemplo do Novo Mercado da Bovespa.

O Direito Empresarial é instrumento de proteção da empresa e de desenvolvimento da economia, fornecendo estruturas e soluções jurídicas adequadas às especificidades que envolvem a matéria mercantil. No entanto, como tentará se demonstrar neste estudo, *o Poder Judiciário brasileiro parece não estar devidamente estruturado para estes desafios.*

A empresa é dinâmica e está em constante mutação; existe, vive e interage dentro do mercado, seguindo sua lógica. Suas transações econômicas ocorrem na velocidade do mercado e exigem um fator primordial de eficiência: *tempo*. A atividade empresarial necessita apoiar-se em instituições eficientes, compatíveis com a realidade do mundo contemporâneo e que contribuam para o desenvolvimento econômico. Todavia, como parte da doutrina já expõe há décadas, o fator tempo (na velocidade dos fenômenos empresariais) pouco é considerado pelos Tribunais (ANDOLINA, 1983, p. 13).

Sendo célula importante da sociedade *lato sensu* e peça central da ordem econômica, a empresa é contemplada por inúmeras regras e princípios da Constituição da República (BRINA, 2006, p. 11). Não é demais recordar que, segundo a inteligência

³ “A empresa, tal qual a concebemos hoje, não é uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder. Representa uma força socioeconômico-financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar, de forma decisiva, o local em que se encontra.”

⁴ “*Nexus of Contracts*”: concepção contratualista do fenômeno societário surgida na segunda metade do século passado nos Estados Unidos, segundo a qual a companhia é vista como roupagem jurídica de um feixe de contratos decorrentes dos vários agentes econômicos que transacionam a partir dela (sócios, administradores, trabalhadores, credores etc.) voltada a reduzir os custos econômicos de cada relação.

⁵ *Inclusão social*: a legislação incumbe ao empresário brasileiro participação ativa nas políticas de inclusão de minorias, como deficientes, aprendizes, acidentados etc., no sentido de fortalecer a cidadania (por exemplo, a Lei 8.213/91, que estabelece cotas de contratação de portadores de necessidades especiais para empresas privadas com mais de cem funcionários).

dos art. 170 e 173 da Constituição, a atividade econômica da nação encontra-se concentrada prioritariamente nas mãos da iniciativa privada, sendo absolutamente excepcional a participação do Estado. Sim, *o Estado precisa das empresas*.

É necessário perceber que a Constituição contempla e prestigia os direitos fundamentais dos referidos agentes envolvidos no complexo da empresa, sem fixar nenhuma escala hierárquica rígida entre eles. Entretanto tal visão infelizmente ainda não se encontra consolidada na doutrina e jurisprudência, que não raro relegam a último plano os direitos fundamentais relativos aos agentes privados, deixando de acolher e proteger a “empresa”, pilar insubstituível da ordem constitucional, inclusive para a própria implementação dos direitos equivocadamente tidos, *prima facie*, como prioritários.

2. NOVA VISÃO DO DIREITO EMPRESARIAL E MUDANÇAS NO CAMPO PROCESSUAL NAS ÚLTIMAS DÉCADAS

Com as alterações velozes do mundo dos negócios e – em escala ainda maior – do mundo contemporâneo – o Direito tem se amoldado às novas expectativas da sociedade. Os tempos atuais têm sido de frequentes alterações legislativas, realizadas para dar resposta às modificações sociais.

O “motor” destas alterações é uma exigência cada vez maior por efetividade e celeridade na prestação jurisdicional. Embora se entenda que existem meios alternativos de prestação da jurisdição, é certo que se o Estado (por meio do Judiciário) avocou para si a tarefa de conhecer e dirimir os conflitos entre os particulares e entre esses e o próprio Estado, e ainda por cima proíbe o exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345), tem o dever de prestar esta tutela de maneira adequada (PONTES DE MIRANDA, 1995, p. 22), em nome da paz social do Estado de Direito (SANTOS, 1999, p. 7).

O mero julgamento destes conflitos *não é suficiente*. A tão em voga “tutela jurisdicional” relaciona-se, pois, com o direito material; como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo (BEDAQUE, 1997, p. 25) vai além do simples direito de se *obter uma sentença*: há de ser célere e eficaz (GOMES CANOTILHO, 2002, p. 493), como doutrinadores de outros países e sistemas processuais tão bem observam (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12).

Na esteira de reformas que responderam às intensas modificações do cenário econômico e empresarial de nosso país, verifica-se que nos últimos vinte anos diversas produções legislativas foram aprovadas para oferecer à iniciativa privada uma adequada proteção. A Lei de arbitragem (Lei 9.307/96), a Lei 9.457/97, que alterou o estatuto das S/A, a nova Lei de direitos autorais (Lei 9.610/98), a Lei de recuperação judicial das empresas (Lei 11.101/05) e a explosão de atos normativos sobre mercado de valores mobiliários são alguns exemplos disto.

No campo processual pouquíssimas foram as alterações que dão às empresas, mola propulsora da iniciativa privada, adequada proteção às necessidades especiais de sua atividade. Não se vê, no entanto, nas últimas reformas processuais nenhuma proposta no sentido de dar à iniciativa privada uma mais adequada proteção processual que condiga com seu alto relevo na manutenção do corpo social.

E isso gera um risco. *Mutatis mutandis*, é o que alerta Niceto Alcalá-Zamora Y Castilho nesta passagem:

Mas se o procedimento ruim não é o pior inimigo de um bom processo, é, desde logo, um inimigo importante; e quando, seja qual for o tipo de rito a que se recorra, este é lento e caro, propenso à multiplicação de incidentes e recursos, então não existe nada de extraordinário os jurisdicionados perderem, se não a fé na justiça, a confiança no processo, e preferirem sacrificar posições jurídicas perfeitamente defensáveis, ao invés de arriscá-las em uma aventura processual. (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, 2000, p. 118).

E isso não tem explicação plausível no atual estágio de desenvolvimento de nosso país. Arruda Alvim explica que “*sem a articulação do direito processual civil ao direito material, na ordem prática, a proteção somente deste último revelar-se-ia sem grandes objetivos práticos, porque não ancorados numa tábua de instrumentos destinados a tornar eficaz o direito material, construído em torno de valores contemporâneos, em que se pretende traduzir um sentimento adequado de justiça.*” (ARRUDA ALVIM, 1993, p. 180)

No mesmo sentido:

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, *criando mecanismos de segurança que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.* (WATANABE, 2000, p. 143)

Em outras palavras, “não recebe tutela jurisdicional alguma aquele que, tendo o poder de ação, exerce-o (o poder de ação) adequadamente e recebe uma sentença.” (DINAMARCO, 1996, p. 33). A ação deve ter o condão de *efetivar o direito em jogo*, (PONTES DE MIRANDA, 1995, p. 22) levando em consideração as especificidades dos agentes envolvidos na relação processual e sua essencialidade para o desenvolvimento da nação, pois “a tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do processo civil de *resultados* não é uma tutela *a direitos*, mas *a pessoas*” (DINAMARCO, 1996, p. 33).

Na esteira desta constitucionalização, regras específicas que protegem certas pessoas são introduzidas na legislação processual, sem ofender a isonomia. Diversas autoridades, o incapaz, o idoso, a Fazenda Pública são exemplos de pessoas que têm tratamento processual adequado a suas necessidades. Entretanto, esta não tem sido a regra para as empresas, que têm seus conflitos tratados na vala comum dos litígios civis.

Atividade tão importante como a empresarial – em especial alguns litígios que envolvam patentes, interrupção da produção, demissão em massa de funcionários – *não podem ficar sem resolução adequada*. É necessário um Poder Judiciário dotado de pessoas treinadas e com procedimentos e expedientes adequados à tutela destes direitos empresariais.

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO MÉTODO DE PENSAR A EQUAÇÃO TEMPO X PROCESSO

Nos últimos quadrantes do século passado passou a ter bastante influência no cenário jurídico um modo diferente de analisar o fenômeno jurídico – a corrente denominada *Análise Econômica do Direito* (AED). Nomes como Richard Posner, Guido Calabresi, Ronaldo Coase – entre outros – despontam como autoridades deste método de pensamento jurídico.

Segundo POSNER (2010, p. 5), os estudos que ligam *direito e economia* tomam corpo de um *movimento jus-filosófico* depois de 1957, ano da defesa da tese de

doutorado de Gary Becker, na Universidade de Chicago, sobre os impactos econômicos da política de discriminação racial nos EUA.⁶

Para esta corrente,

o pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito... é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que impliquem em uma escolha. (POSNER, 2010, p. 473)

Em outras palavras, a *Análise Econômica do Direito* pode ser sintetizada pela “aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas.” (RIBEIRO, 2009, p. 53)

Forte no racionalismo (NAVES, 2007, 224), a AED – em breves linhas – funda-se na análise do comportamento dos indivíduos, em razão de seus interesses econômicos dentro da sociedade, para fundamentar as normas jurídicas ou decisões no campo judicial, com especial atenção na *eficiência* das relações humanas. Esta especial atenção na eficiência implica que a AED tem um cunho eminentemente *pragmático*, (ALVAREZ, 2006, p. 50) na medida em que não só o economista, mas também o aplicador do direito deve estar atento às consequências de suas decisões.

Não se ignora a existência de críticos desta corrente, que a veem como um meio de inserir no debate jurídico ideais e valores em contraste com nossa Constituição (NUNES, 2008, p. 161). Na verdade, a AED pode, sim, se tornar um subterfúgio para fazer imperar interesses das empresas em um processo judicial, mas não é isso que se defende aqui. *Aqui, defende-se que uma tutela jurisdicional adequada – que deve ser oferecida a todas as pessoas do grupo social – deve ser adequada às necessidades especiais de um dos segmentos da sociedade – as empresas – pois o adequado*

⁶ Gary Becker é economista (seus estudos lhe garantiram o prêmio Nobel em economia, em 1992, “por expandir as esferas da análise econômica a outras áreas do comportamento e das relações humanas” – segundo a Academia Real de Ciências da Suécia). Sua proposta de analisar, sob o viés econômico, comportamentos humanos em situações como divórcio, adultério, suicídio etc., incentivou toda uma geração de juristas a trazer para o universo jurídico o modo de pensar do economista, fazendo nascer esta nova abordagem do fenômeno jurídico. Apenas como curiosidade, o nome adequado da honraria recebida por Becker é “Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel”, posto que Alfred Nobel jamais criou um prêmio para as ciências econômicas. O “verdadeiro” prêmio Nobel é entregue para as seguintes áreas: Física, Química, Medicina, Literatura e o mais popular – Nobel da Paz.

andamento deste setor implica desenvolvimento para o país (GRAU, 1998, p. 234).

Como observou Carlos Alberto Farracha de Castro,

...a absorção de interesses múltiplos aumenta o dever de as empresas, por intermédio dos seus administradores, observarem sua função social, como também, a tarefa do operador do direito na concretização das normas que solucionem os litígios envolvendo os interesses que gravitam em torno da empresa, possibilitando, pois, a sua preservação. (CASTRO, 2008, p. 98)

Isto porque – em última instância – o custo social de um Poder Judiciário anacrônico acaba recaindo sobre os ombros do cidadão. O Poder Judiciário, atualmente, acaba por ser equiparado a um “agente de mercado” (TIMM, 2010), uma vez que suas decisões influenciam a atuação dos demais agentes econômicos, e não apenas nas estreitas relações inter partes.

Devido ao seu papel decisivo, um sistema judicial que é deficiente pode gerar custos importantes para uma economia. Por um lado, as decisões de um sistema judicial deficiente podem levar a uma atribuição ineficiente de direitos (em última análise, recursos) e gerar uma transgressão demasiado frequente dos outros direitos (em crimes patrimoniais, em litígios por descumprimento de contratos) com os custos sociais daí decorrentes. Por outro lado, as decisões de um sistema judicial deficiente podem gerar um ambiente de incerteza que reprime significativamente o desenvolvimento das atividades econômicas e restringe a extensão dos mercados, concorrência e inovação. A reforma de um sistema judicial pode ter, por conseguinte, um impacto importante nas possibilidades de crescimento de uma economia. (EYZAGUIRRE, 1996, p. 3)

Segundo os documentos dos grandes agentes econômicos mundiais, o Poder Judiciário agrega valor à competitividade econômica de determinado país ao cultivar três qualidades: independência, previsibilidade de suas decisões e efetividade/celeridade processual. Com o debate aberto para a criação de novas regras processuais, é chegado o momento dos movimentos defensores dos interesses da iniciativa privada cobrarem do Legislativo novas regras que permitam ao Poder Judiciário brasileiro atingir estas desejáveis qualidades. Em suma, o Legislativo deve optar pelas medidas que gerem maior bem-estar e benefício para o maior número possível de indivíduos – pressuposto lógico da economia – também nos assuntos ligados à atuação do Judiciário. Afinal de contas, o direito é uma estrutura redutora de custos.

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. (...) Com a transição de uma economia familiar – que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos – para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições

formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda (...). Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos às transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado. (DAKOLIAS, 1996)

4. TEMPO, PROCESSO E “CUSTO BRASIL”

De tudo o que se disse até aqui, ressalta-se que o drama do *tempo* de demora do processo (e, portanto, de certa maneira, sua inefetividade) é aquele dentre os problemas do Poder Judiciário brasileiro que mais afeta os interesses da iniciativa privada.

O *tempo processual* está em desacordo com o *tempo real*, o que afeta a competitividade brasileira como um todo (DUARTE, 2007, p. 107). E pior: acaba por gerar no comportamento das pessoas uma *litigância doentia*, fruto da própria demora do Poder Judiciário, que se retroalimenta, gerando um círculo vicioso. Nos EUA a doutrina classifica assim este comportamento processual:

A expressão *sham litigation* pode ser entendida como ‘litigância simulada’. Entre traduções aceitáveis para a palavra inglesa *sham* temos: impostor, falso, fraude, simulação, procurar fazer crer. A doutrina da *sham litigation* diz respeito a uma ação – ou a conjunto de ações – promovida no âmbito do Poder Judiciário que careça de bases objetivas e fundamentadas e de expectativa plausível e razoável de sucesso, com a finalidade disfarçada de prejudicar concorrente direto. Ela também se refere ao abuso do direito de petição ao Poder Executivo e Legislativo. A tradução ‘litigância simulada’ enfatiza a compreensão da utilização de camuflagem processual pelo competidor de má-fé, uma vez que é primordial para a caracterização da conduta que a tutela estatal seja invocada com a finalidade deliberada de prejudicar a concorrência. (...) Contudo, defrontando-se com diversos casos, a Suprema Corte norte-americana percebeu que o direito de ação e petição não poderia continuar absoluto e precisava de restrições para que se evitasse o surgimento de danos à concorrência. Assim, o caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, que ficou conhecido como ‘PRE’, determinou o surgimento de um teste (‘PRE-Test’) para se apurar quando a litigância perante o Estado é uma farsa. O teste consiste em duas etapas: primeiro, verifica-se se a ação carece de base objetiva, ‘de modo que nenhum litigante razoável pudesse, de fato, esperar êxito em suas alegações de mérito’ (etapa objetiva do teste). Tão somente com essa possibilidade comprovada, analisar-se-ia se a ação esconde a intenção de se interferir no mercado, afetando concorrentes (etapa subjetiva do teste). (TAVARES, 2011)

O respeito ao contraditório, a necessária homenagem a certos limites impostos pelos direitos fundamentais do réu e a própria demora natural do processo são elementos que, juntos, *mantêm inalterado o estado de coisas que originaram o*

processo. Esta manutenção do *status quo* prolonga no tempo o que a doutrina chama de “*dano marginal*” (*danno marginale*, termo cunhado por ANDOLINA, 1983, p. 16/17).

O dano marginal consiste no prejuízo que o litigante experimenta pelo decurso de tempo entre a petição inicial e a entrega efetiva do pedido pelo Judiciário, período em que fica privado de usufruir direito seu, enquanto o réu permanece fruindo destes bens que constituem o objeto do processo.

Esta demora, embora até certo ponto *seja absolutamente necessária*, precisa ser combatida, pois, macroscopicamente falando, *afeta o equilíbrio da economia* (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 114-115). Ao lado da demora natural (causadora do dano marginal), existe uma demora “artificial” criada pelas forças que têm influência na sociedade. Um exemplo disso é o Estado brasileiro, useiro e vezeiro em utilizar o Judiciário para rolar seus “esqueletos”,⁷ arrimado em processo *total e absolutamente* incapaz de “dar a cada um o que é seu”, na medida em que *não existe execução contra a Fazenda Pública*. Como já se demonstrou em outro estudo, este comportamento tem fundamento econômico, em última análise (MAIDAME, 2008, p. 37).

É esta demora artificial que deve ser combatida por regras processuais adequadas aos altos interesses da iniciativa privada como protagonista do sistema atual de desenvolvimento fundado na valorização do trabalho e na dignidade da pessoa humana.

Esta demora “artificial” dos processos tornou-se, de certa forma, um dos símbolos do que se costuma chamar “risco Brasil”, ou seja, “... o conjunto de fatores que prejudicam a competitividade das empresas do país diante de empresas situadas em outros países” (MANCUSO e OLIVEIRA, 2006, p. 149) e precisa ser combatida, pois tem tornado o Brasil um país visto como lugar inadequado para o desenvolvimento de

⁷ “(...) o Estado a encara como procedimento normal – tanto que obriga seus advogados a recorrerem, de qualquer forma. Por ser vantajosa, a eternização dos processos gerou outra deformação cultural: no Brasil, *ninguém cumpre sentença condenatória*. Todos aguardam a execução. (...) No entanto, os economistas do Governo, avaliando o tema sob o enfoque do custo-benefício, passaram a retirar da execução, enorme proveito. É que a cobrança executiva constitui novo processo, capaz de durar uma vida inteira. (...) À prepotência do Executivo corresponde a impotência do Judiciário: ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte, aqui no Brasil, funcionário público que desobedece decisão judicial não se expõe à punição. *Inspirados no exemplo oficial, os cidadãos brasileiros descobriram as vantagens do Poder Judiciário como instrumento para rolagem de dívidas*. O Brasil transformou-se em nação de demandistas, especialistas em alongar processos. *Entre nós, somente assalariados e otários pagam impostos...*” (STJ, Despacho Monocrático, MC 5.607/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 21/02/2003)

investimentos da iniciativa privada.⁸ Segundo os dados coletados por Roth (2006, p. 171), numa escala de comparação entre 155 nações, o Brasil ocupa a 119ª colocação como a que mais atrai investimentos, sendo que o sistema legal é um dos entraves apontados pela pesquisa. *Uma das saídas para este ponto específico, segundo o Banco Mundial e a melhor doutrina, seria a de criar cortes especializadas nos conflitos empresariais* (BANCO MUNDIAL, 2005).

5. CORTE DE CHANCELARIA DE DELAWARE – UM EXEMPLO DE ADEQUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ÀS NECESSIDADES DO SETOR EMPRESARIAL

O estado americano de Delaware, de certa forma conhecido por se tratar de uma espécie de paraíso fiscal, granjeou esta fama (em parte injusta) em razão de possuir um sistema de direito empresarial que atende as necessidades das empresas americanas e, em razão disso, ser o local escolhido para sediar a maioria dos centros administrativos dos conglomerados de empresas daquele país.

E como revelam alguns estudos, este ambiente favorável relacionado ao direito empresarial se dá em razão da especialização dos operadores do direito nesta área do conhecimento jurídico, muito em razão da existência naquele estado de um tribunal especializado em direito empresarial, a *Delaware Court of Chancery*, como ilustra Lewis Black Jr., *verbis*:

Então, qual é a fonte da fama de Delaware — até mesmo prestígio? Por que as empresas escolhem Delaware? Eu acho que a resposta não se restringe a um fator, mas a uma série de fatores. Entre esses fatores inclui-se a Lei Geral de Corporações de Delaware, que é um dos estatutos empresariais mais avançados e flexíveis da nação. Incluem-se os tribunais de Delaware e, em particular, a altamente respeitada Corte de Chancelaria de Delaware e a Suprema Corte deste estado. Inclui-se a Assembleia Legislativa do Estado que leva a sério seu papel em manter a legislação empresarial e outras leis de negócios atuais. Inclui-se o Gabinete do Secretário de Estado que pensa e age mais como uma empresa do que um órgão da burocracia governamental. (BLACK JR., 2007, p. 1 – tradução livre)

Comentado [CV1]: Formatação

⁸ No relatório do Banco Mundial de 2005, o Brasil era um dos países em que mais se demora para recuperar judicialmente um valor emprestado, impactando os custos de juros bancários, montantes de investimento de curto e longo prazo, entre outros. No Brasil, em média, exigem-se 566 dias para obter-se judicialmente o cumprimento de uma obrigação contra 75 dias em média em um país desenvolvido. Cf.: *Doing Business in 2005: removing obstacles to growth*. Washington: World Bank/Oxford University Press, 2005, p. 60-62.

Este tribunal, que funciona desde 1792 e tem origem no modelo de jurisdição inglesa, compõe o Poder Judiciário daquele Estado e acabou – de certa forma, por acaso, como explica Scheinman (2011), “... como um foro especializado em Direito Empresarial. No entanto, esse posto não foi alcançado a partir de uma determinação oficial, que tenha estabelecido a chancelaria como corte especializada. Esse status foi construído a partir de decisões dadas pelos juízes do local, que foram se especializando” – ou seja – um órgão estatal que se amoldou às necessidades dos jurisdicionados.

Esta especialização foi tomando corpo e fama, e o sucesso deste tribunal acabou por ser um dos fatores – senão o principal – dentre aqueles que atraem empresas para aquele estado americano.

Como ensina Martin Schulz,

Por várias razões, o ordenamento jurídico de Delaware é considerado força motriz para o progresso do Direito Empresarial nos EUA. Delaware oferece processos de incorporação empresarial simples e desburocratizados e, com sua ‘Corte de Chancelaria’, Delaware estabeleceu um sistema de tribunais com juízes especializados para demandas de direito empresarial. A Corte de Chancelaria e a Suprema Corte de Delaware desenvolveram conhecimento, uma expertise na área do direito societário e criaram uma abrangente jurisprudência com base em inúmeras decisões de direito societário. Esta especialização e experiência do Poder Judiciário de Delaware assegura estabilidade jurídica e, em caso de ações judiciais, permite uma análise dos riscos de litígio que resulta em soluções mais rápidas, em comparação com os outros Estados da federação. (SCHULZ, 2006, p. 153-154 – tradução livre)

Este é um exemplo para o momento brasileiro, de reformas tanto na área processual quanto na própria estrutura do Estado, para combater as vicissitudes de nosso sistema legal que acaba por impactar negativamente os índices de competitividade brasileira quando comparados com outras nações, na busca por crescimento econômico equilibrado.

A criação de uma corte empresarial talvez seja algo fora da realidade brasileira, mas a instalação de varas ou fóruns regionais especializados em conflitos empresariais, dotados de procedimentos, jurisprudência e normas mais ágeis em harmonia com as práticas de mercado poderia ser algo que tornasse o Brasil um país com melhores condições para a atividade empresarial.

Neste sentido, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ensina:

A especialização com a criação de varas próprias também poderia ser um caminho para uma apreciação mais adequada daquela causa específica,

assegurando maior possibilidade de justiça e segurança nas relações jurídicas. (CARNEIRO, 2009, p. 6)

Com este estudo desejou-se demonstrar que a atividade empresarial, embora imersa no direito privado, é dotada de especificidades e particularidades que demandam um olhar mais atento do Poder Judiciário, em razão dos enormes desafios que a iniciativa privada enfrenta em tempos de globalização. Fazer frente aos pesados encargos sociais, colocar-se como empresa competitiva em mercados globais, competindo com países que há muito já desburocratizaram seus procedimentos e resolveram seus problemas de infraestrutura são alguns destes desafios que poderiam ser melhor enfrentados se o sistema legal brasileiro fosse capaz de responder de maneira adequada e tempestiva dos reclamos do setor produtivo.

CONCLUSÃO

Em suma, neste especial momento da realidade brasileira, em que debates sobre reformas estruturais capazes de prover as condições necessárias ao desenvolvimento adequado da economia e da sociedade estão colocados, demonstra-se que a condição peculiar da empresa, com suas missões, responsabilidades e desafios, carece de um sistema legal adequado, particularmente no tocante ao processo civil.

Iniciativas como a arbitragem, a aprovação de uma lei de recuperação – e não de simples falência da empresa – entre outras reformas recentes são exemplos importantes de regras legais (e processuais) que levam em consideração esta condição peculiar da iniciativa privada.

É necessário intensificar o movimento de criação de órgãos jurisdicionais especializados capazes de entender a efetiva necessidade dos litigantes empresariais.

Além de juízos especializados, procedimentos que atendam as especificidades dos diversos ramos da iniciativa privada e, talvez, a prioridade de trâmite em ações empresariais deveria ser medida considerada pelos responsáveis em planejar o futuro do direito brasileiro – em especial o direito processual.

A experiência de Delaware poderia servir de inspiração para algumas destas reformas, no sentido de dotar o sistema jurídico brasileiro de melhores condições de atendimento das demandas do setor produtivo.

Esta é apenas uma sugestão, que leva em consideração que empresa hoje é o ente que catalisa os fatores de desenvolvimento para a nação. Em especial porque o emprego do capital, mola propulsora da iniciativa privada, demanda regras adequadas e proteção à iniciativa privada em um cenário no qual os investimentos são projetados em escala global. *Para que o país se beneficie dos frutos que o desenvolvimento econômico é capaz de gerar, precisa criar regras que tutelem adequadamente este capital.* É este o papel da *análise econômica do direito*. Fazer chegar ao mundo jurídico ferramentas de tomadas de decisão adequadas a este novo panorama.

A demasiada demora na prestação da tutela jurisdicional e instabilidade da jurisprudência no trato dos assuntos empresariais representam problemas e configuram o que hoje se denomina “risco Brasil”, fator que torna nosso país pouco atrativo para investimentos de longo prazo. Isso constitui enorme barreira ao crescimento econômico, considerado como um dos meios para obtenção do pleno desenvolvimento do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 3ª ed. Mexico: UNAM, 2000.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. “Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações.” *Direito, Estado e Sociedade* n. 29. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 49-68, jul./dez. 2006.

ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*Esecuzione Forzata*” nel Sistema della Tutela Giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. MICHELAN, Tais Cristina de Camargo. “Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada.” *Revista de Direito Privado* n. 11. São Paulo: RT, p. 244-250, jul./set. 2002.

ARRUDA ALVIM. “Anotações sobre as Perplexidades e o Caminho do Processo Civil Contemporâneo.” In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

- BANCO MUNDIAL. *Doing Business in 2005: removing obstacles to growth*. Washington: World Bank/Oxford University Press, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BLACK Jr., Lewis S. *Why Corporations Choose Delaware*. Dover: Delaware Department of State/Division of Corporations, 2007.
- BRINA, Osmar, “Unificação do Direito Privado e Direito Empresarial.” In: BERALDO, Leonardo de Faria. *Direito Societário na Atualidade: Aspectos Polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Tutela Judicial do Crédito.” *Revista Eletrônica de Direito Processual* n. 3. Rio de Janeiro: UERJ, p. 4-12, jan./jun. 2009.
- CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da Empresa no Código Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.
- DAKOLIAS, Maria. “Elementos para Reforma.” Trad. Sandro Eduardo Sardá. *Documento Técnico Número 319: O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe*. Washington: Banco Mundial, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. “Tutela Jurisdicional.” *Revista Forense* n. 334. Rio de Janeiro: Forense, p. 19-41, abr./jun. 1996.
- DUARTE, Francisco Carlos. “Tempo e Decisão na Sociedade de Risco.” *Revista de Processo* n. 148. São Paulo: RT, p. 99-110, junho de 2007.
- EASTERBROOK, Frank H. FISCHER, Daniel R. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- EYZAGUIRRE, Hugo. “Institutions and Economic Development: Judicial Reform in Latin America.” In: *II Conference on Justice and Development in Latin America and the Caribbean*. Washington: Inter-American Development Bank, February 1996.

- GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.
- HUSNI, Alexandre. *Empresa Socialmente Responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MANCUSO, Wagner Pralon. OLIVEIRA, Amâncio Jorge de. “Abertura Econômica, Empresariado e Política: Os Planos Domésticos e Internacional.” *Lua Nova* n. 69. São Paulo: CEDEC/CNPq, p. 147-172, 2006.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. “Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual.” In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coords.) *Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, vol. II.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1995.
- POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- QUILLEN, William. HANRAHAN, Michael. “A Short History of the Delaware Court of Chancery: 1792-1992.” In: <<http://courts.delaware.gov/chancery/history.stm>>, acesso em 29/01/2011.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI Junior, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

- ROTH, João Luiz. *Por Que Não Crescemos Como Outros Países? Custo Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1999.
- SCHEINMAN, Mauricio. “O Judiciário e a vantagem das varas especializadas” In: <<http://blogdoscheinman.blogspot.com/2009/11/o-judiciario-e-vantagem-das-varas.html>>, acesso em 29/01/2011.
- SCHULZ, Martin. “European Challenges for German Law: An Analysis of the Recent Jurisprudence of the European Court of Justice on the Freedom of Establishment and its Impact on German Corporate Law and Conflict Law.” In: MILLER, Russel A. ZUMBANSEN, Peer. (editors). *Annual of German and European Corporate Law*. New York/Oxford: Berghahn Books, 2006, vol. II/III.
- TAVARES, Filipe Mascarenhas. “*Sham Litigation*: abuso do direito de ação. Atos de má-fé e sua vantagem indevida.” In: <<http://jus.com.br/revista/texto/18730>>, Acesso em: 30 dez. 2011.
- TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. “Direito, Mercado e Função Social.” In: <www.iders.org/textos/direito_mercado_funcao_social.pdf>, acesso em 20/07/2010.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.