

# **TEMAS EM DIREITO E ECONOMIA**



www.lumenjuris.com.br

### Editor

João Luiz da Silva Almeida

### Conselho Editorial Brasil

Abel Fernandes Gomes	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Adriano Pilatti	Gisele Cittadino	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Noronha de Ávila	Marcelo Pinto Chaves
Ana Alice De Carli	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Ribeiro Uchôa
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Dias	Márcio Ricardo Staffen
André Abreu Costa	Jean Carlos Fernandes	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Beatriz Souza Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marcus Mauricius Holanda
Bleine Queiroz Caúla	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Maria Celeste Simões Marques
Bruno Soeiro Vieira	João Marcelo de Lima Assafim	Milton Delgado Soares
Daniela Copetti Cravo	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.	Murilo Siqueira Comério
Daniele Maghelly Menezes Moreira	José Ricardo Ferreira Cunha	Océlio de Jesus Carneiro de Moraes
Diego Araujo Campos	José Rubens Morato Leite	Ricardo Lodi Ribeiro
Enzo Bello	Josiane Rose Petry Veronese	Salah Hassan Khaled Jr.
Firly Nascimento Filho	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Sérgio André Rocha
Flávio Ahmed	Lúcio Antônio Chamon Junior	Simone Alvarez Lima
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Luigi Bonizzato	Valter Moura do Carmos
Frederico Price Grechi	Luis Carlos Alcoforado	Vicente Paulo Barreto
Geraldo L. M. Prado		Victor Sales Pinheiro
		Vinicius Borges Fortes

### Conselho Editorial Internacional

Antônio José Avelãs Nunes (Portugal)  
Boaventura de Sousa Santos (Portugal)  
Diogo Leite de Campos (Portugal)

### Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*) | Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

### Filiais

**Sede: Rio de Janeiro**  
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala 301  
CEP: 22795-415  
Recreio dos Bandeirantes  
Rio de Janeiro – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

**Maceió**  
(Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
cristiano@lumenjuris.com.br  
Maceió – AL  
Tel. (82) 9-9661-0421

**São Paulo**  
(Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

## **Coordenadores**

Armando Castelar Pinheiro

Antônio José Maristrello Porto

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

## **Prefácio**

Sérgio Guerra

# **TEMAS EM DIREITO E ECONOMIA**

Bianca Medalha Mollicone

Carlos Frederico Ramos de Jesus

Daniela Juliano Silva

Danielle Pierrondi Abrahão Veloso

Heloisa Gomes Medeiros

Humberto Cunha dos Santos

Janaina Vieira de Castro

Juliana Marques Salles

Lázaro Reis

Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves

Lucas Bevilacqua

Magna Corrêa de Lima Duarte

Ricson Moreira Coelho da Silva

Roberta Simões Nascimento

Rodrigo Kanayama

Semírames de Cássia Lopes Leão

Thiago Pedroso de Andrade

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2021

Copyright © 2021 by Armando Castelar Pinheiro  
Antônio José Maristrello Porto  
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Categoria: Direito Civil

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

T278t

Temas em direito e economia / coordenadores Armando Castelar Pinheiro,  
Antônio José Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Ja-  
neiro : Lumen Juris, 2021.  
408 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-5510-737-1

1. Direito público. 2. Direito privado. 3. Direito e economia. 4. Concorrência.  
5. Covid-19. I. Pinheiro, Armando Castelar. II. Porto, Antônio José Maristrello.  
III. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. IV. Título.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

## Prefácio

A Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio) há mais de uma década se dedica ao estudo da interação entre direito e economia. Em 2008, foi criado o Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE), o qual, desde então, desenvolve atividades de ensino e pesquisa em torno de temas como superendividamento, saúde e regulação financeira e de infraestrutura.

Dentro dessa perspectiva interdisciplinar, a FGV Direito Rio realizou uma iniciativa de capacitação docente, com o objetivo de difusão das ferramentas econômicas como instrumentos que auxiliem os juristas a realizar uma análise mais abrangente dos fenômenos sociais. O objetivo do programa consistiu em, por meio da capacitação de docentes nos instrumentos trazidos pela análise econômica do direito (AED), indiretamente fornecer aos seus alunos, futuros profissionais, uma oportunidade de buscarem soluções para os complexos problemas da contemporaneidade que sejam mais aderentes à realidade que se apresenta.

Durante uma semana, recebemos em nossa sede quarenta professores de instituições de ensino jurídico das cinco regiões do país. São professores que ministram disciplinas nos mais distintos ramos do direito, como civil, empresarial, trabalhista, tributário, constitucional, administrativo e ambiental. Naquela oportunidade, foi realizado um programa intensivo, totalizando quarenta horas-aula, sobre como introduzir elementos de teoria econômica nas matérias dos cursos de bacharelado em direito.

Após essa imersão na AED, os professores foram convidados a colocar por escrito suas reflexões sobre os temas cobertos em um artigo que explorasse a interação entre direito e economia, cobrindo algum aspecto das disciplinas que ministram. Os textos daqueles que atenderam ao nosso convite são agora publicados nesta obra.

O leitor tem à sua disposição um conjunto vasto de assuntos abordados com grande profundidade. Contratos, concorrência, tributação, propriedade intelectual e mercado de trabalho são alguns exemplos. Há também textos que abordam problemas relacionados aos impactos sociais da pandemia causada

pela COVID-19, muitos dos quais o direito tem sido chamado a resolver. Sem dúvida, a solução passará por uma abordagem que necessitará levar em conta as consequências práticas das decisões de gestores, juízes e órgãos controladores, como, aliás, exige o direito positivo, principalmente após a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aprovada em 2018. A economia tem muito a contribuir neste processo.

Com a publicação deste livro, a FGV Direito Rio reafirma o seu compromisso com uma visão interdisciplinar do estudo dos fenômenos sociais, fiel ao cumprimento da sua missão institucional de ser referência no ensino e na pesquisa jurídica para auxiliar o desenvolvimento e avanço do país.

Boa leitura!

**Sérgio Guerra**

Diretor da FGV Direito Rio

# Apresentação

A presente obra compila artigos escritos por professores que participaram do Programa de Capacitação Docente em Direito e Economia promovido pela FGV Direito Rio em 2020. O projeto tem o intuito de difundir conhecimento e possibilidades de aplicação de ferramentas econômicas na análise de questões jurídicas nos cursos de bacharelado e pós-graduação em direito do país.

Os textos a seguir são reflexões profundas acerca dos incentivos e consequências econômicas de institutos jurídicos e políticas públicas. A sua leitura permitirá confirmar a atualidade e a relevância das temáticas abordadas. Os artigos tratam de uma vasta gama de assuntos, razão pela qual optamos por organizar os textos em ordem alfabética de autores.

O livro se inicia com o artigo de Bianca Medalha Mollicone, o qual apresenta um debate acerca dos dilemas que as novas tecnologias trouxeram para a sociedade, expondo preocupações que afetam o cenário jurídico-regulatório. O texto aponta uma agenda de pesquisa no que tange à regulação e à defesa da concorrência no mercado de plataformas digitais.

Carlos Frederico Ramos de Jesus propõe uma reflexão sobre eficiência e justiça. O autor sustenta a impossibilidade de substituir uma pela outra, mas observa que, com relação a temas em torno da justiça distributiva, faz-se necessário um raciocínio consequencialista e sensível aos resultados, para cujo fim a economia pode ser de grande valia.

Daniela Juliano Silva traz uma reflexão a respeito do Direito Tributário no cenário de excepcionalidade instaurado pela pandemia de COVID-19, sob a perspectiva da análise econômica do direito. Nesse contexto, a autora apresenta um enfoque voltado às medidas tomadas pelo governo federal em matéria tributária e seu impacto nas relações econômicas.

Danielle Pierrondi Abrahão Veloso analisa uma possível importação da teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*) ao direito brasileiro. O texto discute vantagens e desvantagens da adoção da indenização e da execução específica como remédios para casos de inadimplemento contratual, assim como as diferentes origens dessas soluções, a partir da distinção entre *common law* e *civil law*.

Heloísa Gomes Medeiros e Thiago Pedroso de Andrade utilizam elementos de análise econômica do direito para realizar reflexões sobre o setor do audiovisual, o qual ganha impulso no contexto da economia criativa. Os autores discutem os efeitos decorrentes do tratamento conferido à produção audiovisual, que privilegia a tutela a partir de direito de propriedades sobre essas obras (propriedade intelectual) à luz do interesse em se desenvolver uma sociedade informacional.

Humberto Cunha dos Santos procede a uma análise de como a pandemia do novo coronavírus intensificou o comércio eletrônico, influenciando diretamente a preocupação sobre a preservação da concorrência na economia digital. Neste sentido, o autor sugere que a atual conjuntura se tornou uma oportunidade de grandes mudanças no *e-commerce*, observando, por outro lado, preocupações advindas da nova dinâmica concorrencial inaugurada pelas plataformas digitais.

Janaína Vieira de Castro discute, sob o ponto de vista do direito e economia do trabalho, as medidas provisórias editadas pelo governo federal para tratar da preservação do emprego e da renda no contexto do estado de calamidade decorrente da pandemia ocasionada pela COVID-19, bem como as decisões do Supremo Tribunal Federal relativas às MPs 927/20 e 936/20.

Juliana Marques Salles busca verificar a possibilidade de utilização da análise econômica do direito enquanto meio para garantir segurança jurídica na aplicação da teoria do adimplemento substancial, inclusive em cotejo com o princípio da função social dos contratos. A autora sustenta que ambas podem ser utilizadas em conjunto para lograr que os contratos cumpram as suas funções jurídica, econômica e social.

Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves apresenta uma reflexão acerca da reversão de bens nos contratos de concessão de serviço público, com o objetivo de identificar os possíveis efeitos econômicos causados pela reversão de bens no fim do prazo de vigência dos contratos, sem a efetiva garantia de prévio pagamento de indenização à concessionária pelos investimentos realizados e não amortizados ou depreciados. Após a descrição dos principais pontos da teoria da reversão dos bens, e tomando como apoio teórico a formulação do teorema de Coase, o autor discute possíveis ineficiências geradas pela ausência de garantia de pagamento dos investimentos às concessionárias. Leonardo levanta ainda a possibilidade de a própria reversão de bens, em si, ser um instrumento ineficiente.

Lucas Bevilacqua e Lázaro Reis Pinheiro Silva refletem sobre os impactos negativos gerados pelo uso do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) como instrumento de política fiscal dos Estados. Para os autores, ao se desconsiderar o princípio constitucional da seletividade — objeto de diversas controvérsias — acaba-se por gerar externalidades negativas, ocasionando custos sociais.

O texto de Magna Corrêa de Lima Duarte tem por pano de fundo a Ordem Constitucional Econômica de 1988 e as dificuldades de se efetivarem os direitos econômicos, sociais e culturais. A autora ilustra a atual situação do país, agravada com a pandemia decorrente da COVID-19, e indaga sobre como sopesar questões jurídicas e econômicas com relação a ações de despejos, remoções e reintegração de posse em contextos de crise econômica.

Ricson Moreira Coelho da Silva as implicações dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência em face do dever fundamental de pagar tributos, concebendo a tributação como uma espécie de regulação da economia que representa um fator importante quanto à indução de comportamentos dos agentes econômicos. Tendo em vista tais circunstâncias, o autor discute em que medida o desenho da política fiscal tributária poderia ser aperfeiçoado, com a finalidade de produzir uma alocação de recursos mais eficiente, ainda que ocorram prejuízos aparentes a alguns competidores e à própria livre iniciativa.

Roberta Simões Nascimento aborda as complexidades da estrutura de tomada de decisão no Poder Legislativo. A autora busca investigar como a análise econômica do direito se desdobra no curso do processo legislativo, visando apresentar como a teoria da escolha pública explica o comportamento dos agentes envolvidos na elaboração das leis do Brasil.

Rodrigo Kanayama desenvolve artigo em que questiona se os agentes públicos reagem a incentivos de maneira semelhante às pessoas privadas. O autor defende que, tal como nas relações privadas, agentes públicos buscam maximizar seus próprios interesses, que podem estar atrelados à reeleição ou a outros benefícios de caráter pessoal.

Semírames de Cássia Lopes Leão aplica a noção de eficiência ao processo coletivo, com vistas a discutir ganhos de economicidade e vantagens da via jurisdicional coletiva, em comparação ao modelo de demandas individuais. O estudo tem por base preceitos teóricos e contribuições da análise econômica

do direito processual civil, os quais subsidiam uma orientação em favor, como regra, das demandas de caráter coletivo.

Como o elenco acima permite verificar, as possibilidades de análise de fenômenos jurídicos a partir da utilização de ferramentas da economia são múltiplas. Estão presentes nos mais diferentes ramos do direito, públicos e privados, tanto em institutos tão tradicionais como os contratos, quanto em questões mais afetas à contemporaneidade, como economia criativa e plataformas digitais.

Esperamos que esta obra possa despertar nos professores o interesse em se utilizarem da interação entre direito e economia em sua atividade docente, e que essa prática se revele frutífera ao exercício da atividade profissional dos futuros juristas do país.

**Armando Castelar Pinheiro**

**Antônio José Maristrello Porto**

**Patrícia Regina Pinheiro Sampaio**

# Sumário

Capítulo 1. Uma agenda de pesquisa em regulação e defesa da concorrência para plataformas digitais.....	1
---	---

*Bianca Medalha Mollicone*

Capítulo 2. Entre justiça e eficiência: sobre a interação entre Direito e Economia .....	25
--	----

*Carlos Frederico Ramos de Jesus*

Capítulo 3. Análise Econômica do Direito Tributário em Tempos de Covid-19 .....	45
---	----

*Daniela Juliano Silva*

Capítulo 4. Efficient Breach Theory — Ensaio sobre a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito contratual brasileiro a partir da análise da Law and Economics .....	81
--	----

*Danielle Pierrondi Abrahão Veloso*

Capítulo 5. A indústria do audiovisual e os direitos de propriedade intelectual: uma introdução à análise do Direito e da Economia .....	109
--	-----

*Heloisa Gomes Medeiros*

*Thiago Pedroso de Andrade*

Capítulo 6. A intensificação do comércio eletrônico e das plataformas digitais com a Covid-19 e o reforço das preocupações antitruste na preservação da concorrência na economia digital .....	135
--	-----

*Humberto Cunha dos Santos*

Capítulo 7. Direito do trabalho de crise ou emergencial: o novo normal?... 171

*Janaína Vieira de Castro*

Capítulo 8. A função social do contrato e a teoria do adimplemento substancial sob a ótica da Análise Econômica do Direito..... 189

*Juliana Marques Salles*

Capítulo 9. Os efeitos econômicos da reversão de bens nos contratos de concessão..... 215

*Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves*

Capítulo 10. Tributação sobre o consumo, incentivos fiscais de ICMS e externalidades positivas e negativas..... 237

*Lázaro Reis*

*Lucas Bevilacqua*

Capítulo 11. Propriedade, Direito e Economia: o princípio constitucional da função social da propriedade urbanística sob a égide do Estado de Exceção Econômico ..... 257

*Magna Corrêa de Lima Duarte*

Capítulo 12. Análise econômica da liberdade de iniciativa e da livre concorrência em face do dever fundamental de pagar tributos: propostas para reflexão ..... 277

*Ricson Moreira Coelho da Silva*

Capítulo 13. Análise econômica do processo legislativo: a teoria da escolha pública, a racionalidade coletiva e o comportamento estratégico na política brasileira ..... 297

*Roberta Simões Nascimento*

Capítulo 14. Escolhas e serviços públicos: uma análise do Direito e da Economia .....	351
--	-----

*Rodrigo Kanayama*

Capítulo 15. A eficiência da tutela jurisdicional coletiva e a análise econômica do direito .....	365
--	-----

*Semírames de Cássia Lopes Leão*

Sobre os Coordenadores.....	385
-----------------------------	-----

Sobre os Autores.....	387
-----------------------	-----



# ***Capítulo 1. Uma agenda de pesquisa em regulação e defesa da concorrência para plataformas digitais***

*Bianca Medalha Mollicone*

## **1. Introdução**

Nas últimas duas décadas, algumas empresas de tecnologia modificaram o modo de vida da humanidade, afetando em especial a forma como, há séculos, inúmeras transações vinham sendo realizadas. Denominadas em conjunto por GAFA, Google, Apple, Facebook e Amazon possuem conjuntamente um valor de mercado de três trilhões de dólares e investem anualmente US\$ 70 bilhões em pesquisa e desenvolvimento<sup>1</sup>.

De acordo com dados publicados na Foreign Affairs (MAYER-SCHÖNBERGER, 2018): i) a cada dez buscas realizadas na internet no mundo, nove são realizadas pelo Google; ii) o Facebook, que adquiriu o Instagram e o WhatsApp, é a maior plataforma de mídia social do mundo, com mais de dois bilhões de usuários; iii) juntos, Google e Facebook dominam mais de cinquenta por cento do mercado de anúncios online; iv) a Apple, que começou como uma fabricante de computadores, hoje detém a maior revenda de apps para celulares no mundo e o segundo maior negócio de streaming, dominando aproximadamente um terço do mercado; e v) a Amazon é responsável por quase metade de cada dólar gasto em compras online nos Estados Unidos.

Em 2020, pelo terceiro ano consecutivo, a Amazon ocupa o primeiro lugar no ranking das marcas mais valiosas do mundo, de acordo com os dados da consultoria Brand Finance, especializada em avaliação de negócios, seguida por Google, Apple e Microsoft<sup>2</sup>. O Facebook aparece na sétima posição.

---

1 [https://www.analysisgroup.com/globalassets/uploadedimages/content/insights/ag\\_features/tirole-roundtable-synthesis-english.pdf](https://www.analysisgroup.com/globalassets/uploadedimages/content/insights/ag_features/tirole-roundtable-synthesis-english.pdf).

2 UOL. (2020). **Amazon lidera ranking de marcas mais valiosas de 2020; Google passa a Apple**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/02/23/amazon-lidera-ranking-de-marcas-mais-valiosas-de-2020-google-passa-a-apple.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 14 jun. 2020.

Os modelos de transporte, reserva de hotéis e até mesmo de hospedagem e reservas de restaurante foram absolutamente transformados por empresas como Uber, Lyft, Booking.com, Open Table e tantas outras. De fato, as plataformas digitais são hoje o grande motor de disrupção em vários mercados. Elas vêm alterando inúmeras indústrias, da logística à publicidade, e o próprio modo de vida em sociedade, trazendo consigo os desafios mais diversos, não apenas no campo da economia, mais especificamente na área da organização industrial, como também no campo do direito

Se é certo que as plataformas digitais trouxeram imensa dinamização econômica e inúmeros benefícios aos seus usuários, também se pode afirmar que vêm suscitando inúmeras preocupações para a sociedade em geral. Como destaca Tirole (2020, p. 2), o entusiasmo inicial com a revolução tecnológica ainda em curso tem dado lugar ao que o Oxford Dictionary definiu, em 2018, como *techlash*. O termo denotaria uma forte e disseminada reação negativa ao poder e à influência crescentes das grandes empresas de tecnologia, particularmente as baseadas no Vale do Silício<sup>3</sup>.

Na verdade, para alguns o termo *techlash* teria uma conotação ainda maior (TIROLE, 2020, p. 3). Cidadãos em todo o mundo vêm expressando uma reação negativa, não apenas às chamadas *Big Techs*, mas também às tecnologias da informação e, de forma geral, à própria tecnologia. Essas reações refletem preocupações resultantes das incertezas sobre o futuro do trabalho, frente à inteligência artificial e à robótica, de questões sobre otimização tributária pelas plataformas globais, das ameaças à privacidade e do imenso poder político desses grandes players.

Atkinson *et al* (2019) apontam vinte e duas razões relacionadas ao *techlash*, dentre as quais destacamos: a) as *tech companies* estariam destruindo a privacidade do consumidor<sup>4</sup> e conduzindo a uma sociedade de vigilância por parte dos governos; b) as plataformas estariam explorando os consumidores

3 “a strong and widespread negative reaction to the growing power and influence of large technology companies particularly based in Silicon Valley,” according to Oxford’s definition. (STANLEY-BECKER, 2018)

No Macmillan Dictionary: “*Techlash* - a strong reaction against the major technology companies, as a result of concerns about their power, users’ privacy, the possibility of political manipulation etc.”. Disponível em: <https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/techlash>

4 Sobre capitalismo de vigilância, vide: ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. New York: Public Affairs, 2019.

ao se utilizarem de uma enorme quantidade de dados pessoais sem remunerar adequadamente seus titulares; c) a inteligência artificial seria inerentemente tendenciosa. Vieses na utilização de *Big Data*, discriminação em decisões automatizadas e algoritmos que ameaçam liberdades civis representam apenas alguns dos temores que surgem quando se permite que decisões sejam tomadas por inteligência artificial; d) a tecnologia e as big techs estão criando monopólios e afetando o crescimento de startups, com o declínio da competição<sup>5</sup>, levando reguladores a cogitarem em adotar as soluções outrora utilizadas em casos como os da Standard Oil e da AT&T.

Foi em decorrência das preocupações expressas no item “c” acima que, em 2019, houve a propositura, no Senado dos Estados Unidos, do *Algorithmic Accountability Act*, que autorizará a *Federal Trade Commission* (FTC) a criar normas para que as empresas sob sua jurisdição, que atendam às qualificações de *Covered Entity*<sup>6</sup> estabelecidas no Ato em comento, sejam obrigadas a apresentar relatórios de impacto de sistemas de decisão automatizada (*Automated Decision System Impact Assessment*), referentes tanto a sistemas novos quanto àqueles já existentes, avaliando o sistema e seu processo de desenvolvimento, incluindo os dados de design e treinamento do sistema de decisão automatizada, com relação aos impactos na precisão, justiça, preconceitos eventualmente incorporados ao algoritmo, discriminação, privacidade e segurança.

De fato, acadêmicos têm se questionado se o poder das plataformas requer uma nova regulação por parte dos Estados, ou até mesmo na esfera institucional internacional. A regulação e a defesa da concorrência nesses mercados será, portanto, um dos temas de pesquisa recorrente nos próximos anos, trazendo questões sobre se as ferramentas tradicionais utilizadas para

5 LYNN, Barry C. and KAN, Lina. The Slow-Motion Collapse of American Entrepreneurship. *Washington Monthly*, July/August 2012. Disponível em: <https://washingtonmonthly.com/magazine/julyaugust-2012/the-slow-motion-collapse-of-american-entrepreneurship/>.

6 Empresas que: a) tenham receitas brutas anuais médias superiores a cinquenta milhões de dólares nos três últimos exercícios fiscais; b) detenham ou controlem informações pessoais de mais de um milhão de consumidores ou em mais de um milhão de dispositivos de consumo; c) empresas que pertençam ou sejam operadas ou controladas substancialmente por indivíduos ou outras empresas que atendam aos requisitos “a” e “b”; d) sejam corretoras de dados ou outras entidades comerciais que exerçam, de forma substancial em suas atividades, a coleta, agregação ou manutenção de informações pessoais sobre um indivíduo que não seja um cliente ou funcionário dessa entidade, com o objetivo de vender ou negociar as informações ou fornecer acesso a elas para terceiros. (ESTADOS UNIDOS, 2020, p. 01)

a definição de mercado, avaliação do poder de mercado, eficiência e efeitos de condutas excludentes, dentre outros, seriam suficientes para solucionar os problemas trazidos pela economia de plataformas.

Importante notar que, nos Estados Unidos, economistas e formuladores de políticas públicas vêm demonstrando preocupação com o aumento de poder de monopólio das firmas em geral nos últimos anos, e isso não apenas no que tange às Big Techs e aos setores em que essas atuam (SHAPIRO, 2019; BERRY *et al*, 2019; PHILIPPON, 2019; POSNER AND WEIL, 2018). Com efeito, relatórios a respeito da regulação e da defesa da concorrência na Economia Digital têm sido produzidos em todo o mundo, destacando-se, dentre eles, o da Comissão Europeia (CRÉMER *et al*, 2019), o do Stigler Center da Universidade de Chicago (SCOTT MORTON *et al*, 2019) e o relatório Furman (COYLE *et al*, 2019) para o Reino Unido.

Como se pode observar, as questões trazidas são complexas e, para melhor resolução, demandam um esforço conjunto dos campos de direito e economia. O presente artigo pretende, apoiado nos trabalhos mencionados, incluindo o de Jean Tirole<sup>7</sup> sobre competição e o desafio industrial para a era digital (TIROLE, 2020), apontar uma agenda de pesquisa no que tange à regulação e à defesa da concorrência nos mercados de plataformas digitais.

Para tanto, após esta introdução, serão abordadas na seção 2 algumas características dos chamados mercados de plataforma, também conhecidos como mercados de dois lados, passando-se, na seção 3, às críticas postas no que tange ao aumento de concentração e poder de mercado das empresas americanas nos últimos anos e o questionamento sobre os atuais mecanismos de regulação e concorrência. Na seção 4, discorre-se sobre algumas propostas feitas por Tirole (2017, 2020) e pelos relatórios americano, europeu e inglês, que buscaram endereçar essas questões no âmbito dos mercados de plataformas digitais, apontando uma agenda de pesquisa sobre o tema, fechando o trabalho, na seção 5, com uma breve conclusão.

---

7 Tirole foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia em 2014 por seus trabalhos sobre poder de mercado e regulação.

## 2. *Two-sided markets* ou mercados de plataforma<sup>8</sup>

As plataformas têm em comum o fato de serem exemplos de mercados de dois lados (*two-sided markets*), *i.e.*, aqueles nos quais compradores e vendedores interagem por meio de um ente intermediário. Tome-se como exemplo a Amazon: ao prover um *marketplace* digital, ela não apenas conecta os que querem comprar com os que querem vender, como também acaba funcionando como uma espécie de “regulador”, assegurando que as transações ocorram de acordo com certas regras. Em alguns casos, as plataformas podem chegar inclusive a regular preços: observe-se, *v.g.*, o iTunes da Apple, que limita o valor do download a praticamente um dólar por música (TIROLE, 2017).

O modelo de mercado de plataformas, ou mercados de dois lados, ou ainda mercados multi lados, não é novo<sup>9</sup> (OCDE, 2018, p. 4). Muitas pesquisas nesse campo tiveram início com o estudo dos cartões de crédito, um típico mercado de dois lados, que foram objeto dos trabalhos de Rochet e Tirole (2003, 2004, 2006, 2011).

Pode-se definir mercados de dois lados “como aqueles em que uma plataforma permite a interação entre usuários finais, buscando atrair ambos os lados por meio da cobrança de uma “taxa” apropriada de cada um deles ou de apenas um (ROCHET e TIROLE, 2004)”<sup>10</sup>.

Sua intenção é aproximar usuários que podem se beneficiar de uma interação conjunta, o que ocorre, por exemplo, com consumidores de videogames e os desenvolvedores desses jogos, usuários de sistemas operacionais e desenvolvedores de aplicativos para sistemas operacionais, leitores e anunciantes de plataformas de mídia, portadores de cartão de crédito e vendedores para transações pagas com cartões de crédito. Cabe à plataforma formatar um modelo de negócios viável, capaz de atrair os dois lados.

A existência de externalidades positivas de rede é uma das características mais marcantes da economia de plataformas e igualmente uma das razões da existência de um alto grau de concentração nesse modelo de negócio. Tomando-se como exemplo uma rede social como o Instagram, é certo que

8 Essa seção é fortemente apoiada em MOLLICONE, 2019.

9 Veja-se, *v.g.*, os jornais: durante décadas eles venderam a atenção dos leitores para os anunciantes.

10 MOLLICONE (2019).

seus usuários darão tão mais valor a sua participação na rede quanto maior for o número de conhecidos com quem possam interagir. No caso dos cartões de crédito acontece o mesmo: os estabelecimentos querem um cartão que seja detido pela maior parte dos consumidores e estes querem um cartão que seja aceito na maior parte das lojas. É justamente a interdependência da demanda entre os dois lados desse mercado que gera tais externalidades de rede. Para que uma plataforma tenha sucesso, é preciso que atraia e conserve os dois grupos, ampliando sua base.

Essas externalidades podem ser diretas, como no caso de uma rede social como o Facebook, ou indireta, como, por exemplo, no caso de apps ou games que são criados para uma plataforma: quanto maior for o número de pessoas usando a plataforma, maior será também o número de apps, e vice-versa (TIROLE, 2017, p. 397).

Abstraindo-se da questão do poder de mercado, tratando-se da Amazon ou de uma pequena plataforma de venda, uma menor carga financeira será alocada pela plataforma no lado em que a presença de usuários beneficia a maior parte dos usuários do outro lado. Novamente, é a interdependência entre os dois lados que usualmente acarreta essa estrutura de preços distorcida. Como destacam Rochet e Tirole (2004), a regulação não deve ser aplicada de forma padrão nesses mercados.

De fato, caso a autoridade regulatória não compreenda perfeitamente as peculiaridades dos mercados bilaterais e analise os dois lados isoladamente, ela pode, de modo equivocado, entender que preços predatórios estão sendo praticados no lado onde se cobram os preços mais baixos ou entender que o preço é excessivo no lado onde são cobrados preços mais altos. Nada mais enganoso. A verdade é que essa é a estrutura de preços para esse tipo de indústria, e seria adotada em qualquer ambiente competitivo. Isso é comprovado quando se observa que tal estrutura também é utilizada por pequenas plataformas entrantes (ROCHET e TIROLE, 2004).

Os mercados bilaterais certamente merecem a atenção das autoridades regulatórias, sendo importante sua intervenção em plataformas que ofereçam um serviço para seus clientes, mas que não sejam a única forma de efetuar determinada compra. Tome-se como exemplo o que ocorre com reservas de hotéis ou passagens aéreas. É possível efetuar a reserva de um hotel tanto por

meio de uma plataforma como a Booking.com como diretamente no site do próprio hotel ou por meio de uma agência.

A plataforma usualmente cobra uma taxa do vendedor e requer que haja uma “coerência de preço”, *i.e.*, o vendedor deverá cobrar por uma transação que ocorra na plataforma um valor que corresponda, no máximo, àquele que seria cobrado caso o consumidor utilizasse um outro meio para realizá-la (ou seja, a transação da plataforma não pode ser objeto de uma sobretaxa). Muito embora uma exigência desse gênero tenha a aparência de justa, há riscos envolvidos; quais sejam, essas taxas cobradas do vendedor acabam em parte sendo repassadas para outros consumidores que não utilizam a plataforma<sup>11</sup>.

*In casu*, a falha de mercado que pode ser observada não é a estrutura de preços distorcida mencionada acima, essa sim própria dos mercados bilaterais e que poderia induzir a erro o regulador. A falha é, na verdade, a externalidade gerada para uma parte não contratante. As análises perpetradas por Tirole (2017, p. 396) demonstram que a taxa cobrada do vendedor deve obedecer ao antigo princípio pigouviano. Tratando-se, por exemplo, de pagamentos com cartões de crédito ou débito, a taxa do vendedor deve ser igual ao benefício que o vendedor obtém de um pagamento efetuado com cartão, quando comparado a outro método de pagamento, baseando-se no princípio da internalização das externalidades. O consumidor, que pode decidir que método usar, ao efetuar o pagamento não gera qualquer externalidade para o vendedor. Importante destacar que esse princípio passou a ser a doutrina usada pela Comissão Europeia para a regulação dos sistemas da Visa e da Mastercard.

Nesse contexto, a regulação dos mercados multi lados precisa ser feita partindo-se dos estudos econômicos que já existem sobre eles, dadas as peculiaridades que a eles se aplicam. No que tange à crescente concentração que vem sendo observada, é importante que sejam aprofundados os estudos no sentido de compreender se a análise econômica dessas estruturas demonstra a existência de pontos relacionados à competição e ao poder de mercado que não possam ser abarcados pela atual estrutura legal da defesa da concorrência, conforme veremos no próximo item.

---

11 Vale dizer, como o vendedor precisa recuperar o valor da taxa paga à plataforma na sua tarifa (*e.g.*, a diária do hotel, ou a entrada do cinema), e esta não pode diferenciar quem usa e quem não usa a plataforma, quem não usa também estará pagando parte da taxa paga pelo vendedor à plataforma, ainda que não a usando.

### **3. Regulação, defesa da concorrência e aumento do poder de mercado**

Regulação, defesa da concorrência e proteção ao consumidor, embora tenham corpos teóricos e legais distintos estão intrinsecamente relacionados. Em pesquisa realizada sobre políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica, Matias-Pereira (2006, p. 14-15) resumizou que essas três linhas de atuação governamental resultam do reconhecimento da existência de falhas de mercado, segundo a teoria econômica. Regulação e defesa do consumidor adviriam de questões relacionadas ao poder de mercado, assimetria informacional, existência de bens públicos e externalidades. Quanto ao direito concorrencial, definido como “um conjunto de princípios e normas jurídicas capazes de regular o poder econômico, bem como suas manifestações nos mercados definidos como relevantes”, ele estaria situado entre três vetores distintos; quais sejam, o da política econômica, da dogmática do direito econômico e da teoria econômica (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 14-15).

Mecanismos de regulação, defesa da concorrência e, por consequência, defesa do consumidor são essenciais na economia de plataformas, como veremos a seguir.

#### **3.1 O crescimento da concentração e o questionamento dos mecanismos atuais de regulação e defesa da concorrência**

Desde a promulgação do *Sherman Act*, em 1890, complementado em 1914 pelo *Clayton Act* e pelo *Federal Trade Commission (FTC) Act*, os EUA implementaram um forte aparato antitruste, com leis e instituições capitaneadas pelo *Department of Justice (DOJ)* e pela FTC, além dos litígios antitruste privados. Para Shapiro (2019, p. 69), durante mais de um século as interpretações judiciais nos casos concretos, influenciadas por pesquisas e evidências econômicas, contribuíram para o desenvolvimento desse campo, levando os Estados Unidos no século XX a exercer uma posição de liderança mundial na criação e implementação de políticas competitivas para controlar cartéis e fusões, combatendo o poder de monopólio.

No final do século XIX também foram lançadas naquele país as bases para a regulação dos serviços públicos (eletricidade, linhas férreas etc.). Agências reguladoras foram criadas e deram início à aferição de informações de custos e receitas desses monopólios naturais, garantindo uma taxa de retorno justa sobre os investimentos realizados pelos concessionários. Tal sistema foi sendo aperfeiçoado no início do século XX pelas revisões judiciais dos processos e decisões regulatórias. (TIROLE, 2020).

Shapiro (2019, p. 69) destaca que nas últimas décadas as maiores empresas americanas têm respondido por uma fatia cada vez maior da atividade econômica, além de estarem experimentando um crescimento acentuado dos seus lucros e margens de preços sobre custos. O poder econômico das Big Techs também tem crescido desmedidamente, levando o autor a se questionar se as leis e instituições antitruste americanas falharam. Para ele, as leis antitruste norte americanas vêm de uma era em que as mudanças nos transportes e na comunicação e os avanços tecnológicos nas linhas de produção geraram economias de escala sem precedentes, levando ao surgimento dos grandes conglomerados industriais. Hoje, o avanço imenso experimentado pelo advento das tecnologias da informação aliadas à globalização, possibilitou o crescimento do que ele chama de *superstar firms*, que vêm capturando uma parcela crescente da atividade econômica, sendo especialmente dramática a emergência das Big Techs (SHAPIRO, 2019, p. 90).

Como destacam Berry *et al* (2019, p. 53), parece plausível que algumas das noções básicas da organização industrial moderna, tais como condições de custo e demanda e ambiente de preços, venham mudando nas últimas décadas. Os autores exemplificam com a adoção das tecnologias da informação (TI). Elas representam um custo fixo, envolvendo *hardwares*, como servidores, ou *softwares*. Nesse contexto, nas firmas e indústrias em que houve crescimento intensivo na utilização de TI, os custos fixos passaram a ser crescentes, o que leva também a *markups* crescentes e pode resultar em mercados dominados por uma ou por um pequeno número de firmas<sup>12</sup>. Tome-se como exemplo o desenho de um algoritmo de primeira linha, utilizando-se de ferramentas onerosas de *web cra-*

12 *Markup* é aqui definido como sendo um índice aplicado sobre o custo de um produto ou serviço, a partir do qual se obtém o preço de venda, *i.e.*, é um método de precificação baseado no custo. Não há que se confundir markup com margem de lucro. Esta última é obtida pela divisão do lucro unitário pelo preço de venda de um produto ou serviço. O markup é utilizado para se atingir a margem de lucro desejada.

*wling* e indexação<sup>13</sup> (ambas absolutamente necessárias para que o mecanismo de busca seja efetivo). Não é por coincidência que existem apenas dois players em língua inglesa nessa indústria, Google e Bing, com o Google dominando o mercado com larga margem (TIROLE, 2020, p. 2).

Observando-se o lado da demanda, a importância crescente das externalidades de rede, que, como mencionamos na seção 2, se tornaram preponderantes com o crescimento das plataformas digitais, também pode levar a uma concentração de mercado, caracterizada por markups mais elevados (BERRY *et al*, 2019, p. 53).

A relevância cada vez maior das externalidades de rede tem sido apontada como responsável por essa competição mais fraca e pelo aumento da concentração. Em primeiro lugar, ao “capturar” o consumidor (como no caso das plataformas de mídias sociais), haveria um aumento do poder de mercado de curto prazo das empresas, dificultando a entrada de novos competidores. Além disso, como mencionado acima, as externalidades de rede podem tornar mais significativos os custos fixos, nos quais se incluem a expansão da TI, dos serviços de distribuição, a entrega e a promoção com o objetivo de atingir um número crescente de consumidores. Por fim, a agregação de atenção (*eyeballs* no texto original) e informações dos consumidores pelas plataformas acaba se constituindo em uma vantagem competitiva da firma dominante em vender publicidade, perpetuando a concentração da estrutura de mercado. Como destacam Berry *et al* (2019, p. 56), por essas razões, o *locus* da concorrência nos mercados de rede geralmente é pelo mercado e não no mercado. Uma vez que uma empresa se torne dominante em um mercado de rede, sua posição não será facilmente erodida.

Uma outra característica das típicas empresas da economia digital são os retornos extremos de escala: os custos de produção dos serviços digitais aumentam menos que proporcionalmente do que o número de consumidores atendidos. Economias de escala não representam exatamente uma novidade em organização industrial, mas a diferença da sua aplicação às Big Techs se dá justamente na intensidade de tais economias, o que acaba resultando numa vantagem competitiva extremamente significativa para as incumbentes (CRÉMER, 2019, p. 2).

---

13 *Crawling* significa que o Googlebot olha para todos os conteúdos e códigos numa página e os analisa; já a indexação (*indexing*) denota que a página é elegível para ser apresentada nos resultados de pesquisa do Google. Para maiores informações: <https://www.sureoak.com/insights/difference-crawling-vs-indexing>.

Destaca-se, também, o papel dos dados. O advento do Big Data e a evolução tecnológica possibilitou às empresas coletar, armazenar e utilizar uma quantidade imensa de informações. Como se sabe, os dados não são apenas um dos componentes chave para o desenvolvimento da Inteligência Artificial (IA), como também são um insumo crucial para muitos serviços online, processos produtivos e logística, possibilitando o desenvolvimento de novos produtos e serviços, sendo um diferencial competitivo cuja importância continuará a crescer (CRÉMER, 2019, p. 2).

As duas características acima descritas, aliadas às externalidades de rede, trazem como consequência fortes economias de escopo, favorecendo o desenvolvimento de ecossistemas e dando às empresas incumbentes uma robusta vantagem competitiva.

Essas indústrias, sujeitas a substanciais economias de escala e escopo, acabam por criar um cenário típico de “o vencedor leva tudo”, com poder de mercado generalizado e disposição para perder dinheiro por certo tempo, visando conseguir uma futura posição de monopólio (TIROLE, 2020, p. 2). Como destaca o autor, essa última afirmativa pode ser observada diretamente — a Amazon perdeu dinheiro por um longo tempo, assim como a Uber, promovendo o recrutamento de motoristas por meio de caros bônus — ou indiretamente — empresas que jamais deram algum lucro atingem valores de mercado fenomenais.

Obviamente, monopólios sempre trazem consigo a possibilidade de aumentos de preços, baixa inovação e abusos de posição dominante, com prejuízos ao consumidor. Esse último argumento é geralmente contestado pelas plataformas, que alegam que seus serviços são prestados sem custo para os usuários. No entanto, os anunciantes pagam taxas altas para anunciar nas plataformas, aumentando os seus custos, com dano potencial indireto aos consumidores (TIROLE, 2020, p. 3). Outra falácia desse argumento reside no fato de que mesmo um preço zero pode ser muito alto, quando se sabe hoje que os dados são de enorme valor para as plataformas, muitas vezes para finalidades diversas daquelas para as quais foram coletados (o que as atuais leis de proteção de dados vêm tentando evitar).

A grande questão levantada por acadêmicos em todo o mundo é se os mecanismos de regulação e defesa da concorrência até o momento existentes dariam conta dos novos desafios trazidos pelas Big Techs (TIROLE, 2020; SHAPIRO, 2019).

#### 4. Regulação, defesa da concorrência e Big Techs: serão necessários novos mecanismos?

Tirole (2020, p. 5) destaca que as empresas de tecnologia da atualidade ostentam características de monopólios naturais, tais como as indústrias de rede do século XX. Nesse ponto, pode-se questionar se algum tipo de regulação setorial deveria se aplicar às plataformas.

E quanto às leis antitruste? Deveriam ser elas adaptadas para essa nova realidade, ou o aparato existente é suficiente? O critério que vem sendo aplicado nas últimas décadas nos Estados Unidos, focado no bem-estar do consumidor para avaliar se determinadas condutas ou operações são anticompetitivas, deve ser alterado?

Scott Morton *et al* (2019, p. 98-99) concluem que novas regras e incentivos serão necessários para impedir que as empresas de tecnologia dominantes consolidem seu poder de mercado, não possibilitando a contestação do mercado por novos entrantes. Para eles, os Estados Unidos regrediram na aplicação das leis antitruste, não apenas porque as cortes de justiça acabaram por adotar visões muito conservadoras a respeito do que se caracteriza como uma conduta anticompetitiva<sup>14</sup>, mas também porque os órgãos de defesa da concorrência ainda não desenvolveram *expertise* suficiente para tratar casos de condutas anticompetitivas no mercado digital. Na visão dos autores, a academia teria um papel essencial no processo, auxiliando na construção desse novo conhecimento e de ferramentas relevantes, tanto para as agências, como para os tribunais.

O relatório do Stigler Center (SCOTT MORTON *et al*, 2019, p. 98-99) sugere, ainda, a revisão da legislação antitruste americana pelo Congresso e a criação de uma corte especializada em concorrência<sup>15</sup>. Como destacam Zingales *et al* (2019, p. 97), apenas a revisão da legislação poderia ter um efeito

14 Vide também Barry *et al* (2019, p. 59): “However, courts in recent decades have been steadily dialing back antitrust enforcement, both through economic assumptions built in to jurisprudence and through practical changes such as raising the pleading standards for plaintiffs (BAKER 2019; GAVIL, 2019)” e Zingales *et al* (2019, p. 84-85): “First, there is increasing evidence that the enforcement agencies and courts have permitted too many mergers between competing firms that have led to post-merger price increases and other indications of increased market power. Vertical mergers are rarely challenged by the enforcement agencies, and claimed or expected merger-related efficiencies are often not realized”.

15 No original: “It also may be necessary for Congress to pass new legislation that revises the antitrust laws, establishes a specialist Competition Court, or both”.

pequeno, uma vez que os juízes em geral lidam com ações antitruste apenas eventualmente, além de terem dificuldade para entender a base econômica das leis antitruste. Nesse sentido, uma corte especializada em antitruste teria chance de lidar mais diuturnamente com o assunto, desenvolvendo substancialmente seu conhecimento na matéria.

Essas duas iniciativas poderiam auxiliar sobremaneira no aumento da concorrência nos mercados digitais. Scott Morton *et al* (2019, p. 99) concluem que “assegurar a aplicação vigorosa das leis antitruste sob essas condições provavelmente possibilitará o aumento de entrantes nos mercados de plataformas digitais, a concorrência e o bem-estar do consumidor”<sup>16</sup>.

A criação de uma Autoridade Digital, como uma espécie de agência reguladora, com competências direcionadas ao monitoramento dos mercados digitais, também é proposta nos relatórios do Stigler Center — *Digital Authority* (SCOTT MORTON *et al*, 2019) e Furman — *Digital Market Unit* (COYLE *et al*, 2019). Esse novo órgão regulador, que seria um misto de autoridade antitruste e agência reguladora, se justificaria pela dinâmica competitiva mais acelerada que caracteriza os mercados digitais, em especial quando comparada à baixa velocidade de resposta da legislação antitruste. Um regulador setorial, em contraste, poderia ser dotado da expertise e da autoridade para agir rápida e prospectivamente, estabelecendo regras capazes de impedir condutas anticompetitivas, sendo particularmente útil naquelas hipóteses em que uma atuação *ex post* seria custosa ou ineficaz (SCOTT MORTON *et al*, 2019, p. 78).

Coyle *et al* (2019, p. 55) entendem que essa Digital Market Unit, como eles denominam a autoridade digital, deveria se focar em companhias às quais fosse atribuído um “*status* estratégico de mercado”, ou seja, aquelas grandes incumbentes que possam exercer poder de mercado sobre uma entrada ou gargalo num mercado digital. Sua função não seria a de estabelecer alguma tarifa base ou determinar níveis de retorno condizentes para as empresas, como ocorre nos mercados de *utilities*, mas sim assegurar que os mercados digitais se mantenham competitivos, permitindo o acesso a novos entrantes.

Esse novo órgão, na visão de Tirole (2020, p. 07) deve ter uma abordagem ainda mais voltada para o futuro quando comparado às atuais autoridades an-

16 Tradução livre do original: “*that vigorously enforcing the antitrust laws under these conditions would be likely to increase entry in digital platform industries, competition, and consumer welfare*”.

titruster, ao mesmo tempo em que, atuando como regulador, deve proceder à coleta de dados das firmas dominantes, criando um conhecimento específico de como essa indústria funciona. Além disso, essa autoridade digital deveria definir um código de conduta de aderência obrigatória pelas reguladas.

Para Tirole (2020, p. 26), a regulamentação à moda antiga é impraticável numa era caracterizada por empresas globais, rápido progresso tecnológico e mercados contestáveis. Alternativas como tentar dividir as incumbentes<sup>17</sup> (dividindo, por exemplo, uma rede social em duas ou três outras), certamente não trarão benefícios ao consumidor. Soluções desse tipo ou levariam à perda das externalidades de rede para os usuários, ou estes voltariam a se juntar em uma das redes sociais separadas, recriando o monopólio.

Há que se levar em conta também que as empresas dominantes podem combinar ou até mesmo fundir serviços diversos, para dificultar o trabalho das autoridades em tentar realizar esse tipo de separação. Veja-se, por exemplo, que Mark Zuckerberg anunciou, em janeiro de 2019, que planejava integrar seus serviços de mensagem nas redes sociais (Whatsapp, Instagram e o Messenger do Facebook), unificando suas infraestruturas técnicas (TIROLE, 2020, p. 6).

Outro ponto destacado por Tirole (2017, p. 398-399) é a necessidade de preservar a contestabilidade do mercado. Ele reforça que novas empresas devem ser capazes de entrar na indústria, se forem mais eficientes ou mais inovadoras do que aquela já estabelecida (no jargão econômico, significa dizer que o mercado deve ser contestável). Se não for possível haver competição vigorosa entre as companhias em determinado ponto do tempo, há que se ter pelo menos uma competição dinâmica — ou “destruição criadora” como Schumpeter a chamava — na qual a firma dominante de hoje pode ser substituída por alguma outra que tenha dado um salto tecnológico ou comercial.

Ainda no que tange à contestabilidade, ele reforçou os benefícios competitivos do chamado *multihoming*<sup>18</sup> e a vigilância constante de contratos de exclusividade impostos pelas plataformas dominantes. Há que se observar também que as plataformas geralmente funcionam como *marketplace*/plataformas tecnológicas e também como fornecedoras de apps para esse mesmo *marketplace*.

17 Como foi feito no passado com a Standard Oil e a AT&T.

18 Entende-se por *multihoming* a possibilidade dos agentes de um ou de ambos os lados de uma plataforma poderem transacionar por outras plataformas.

Elas obviamente tenderão a dar preferência aos seus próprios produtos, inclusive alegando que estes têm qualidade superior. As autoridades da concorrência devem estar sempre atentas e cautelosas a essa autopreferência das plataformas dominantes frente ao seu potencial anticompetitivo, sendo importante o desenvolvimento de diretrizes que possam facilitar o trabalho das autoridades concorrenciais em lidar com estes comportamentos (TIROLE, 2020, p. 26).

Tirole (2020, p. 6) também reforça a importância de se terem políticas pró concorrência com uma abordagem mais prospectiva. Como ele reforça, a revisão de condutas anticompetitivas pelos órgãos antitruste pode ser lenta e é quase sempre voltada a eventos já concretizados (à exceção, por exemplo, do exame das operações de fusão). Quando uma penalidade é aplicada a uma empresa incumbente por tais condutas, embora ela possa servir como desestímulo a um comportamento futuro, pode não chegar a tempo de impedir a derrocada de um novo entrante. Em sua ótica, as firmas dominantes não têm diretrizes claras o suficiente a respeito do que podem ou não fazer. É nesse sentido que ele sugere a elaboração de um “código de conduta” pró concorrência, adaptado, obviamente à velocidade dos mercados digitais. As políticas da concorrência na era digital devem ser voltadas a atingir resoluções rápidas e decisivas, para reagir às também ágeis transformações desse mercado. De fato, o Estado vem lutando pra tentar adaptar os métodos tradicionais de regulação ao ritmo acelerado das mudanças tecnológicas. Quando novas políticas são adotadas, muitas vezes os avanços tecnológicos já alteraram a configuração dos mercados.

É nesse ponto que entra a importância das instituições, que devem ser fortalecidas para refletir esse novo ambiente econômico. Para Tirole (2020, p. 19), não são necessárias alterações drásticas nas leis antitruste, que já contemplam as condutas anticompetitivas. A mudança necessária deve ocorrer no aparato regulatório, que precisa se tornar mais ágil e em sintonia com as rápidas transformações características da era digital. Em suas palavras (TIROLE, 2020, p. 21):

*We need more reactive antitrust, that involves (but remains independent from) actors, and establishes guidelines that are not cast in stone and evolve as our knowledge progresses. Put differently, the regulations should be adaptive, elicit industry and academia's information, and minimize legal uncertainty. Again, new institutions may not be needed, but the existing toolkit could be used more systematically.*

Resta claro que os mercados digitais, por suas características intrínsecas, aumentam significativamente as barreiras à entrada. Nesse contexto, as novas leis e regulamentações propostas devem ter como objetivo precípua combater as fontes de poder de mercado, de modo a assegurar uma dinâmica competitiva que possibilite beneficiar os consumidores, inibindo a adoção de estratégias pelas empresas dominantes capazes de impedir o crescimento de concorrentes. A adoção das ferramentas sugeridas deve ocorrer com a máxima celeridade, sob pena das empresas dominantes nos mercados digitais atingirem níveis de poder de mercado tão elevados que acabarão por minar os benefícios até então obtidos pelos consumidores com os negócios digitais inovadores (SCOTT MORTON *et al.*, 2019, p. 98-99).

#### **4.1 Os dados e sua propriedade**

Uma das questões mais importantes que podem ser colocadas no âmbito da regulação e da defesa da concorrência nos mercados de plataformas digitais é a que se refere aos dados. De fato, o tratamento de dados já é, e continuará sendo, uma das maiores fontes de valor agregado para as empresas. É legítimo, portanto, em um mercado dominado por empresas como Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft, se preocupar com as barreiras à entrada enfrentadas por outras companhias que ainda não possuem enormes quantidades de dados nos setores em que desejam entrar.

O arranjo atual é baseado no que se costuma denominar de “serviços em troca de dados”. As plataformas “trocam” serviços de e-mail, busca, vídeos, mídias sociais, mapas, aplicativos de envelhecimento e mudanças faciais das mais diversas pelos dados que os usuários lhes fornecem. Com esses dados, as plataformas obtêm seu faturamento, por meio da venda de anúncios direcionados ou pela utilização dos dados para a produção de novos serviços, como o desenvolvimento de carros autônomos, drones de entrega, diagnósticos de saúde etc. (TIROLE, 2020, p. 13). Há um descontentamento generalizado com esse modelo, inclusive por razões que afetam os próprios regimes democráticos, razão pela qual têm surgido em todo o mundo legislações que visam a proteção da privacidade, como a GDPR na Europa, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e a *California Consumer Privacy Act* (CCPA), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2020.

Paralelamente, alguns modelos vêm sendo propostos (TIROLE, 2020, p. 13-14):

- a. **Nenhum ou poucos dados coletados:** os websites podem parar de coletar dados ou podem realizar uma coleta de curto prazo, que permite apenas anúncios momentâneos, baseados no que o usuário está procurando naquele momento. A questão que se coloca é se a ausência de coleta de dados (que hoje representam efetivamente a fonte de receita das plataformas) não irá gerar uma cobrança pelos serviços que elas ofertam.
- b. **Compensação dos usuários por meio de micro pagamentos**<sup>19</sup>: nessa alternativa, a plataforma continuaria a ter a propriedade dos dados que coletar, teoricamente pagando por eles em dinheiro. No entanto, tal pagamento não seria tão fácil. Caso as atividades em um website fossem remuneradas, há um primeiro problema relacionado à vulnerabilidade a robôs. O segundo ponto se refere a preços. Os usuários não têm uma noção exata do valor dos dados para a firma ou do seu custo para eles próprios e como ele é afetado pela possibilidade de portabilidade (hoje presente nas leis de proteção de dados) e por outras considerações.
- c. **Data licensing e data trusts:** é razoável admitir-se que os dados são o bem público final e deveriam ser compartilhados entre os potenciais usuários. Tirole argumenta, nesse ponto, que, se uma lei declarasse que os dados são um recurso essencial, forçando a Google, a Apple ou a Uber a compartilharem os dados que coletaram sem que recebam qualquer compensação por isso, tal fato se configuraria em uma expropriação dos investimentos dessas empresas que, muito provavelmente, seria contestada nos tribunais. Por essa razão, alguns vêm propondo que os dados sejam compartilhados por meio de um sistema de licença, em que os titulares de dados fossem remunerados em bases justas, razoáveis e não-discriminatórias (FRAND, do inglês *fair, reasonable and non-discriminatory*). Embora essa solução pareça razoável de um ponto de vista conceitual, Tirole argumenta que algumas questões práticas surgiriam, tais como a natureza e o formato dos dados a serem licenciados ou o preço obtido pela licença. Uma outra possibilidade seria as instituições que usam dados criarem o seu próprio *data trust*. Até o momento, a maioria dos *data trusts* existentes foram iniciados por autoridades em indústrias reguladas.

Além das questões econômicas levantadas por Tirole (2020, p. 14), inúmeras outras questões legais se põem na estruturação dos *data trusts*, dentre elas a legislação aplicável na sua constituição e a compatibili-

19 Vide Posner e Weyl, 2018.

zação do fornecimento de dados pelos data trusts com os direitos dos titulares previstos nas legislações de proteção de dados.

- d. *Dados centrados no consumidor*:** os consumidores controlariam o armazenamento e o acesso aos seus próprios dados, como no projeto *Solid*, de Tim Berners-Lee. O desafio aqui seria projetar uma proposta de valor que atendesse os titulares e os usuários de dados.

Importante ressaltar, por fim, que tem surgido no debate a ideia de que os dados podem se constituir em importantes barreiras à entrada para novos serviços. Plataformas digitais podem utilizar os dados que reuniram dos seus usuários para lhes oferecerem produtos mais direcionados e ajustados (desde que haja permissão para isso). No entanto, caso seus potenciais competidores não possam fazer ofertas que sejam tão atrativas quanto a da empresa incumbente, porque esses competidores não possuem a mesma informação, a incumbente com os dados estará numa posição dominante e poderá aumentar seus lucros às custas do consumidor (TIROLE, 2017, p. 405, 406).

Importante mencionar, nesse ponto, que as leis de proteção de dados criaram um direito do titular à portabilidade dos seus dados baseado em um padrão aberto. Não houve, contudo, o estabelecimento de um padrão técnico. Aparentemente, os requisitos de portabilidade se aplicam apenas aos dados fornecidos diretamente pelos consumidores (no Brasil, com a entrada em vigor recente da LGPD, ainda não se sabe como a lei será definitivamente interpretada pelos tribunais).

A questão do compartilhamento de dados também é ressaltada por Scott Morton *et al* (2019, p. 96). Para eles, o compartilhamento pode restaurar a concorrência. Além disso, os dados relevantes a serem compartilhados não devem ser apenas os dados históricos, como também os presentes e até futuros. Como os dados são bens não-rivais, uma empresa incumbente pode compartilhá-los com um competidor, mantendo-os consigo também. Esse acesso aos dados se constitui em um instrumento excelente a ser utilizado tanto pela autoridade antitruste quanto pela sugerida autoridade digital a ser criada.

O Relatório Furman (COYLE *et al*, 2019) recomenda que as agências determinem a “abertura de dados” (o que conduz ao compartilhamento), como meio de aumentar a concorrência. O Relatório da Comissão Europeia (CRÉ-

MER *et al*, 2019) também reconhece que o compartilhamento de dados pode ajudar nesse campo. Resta saber como essas ações serão compatibilizadas com as leis de proteção de dados.

## **5. Conclusão**

O advento da internet e das tecnologias da informação vem transformando continuamente o panorama econômico mundial. As plataformas digitais têm sido centrais nesse processo de mudança e são um modelo de negócio em constante evolução. Ao tempo em que facilitaram enormemente a vida da humanidade, vêm levantado questões complexas que demandam respostas multidisciplinares.

As chamadas Big Techs, em razão do seu imenso poder de mercado, obtido pela relevância cada vez maior das externalidades de rede, têm desafiado os Estados não apenas no campo da regulação, da defesa da concorrência e do consumidor, mas também nas ameaças que passaram a representar aos próprios sistemas democráticos, como se pode observar, em especial, após o escândalo da Cambridge Analytica.

A utilização intensiva de dados permite a realização de pesquisas científicas cada vez mais sofisticadas no desenvolvimento da inteligência artificial. Por outro lado, a falta de transparência e o uso indiscriminado dos dados pessoais vem levando ao surgimento e aprimoramento das legislações de privacidade e proteção de dados pessoais em todo o globo.

No mundo inteiro, acadêmicos têm levantado uma agenda de pesquisa e se dedicado a estudar qual o melhor aparato regulatório e concorrencial para lidar com essa indústria, em mutação e evolução contínuas. Certamente a análise econômica do direito tem importância fundamental em auxiliar na construção de leis e políticas capazes de dar conta dessa realidade cada vez mais dinâmica. Soluções simplistas ou meramente legalistas, sem levar em conta as contribuições econômicas, trarão indubitavelmente resultados aquém dos desejados.

Basta observar o tema da proteção de dados: as leis que vieram com o intuito de empoderar os titulares, garantindo-lhes maior autodeterminação informativa, se mal utilizadas, podem se constituir em instrumentos que ampliam barreiras à entrada, favorecendo ainda mais a concentração nos mercados de plataforma.

A intenção do artigo foi trazer algumas questões iniciais a respeito das possibilidades de regulação e de defesa da concorrência nesses novos mercados. Embora muitos estudos ainda sejam necessários, a atuação dos governos é premente, frente ao enorme poder de mercado alcançado pelas Big Techs. Basta lembrar, como faz Tirole, que a Amazon começou singelamente como uma livraria online e hoje é uma gigante de tecnologia, dedicando-se ao comércio eletrônico, à computação em nuvem, streaming e desenvolvimento de inteligência artificial. A Google também começou como um simples mecanismo de busca...

Como vimos, no século passado, as empresas que conquistaram poder de mercado por explorar atividades que se beneficiavam de economias de escala e escopo foram intensamente reguladas. Será que os mesmos princípios utilizados naquela época para regular e mitigar a concentração devem ser utilizados agora para as Big Techs, cujo poder de mercado advém de tecnologias capazes, igualmente, de gerar economias de escala e escopo? O desafio posto é buscar refrear a concentração sem precedentes que essas empresas vêm gerando, sem suprimir as inovações e os avanços tecnológicos que tantos benefícios trazem à humanidade.

## Referências

ATKINSON, R, BRAKE, D. *et al.* **A policymaker's guide to the "techlash"** — What It Is and Why It's a Threat to Growth and Progress. October 28, 2019, Disponível em: <https://itif.org/publications/2019/10/28/policymakers-guide-techlash>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BOOKING.COM. **A contribution to "shaping competition policy in the era of digitization"**. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation\\_2018/contributions/booking.pdf](https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/booking.pdf). Acesso em: 14 jun. 2020.

BERRY, S.; GAYNOR, M.; SCOTT MORTON, F. **Do increasing markups matter?** Lessons from Empirical Industrial Organization. *Journal of Economic Perspectives*. 2019. 33 (3): 44-68.

COYLE, D.; FLETCHER, A.; FURMAN, J.; MARSDEN, P.; MCAULEY, D. **Unlocking digital competition, report of the digital competition expert panel.** 2019.

CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.A.; SCHWEITZER, H. **Competition policy for the digital era.** 2019. European Commission.

ESTADOS UNIDOS. H.R.2231. **Algorithmic Accountability Act of 2019.** Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2231/text>. Acesso em: 31 ago. 2020.

MATIAS-PEREIRA, J. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Rev. Adm. Contemp.** [online]. 2006, v.10, n.2 [cited 2020-06-15], pp. 51-73. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552006000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552006000200004&lng=en&nrm=iso). ISSN 1982-7849. <https://doi.org/10.1590/S1415-65552006000200004>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MAYER-SCHÖNBERGER, V.; RAMGE, T. (2018). A Big Choice for Big Tech. Share Data or Suffer the Consequences. **Foreign Affairs**, September/October 2018, Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2018-08-13/big-choice-big-tech>. Acesso em: 14 jun. 2020.

MOLLICONE, B. Jean Tirole. In. KLEIN, V, BECUE. S. M. F. (orgs.). **Análise econômica do direito:** principais autores e estudos de casos. Curitiba: CRV, 2019. 502 p.

PETHOKOUKIS, J. **How America gave up on free markets:** My long-read Q&A with Thomas Philippon. AEIdeas. February 6, 2020. Disponível em: <https://www.aei.org/economics/how-america-gave-up-on-free-markets-my-long-read-qa-with-thomas-philippon/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

POSNER, E.; WEYL, G. **Radical markets: uprooting capitalism and democracy for a just society.** Princeton University Press. 2018.

ROCHET, J.C.; TIROLE, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. **Journal of the European Economic Association**, 1(4): 990–1029.28.

\_\_\_\_\_. (2004). **Two-sided markets: an overview**. Disponível em: [https://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](https://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf). Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. (2006). Two-Sided Markets: A Progress Report. **RAND Journal of Economics**. 37(3): 645–667.29.

\_\_\_\_\_. (2011). Must Take Cards: Merchant Discounts and Avoided Costs. **Journal of the European Economic Association**, 9(3): 462–495.

SCOTT MORTON, F.; AL EZRACHI, P.; JULLIEN, B.; KATZ, R.; KIMMELMAN, G.; MELAMED, A. D.; MORGENSTERN, J. (2019). **Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee Report**, George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago Booth School of Business.

SHAPIRO, C. Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets (June 12, 2019). **Journal of Economic Perspectives**, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3405501> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3405501>.

STANLEY-BECKER, I. (2018). ‘Toxic’ is Oxford Dictionaries’ 2018 word of the year. ‘Gaslighting’ and ‘techlash’ are among runners-up. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/nation/2018/11/16/toxic-is-oxford-dictionaries-word-year-gaslighting-techlash-are-among-runners-up/>. Acesso em: 11 jun. 2020.

TIROLE, J. (2017), **Economics for the common good**. Princeton University Press.

TIROLE, J. (2020). **Competition and the industrial challenge for the digital age**. Disponível em: [https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/competition\\_and\\_the\\_industrial\\_challenge\\_april\\_3\\_2020.pdf](https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/competition_and_the_industrial_challenge_april_3_2020.pdf). Acesso em: 10 jun. 2020.

UOL. (2020) **Amazon lidera ranking de marcas mais valiosas de 2020; Google passa a Apple**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/02/23/amazon-lidera-ranking-de-marcas-mais-valiosas-de-2020-google-passa-a-apple.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 14 jun. 2020.

ZINGALES, L.; ROLNIK, G.; LANCIERI, F. M. (orgs.). **Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report**. Publicado em Setembro de 2019. Disponível em: [https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler\\_center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E](https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler_center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E). Acesso em: 31 ago. 2020.



## **Capítulo 2. *Entre justiça e eficiência: sobre a interação entre Direito e Economia***

*Carlos Frederico Ramos de Jesus*

### **1. Introdução**

Sob quais condições a economia pode enriquecer a compreensão do fenômeno jurídico? Dadas as promessas de quantificação e de mensuração da economia (ou, ao menos, de como juristas veem a economia), é tentador pensar que podemos trocar a argumentação jurídica e seus longos debates sobre princípios por algo mais objetivo e palpável, como o cálculo sobre qual decisão ou qual lei agregará maior bem-estar à coletividade. Essa reflexão vem ao encontro das legítimas aspirações por segurança e previsibilidade jurídicas: a eficiência parece um parâmetro mais sólido do que a justiça para a crítica de uma decisão judicial. Os efeitos de uma decisão judicial podem ser considerados, a princípio, mais facilmente quantificáveis e aferíveis do que a prova do seu suposto equívoco a respeito da melhor interpretação dos textos normativos que a fundamentam. O argumento de que uma decisão judicial não foi eficiente parece mais fácil de ser provado do que o argumento de que a decisão foi injusta. Afinal, a maximização proposta pelo critério da eficiência parece ser mais racional do que a discussão sobre aplicação correta da lei ou sobre a ponderação adequada de princípios.

Não devemos cair nessa tentação, até mesmo para que a aplicação do instrumental econômico ao direito revele suas melhores potencialidades. Na seção 2, defendo que o direito é uma prática social cujo sentido é a justiça — e não necessariamente a eficiência. Dizer que o sentido do direito é a justiça não pressupõe nenhum direito extrapositivo (racional, divino, intuitivo etc.), que funcionaria como uma instância de verificação do direito positivo. Ao contrário: toda prática social tem um sentido, que se desenvolve a partir de seu próprio exercício pelos agentes que nela se engajam e passa a ser sua condição de inteligibilidade. O sentido, assim, não é um parâmetro externo à prática social, mas

interno a ela. É nessa impoção que podemos dizer que o sentido do direito é a justiça: como parâmetro interno de avaliação da prática social chamada direito.

Posteriormente, mostrarei na seção 3 a crítica de Rawls à suposta neutralidade da noção de eficiência, pois ela sempre está subordinada a alguma concepção de justiça. Rawls evidencia que, em uma sociedade justa (e, portanto, no direito), a eficiência é um valor-meio, e não um valor-fim.

Finalmente, proponho na seção 4 que, dentro dessa moldura, a economia enriquece a reflexão jurídica quando a justiça da decisão depende de suas consequências, o que ocorre, especialmente (mas não exclusivamente), em relações de justiça distributiva, nas quais a partição equitativa de um bem comum só pode ser feita considerando seus efeitos. Nessas situações, o raciocínio econômico pode ser um instrumento acurado à realização da justa distribuição do bem comum.

## **2. Práticas sociais, direito e justiça**

Todas as práticas sociais têm suas regras e seu sentido. Pensemos no exemplo de falar português: há regras de sintaxe, gramática, ortografia; há regras para o significado correto (usual) das palavras; e há o sentido de falar corretamente o português, que é comunicar-se neste idioma. Dirigir um carro é outra prática social com regras (manejo da direção, do câmbio, observação dos sinais de trânsito, trafegar pela direita etc.) e com um sentido: locomover-se de um lugar a outro com menos esforço do que em uma caminhada. Jogar futebol, praticar um instrumento musical, contar uma história, cursar uma faculdade: poderíamos listar as regras e o sentido de cada uma dessas práticas sociais. Em todas elas, exige-se um engajamento dos indivíduos em uma atividade já existente, cujo exercício apenas será bem-sucedido se as regras forem corretamente usadas.

Wittgenstein esclarece esse ponto: “A gramática da palavra ‘saber’ é claramente próxima da gramática das palavras ‘poder’, ‘estar apto a’. Mas também intimamente relacionada à da palavra ‘compreender’. (‘dominar’ uma técnica.)”<sup>1</sup>. É comum, por exemplo, crianças em alfabetização montarem frases incompreensíveis, motoristas inexperientes deixarem o carro morrer, iniciantes em violoncelo errarem a posição do arco e produzirem sons incômodos: trata-se

---

1 WITTGENSTEIN, L. **Philosophical Investigations**. 4ª ed. Tradução de G. E. M. Anscombe, P.M.S. Hacker e J. Schulte. Londres: Wiley-Blackwell, 2009. § 150, p. 65.

de indivíduos ainda não engajados minimamente nas práticas sociais a que se propuseram e, assim, ainda sem atingir a finalidade de tais atividades.

Por isso afirmamos que a criança disse algo sem sentido ou que o violoncelista aprendiz emitiu sons sem sentido: como sabemos que o aprendizado de um idioma visa à comunicação e que o estudo de um instrumento visa à execução de peças musicais, temos um parâmetro interno à prática para avaliá-la. Esse parâmetro não é arbitrário ou disponível, mas deriva da própria história da prática. Não podemos dizer que alguém escreve em português se redige as palavras da direita para a esquerda: pode-se tratar de um código cifrado baseado no nosso idioma (como a “língua do p”, em brincadeiras infantis), mas não é português, pois o português não é toda língua que quisermos assim denominar. As práticas sociais firmam suas próprias regras, que as caracterizam objetivamente<sup>2</sup>.

Como o direito também é uma prática social, ele também tem suas regras e seu sentido. Lopes aduz que o tipo-ideal do agir jurídico é seguir uma regra, especificada pelo padrão da legalidade.<sup>3</sup> Diante da questão “o que deve ser feito na situação X?”, sempre é racional responder “deve ser feito o que a regra jurídica Y, aplicável ao caso, determina”. Pode-se discordar da resposta, defender que a regra aplicável é Z, e não Y, ou identificar uma antinomia entre ambas as regras. Isso não elide que a ação típico-ideal do direito seja seguir uma regra — com todas as peculiaridades do percurso argumentativo entre a regra e sua aplicação ao caso. O direito é uma prática social de deliberação regrada, em que as regras aplicáveis são as legais, reconhecidas como vinculantes.

Pois bem: qual é o sentido da aplicação da regra ao caso? Da mesma forma que a criança aplica as regras de gramática e ortografia para se comunicar em português e que o estudante aplica as regras do instrumento para extrair do violoncelo a música (conforme o grafado na partitura), a aplicação da regra jurídica ao caso concreto tem um sentido, uma razão de ser. Importante res-

2 “Para observar e conhecer uma prática, é preciso dominar um sistema de sentidos que é ao mesmo tempo um sistema de regras (constitutivas) da prática, é preciso apreender (apanhar pelo intelecto) a *razão de ser*, o *ponto* do que se está fazendo. Isso vale para os jogos lúdicos e para os ‘jogos abertos’, para as práticas sociais específicas, assim como para a prática social universal, o viver em *sociedade*. Observar exige, nesse caso, uma *interpretação das interações*. O observador, embora não esteja jogando o jogo de xadrez, deve *ser capaz de jogar o jogo*, pelo menos no sentido de conhecer as regras do jogo.” LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo Jurídico no Pensamento Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 296-297.

3 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 269-272.

saltar novamente que esse sentido não é disponível ou arbitrário, porque não podemos denominar qualquer idioma de português e nem podemos dizer que o estudante de música que não sabe tirar uma melodia sabe tocar violoncelo. “Falar português” ou “tocar violoncelo” são práticas estabelecidas, não são qualquer coisa que quisermos assim nominar. Não existe uma prática social privada, porque, como dizia Wittgenstein, não há língua privada<sup>4</sup>.

Argumentarei que o sentido do direito é a justiça. A prática social chamada direito existe, como diziam os romanos, para “atribuir a cada um o que é seu”<sup>5</sup>, com base nas regras reconhecidas como jurídicas (sem pressupor, repito, nenhum tipo de ordenamento extrajurídico). Isso não implica que o justo, em determinado caso concreto, seja sempre incontroverso. Pelo contrário, o justo é passível de discussão: pode haver discussões sobre a aplicabilidade da regra X ou Y ao caso, ou até mesmo sobre a melhor interpretação da regra X. Mas note-se que esses debates só fazem sentido se ambos os contendores defenderem que sua interpretação é mais justa do que a outra, ou seja, se ambos pressupuserem que seu argumento melhor se ajusta ao caso concreto. A justiça é condição de verdade (ou, se preferirmos, condição de possibilidade) dessa discussão: se um dos debatedores defender que sua interpretação é a melhor porque jogou uma moeda, trata-se de um sem sentido (assim como é sem sentido um jogo de futebol em que as equipes só chutem contra o próprio gol ou um falante de português que só fale a “língua do p”).

Ressalte-se, novamente, que o sentido do direito não é disponível ou arbitrário, assim como o sentido do futebol, da língua portuguesa ou de tocar violoncelo não o são. Ao estabelecer as regras de cooperação social e determinar os parâmetros objetivos pelos quais as coisas serão trocadas e distribuídas entre os sujeitos, o direito estabelece a medida de comparabilidade das coisas e das ações. Lopes esclarece:

(...) a primeira função das regras consiste em tornar as ações individuais em algo que se pode comparar, medir e igualar. A lei, por definição, cria a comensurabilidade das ações. A lei cria igualdade. A lei não é simples expressão de uma vontade de alguém. Cada um pode querer dos outros qualquer coisa e esse querer não é uma lei. Se esse querer for apenas isso

4 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. 4ª ed. Tradução de G. E. M. Anscombe, P.M.S. Hacker e J. Schulte. Londres: Wiley-Blackwell, 2009. §§ 199-202 p. 87-88.

5 Digesto 1. 1. 10. In: *Corpus Iuris Civilis: Digesto*. Brasília: Escola da Magistratura do TRF1, 2010.

e se impuser apenas porque esse alguém dispõe de força suficiente para submeter o outro ou os outros, estaremos diante de um tirano. Não temos razão para seguir sua vontade, a não ser o medo. (...) Diferentemente disso, a lei para ser inteligível, ou se quisermos ampliar o conceito, o direito para ser inteligível precisa – no aspecto lógico, não no psicológico – oferecer uma razão e essa razão tornará inteligível o sistema como um todo e, por isso mesmo, passível de ser obedecido e seguido por cada agente (participante da sociedade) de forma autônoma<sup>6</sup>.

E segue o autor, demonstrando a relação entre comensurabilidade, igualdade e justiça:

Para que haja essa razão é preciso que conheçamos os critérios que igualam uma ação a outra, uma situação a outra. Cada ser humano e cada ação existem ou acontecem num tempo e num espaço determinados. Mas eles podem ser comparados, equiparados, igualados e reciprocamente medidos se para tanto dispusermos de regras e, no caso do direito, de leis. Essas regras e leis pressupõem uma unidade e uma medida. A isso se chama justiça nas relações entre os seres humanos. Daí porque se fala que a justiça consiste em igualdade<sup>7</sup>.

Antes de seguir, porém, cabe enfrentar duas objeções, bastante comuns à ideia de que a justiça é o sentido do direito.

A primeira objeção é que o direito é um “fato do poder” e, assim, não necessariamente justo. Com efeito, o tipo-ideal do agir jurídico é seguir uma regra, advinda de uma lei. O direito, assim, pode ser visto como o conjunto de normas jurídicas, em sentido amplo, abrangendo desde a Constituição até as normas regulamentares, expedidas por órgãos administrativos em consonância com as leis superiores. De qualquer forma, essas normas jurídicas são resultantes de uma opção política, já que elaboradas por órgãos incumbidos de algum poder político (como o Legislativo e o Executivo). Se as normas jurídicas resultam de uma opção política, elas expressam uma determinada relação de poder. Relações de poder, ainda que legitimadas por um procedimento democrático, não são necessariamente justas. As normas jurídicas, assim, são

6 LOPES, José Reinaldo de Lima. “Aula inaugural”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan/dez 2015, p. 911-912.

7 LOPES, José Reinaldo de Lima. “Aula inaugural”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, jan/dez 2015, p. 912.

frutos do poder. São apenas fatos sociais e, como tais, não necessariamente justos. Como defender, então, que o sentido do direito é a justiça?

Essa objeção é corrente porque advém do positivismo de Kelsen, pressupondo que os valores subjacentes ao direito são subjetivos. O justo para uns é injusto para outros. A ideia de justiça é subjetiva e, assim sendo, há muitas justanças e a opção do poder político por uma delas, na lei, fecha qualquer discussão posterior pelos estudiosos e intérpretes do direito. A justiça seria questão de política do direito, e não de ciência do direito. Não há um “olimpico dos valores” ao qual recorrer, para arbitrar essa questão. Kelsen defende que “uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma que não haja qualquer justiça, mas que de fato se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si”<sup>8</sup>. Sob esse prisma, a justiça é uma questão importante, mas que está encerrada na opção do legislador.

Creio que nossa proposta não seja atingida pela objeção, que supõe que a associação entre direito e justiça só pode ocorrer ao se pressupor um justo extralegal, alternativo à opção legislativa. Ou se desafiam as leis para associar direito e justiça ou é impossível defender tal liame. Esse é um falso dilema (embora até mesmo positivistas admitam que a lei deve ser desrespeitada quando flagrantemente injusta<sup>9</sup>, mas não abordaremos este ponto no presente trabalho). Como já afirmei na introdução, não precisamos pressupor nenhum direito extralegal que seja uma instância de verificação do direito positivo. Como toda prática social tem um sentido, que se desenvolve a partir de seu próprio exercício pelos agentes que nela se engajam, o sentido não é um parâmetro externo à prática social, mas interno a ela. A justiça é o parâmetro interno de avaliação da prática social chamada direito. Sem dúvida, as normas jurídicas e decisões judiciais podem ser injustas. Mas o direito, mesmo que entendido como fato social, não exige a regra de ter um sentido e de ser uma razão para agir, como nota Ferraz Jr.: “a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha um sentido”<sup>10</sup>.

8 KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 101.

9 Ver HART, Herbert. *The concept of law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University, 1997, p. 196 e 210. Discuto o tema em: JESUS, Carlos F. R. Direitos Humanos, Positivismo Jurídico e Moralidade. In: SCALQUETTE, A. et al. (org.). *60 desafios do direito*: Política, Democracia e Direito. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3, p. 114-126.

10 FERRAZ JR., T. S. *introdução ao estudo do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 358.

Novamente, as comparações com outras práticas sociais ajudarão a esclarecer esse ponto. Não se estuda o sentido de uma prática para se dizer que esta só existe se sempre atender àquele, mas para que seja possível estabelecer qual o parâmetro pelo qual tal prática pode ser julgada, avaliada. Haverá estudantes de música que tocam mal o instrumento, crianças que empregam mal o português nas frases, jogos de futebol tediosos, maus motoristas etc. Nem por isso dizemos que o músico aprendiz não está tocando o instrumento: ele apenas o toca mal. Também não dizemos que a criança não sabe português: ela apenas sabe pouco, não o suficiente para formular corretamente uma frase. E assim por diante. Da mesma forma, uma lei ou decisão judicial injusta não deixa de ser direito. Ela apenas não realiza o sentido dessa prática social específica, que é a justiça.

A segunda objeção pondera que o sentido do direito não precisa ser a justiça, mas apenas finalidades mais cotidianas e palpáveis, como oferecer aos indivíduos regras claras, previsíveis e seguras. Essas regras possibilitam interações a custo mais baixo do que se elas fossem inconstantes, arbitrárias (como a vontade do tirano, acima mencionada) ou obscuras. Será que a clareza e a previsibilidade das regras, com a consequente diminuição dos custos de transação, podem substituir a justiça como sentido do Direito? A meu ver, não, por duas razões. Em primeiro lugar, pode haver regras claras, previsíveis e seguras, mas, ainda assim, com um certo defeito. Imagine um direito que exima qualquer pessoa de pagar suas dívidas se simplesmente declarar que está em dificuldades financeiras: da auto-declaração, decorre a remissão da dívida, por força de lei. Essa previsibilidade e clareza não motivaria ninguém a emprestar dinheiro, porque poderia perder seu capital facilmente. Não é razoável que alguém possa ter sua dívida perdoada simplesmente por dizer que enfrenta dificuldades, pois seria o equivalente a dizer que não pagará porque não quer.<sup>11</sup> Eu disse «não é razoável», mas poderia dizer, com mais exatidão, que não é *justo*, pois é a injustiça o principal problema desta situação: se alguém puder se livrar de um contrato pela simples autodeclaração de que não pode mais cumpri-lo, ele ficará com quantia maior do que pagou, violando a igualdade entre o valor recebido e o valor a ser devolvido e causando um dano ao mutuante. Ou seja, pode haver regras claras, previsíveis e seguras, mas com um certo defeito: são injustas, e, por esse defeito, não motivam as interações entre os agentes, já que não realizam o sentido do direito. Afinal, até mesmo prisioneiros em um campo de extermínio na Segunda Guerra estavam submetidos a um direi-

11 Não por outra razão, as condições puramente potestativas são vedadas pelo nosso Código Civil, art. 122.

to previsível: a morte era certa, mas o problema, claro, era outro, o da injustiça de se matar alguém por sua etnia ou condição.

Em segundo lugar, regras claras, previsíveis e seguras são valorizadas exatamente porque estabelecem padrões inteligíveis da comensurabilidade das coisas, que permitem aos agentes aplicá-los a partir da apreensão de sua medida, de sua razão. Os agentes sabem o que esperar do sistema jurídico, sabem que os padrões estabelecidos não mudam. Coloquialmente, sabem que a regra não muda no meio do jogo. Se a regra mudar no meio do jogo, o jogo é injusto. A demanda por segurança e previsibilidade é, no fundo, uma demanda por justiça, muito embora (como visto acima) uma previsibilidade injusta seja inadequada, exatamente porque não realiza o sentido do direito. Não é por acaso que Kelsen, cético quanto à relação lógica entre justiça e direito, considerava a segurança jurídica um problema alheio à ciência do direito, já que as normas são polissêmicas e o intérprete sempre «cria direito» ao escolher qualquer dos sentidos possíveis permitidos pela «moldura».<sup>12</sup> Se o sentido do direito não for a justiça, tampouco será a segurança, a clareza ou a previsibilidade, pois estas dependem daquela.

Assim, o sentido não é condição de existência fática do direito, mas é condição de sua plena inteligibilidade como uma prática social que, como as outras, é dotada de um referente. O direito pode ser injusto, mas não pode deixar de ter a justiça como finalidade, da mesma forma que o futebol não pode deixar de ter o gol como finalidade (se o fizer, torna-se outra prática, outro jogo). Nem todas as práticas sociais são bem realizadas, mas todos que nelas se engajam devem aspirar a sua boa realização. Realizar bem a prática social direito é realizá-la justamente.

### **3. Eficiência como valor-meio**

Um economista deve almejar a eficiência. Se o sentido do direito é a justiça, o sentido da economia é a eficiência. A prática econômica consiste na realização de planos, projetos ou políticas que aumentem a riqueza, com a melhor relação custo-benefício. O tipo ideal desta prática é o *Homo economicus*, maximizador de recursos e oportunidades, que visa o aumento das utilidades e do bem-estar com suas ações.

---

12 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 393-397.

Faz sentido, todavia, perguntar: eficiência de quê? Pois a eficiência, singularmente considerada, não tem um conteúdo necessário. É o bem da vida que o *Homo economicus* visa maximizar, a razão final de seu agir, e não a eficiência. A eficiência não opera no vazio.

John Rawls esclarece que a eficiência não é um valor-fim, mas sim um valor-meio. Inicialmente, explica que uma distribuição de bens é eficiente “sempre que for impossível deixar algumas pessoas (ou ao menos uma) em melhor situação, sem deixar outras (ao menos uma) em pior”<sup>13</sup>. Bem por isso, várias distribuições são eficientes: se tenho que dividir 100 unidades de algo entre os indivíduos A e B, é eficiente conferir 50 para A e 50 para B; mas também é eficiente atribuir 100 para A e nada para B, ou vice-versa. Portanto, “há muitos arranjos eficientes da estrutura básica. Cada um especifica uma divisão de vantagens da cooperação social. O problema é escolher entre eles e encontrar uma concepção de justiça que escolha qual das distribuições eficientes é também justa.”<sup>14</sup> Diferentes teóricos darão respostas diversas à questão sobre qual é a distribuição justa, mas o certo é que a eficiência é valorativamente neutra a esse respeito. Nesta seção, mostrarei, como exemplo disso, a articulação que Rawls propõe entre justiça e eficiência.

Inicialmente, note-se que Rawls já estabelece a prioridade da justiça na sociedade nos primeiros parágrafos de sua maior obra:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como é a verdade nos sistemas de pensamento. Uma teoria deve ser rejeitada se for falsa, ainda que seja elegante e econômica; similarmente, leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas, não importando o quão eficientes ou bem arranjadas elas sejam. Cada pessoa é vista como possuidora de uma inviolabilidade fundada na justiça que não pode ser anulada nem mesmo pelo bem-estar da sociedade como um todo. A justiça nega que a perda de liberdade para alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que

13 RAWLS, J. **A theory of justice**. Edição revisada. Cambridge (MA): Belknap, 1999. § 12, p. 58. Na economia, a definição não discrepa da rawlsiana. Para Mankiw, eficiência é “propriedade da alocação de um recurso em maximizar o excedente total recebido por todos os membros da sociedade.” Uma alocação que maximize os excedentes do consumidor (diferença entre preço e preço de equilíbrio) e do produtor (diferença entre preço de equilíbrio e custo de produção) é eficiente, pois potencializa o valor sobressalente a ambos. MANKIW, N. G. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 151.

14 RAWLS, J. **A theory of justice**. *Op. cit.* § 12, p. 61.

equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído<sup>15</sup>.

A ideia de Rawls é, evidentemente, mais ampla que a deste artigo: aqui, defende-se que o sentido do direito é a justiça; Rawls postula que a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, todas elas. De qualquer maneira, a relação entre eficiência e justiça que ele apresenta pode ser aplicada ao direito, já que se trata da instituição social de maior cogência na vida das pessoas (e já que o próprio Rawls, coerentemente, fala em “leis e instituições”). É certo que todas as instituições são, por definição, de participação involuntária. Na definição de Weber, instituição é “associação cuja ordem estatuída se impõe, com (relativa) eficácia, a toda ação com determinadas características que tenham lugar dentro de determinado âmbito de vigência”, em contraste com união, que é “uma associação baseada num acordo e cuja ordem estatuída só pretende vigência para os membros que pessoalmente se associarem”<sup>16</sup>. Todavia, dentre todas as instituições sociais, apenas o direito tem a possibilidade de retirar liberdade ou patrimônio dos indivíduos. Como observa Dworkin, se as pessoas podem pagar indenizações e multas por causa da lei, ou se podem ir presas por causa da lei, estas coerções devem ter uma justificação mais profunda do que o simples fato da lei<sup>17</sup>. Se a justiça é a virtude primeira de todas as instituições sociais, ela é especialmente importante na instituição social apta a impor privações importantes aos indivíduos.

Estabelecer o primado da justiça sobre a eficiência não implica, porém, afirmar a desimportância desta. Ao contrário, a eficiência tem um papel importante na formulação do princípio da diferença por Rawls, assim exposto:

Desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam: a) para o maior benefício dos menos favorecidos, respeitando o princípio da poupança justa; e b) ligadas a cargos e posições acessíveis a todos sob condições de uma justa igualdade de oportunidade<sup>18</sup>.

15 RAWLS, J. *A theory of justice*. *Op. cit.* § 1, p. 3.

16 WEBER, M. *Economia e Sociedade*. 4ª ed. Tradução de R. Barbosa e K. E. Barbosa. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial, 2004, v. 1, p. 32.

17 DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge (MA): Harvard University, 1977, p. 14-15.

18 RAWLS, J. *A theory of justice*. *Op. cit.* § 46, p. 266.

Diferenças significativas de renda e riqueza podem ser moralmente justificadas, até mesmo para quem está no percentil menos favorecido. O exemplo dado pelo autor é quanto à perspectiva de renda da “classe empresarial em uma democracia de proprietários” *versus* a perspectiva de “trabalhadores pouco qualificados”. É possível que uma sociedade justa endosse uma diferença de renda entre esses grupos, que, ao mesmo tempo, estimule os proprietários a empreender e correr riscos (porque terão a recompensa da possibilidade de maior renda) e aumente as perspectivas dos trabalhadores menos qualificados (porque a maior produção de riqueza os deixará em posição melhor do que se a renda fosse igualmente alocada a todos):

(...) a maior expectativa de retorno dos empresários encoraja-os a fazer coisas que aumentem as perspectivas da classe trabalhadora. Essas melhores perspectivas agem como incentivos, de forma que o processo econômico seja mais eficiente, que a inovação ocorra em ritmo mais rápido e assim por diante. Não quero me estender sobre o quanto essas possibilidades são verdadeiras. O ponto é que algo desse tipo deve ser considerado se tais desigualdades devem satisfazer o princípio da diferença<sup>19</sup>.

Alerto que essa postulação deve ser entendida no âmbito de uma teoria ideal da justiça, em que há igualdade de oportunidades tanto para a “classe empresarial” quanto para “trabalhadores pouco qualificados”. Sem igualar os pontos de partida (com educação pública e de qualidade a todos, por exemplo), essa desigualdade adviria de um cenário em que algumas partes já têm mais vantagens do que outras, por um defeito da estrutura social. Além disso, o limite dessa desigualdade é dado pelo benefício trazido ao estrato social em pior posição: quando o aumento da expectativa de retorno da classe empresarial nada agrega para aumentar a expectativa dos trabalhadores, essa majoração é injusta, pois não ocorre “para o maior benefício dos menos favorecidos” — conforme a dicção do já citado princípio da diferença. Para Rawls, o mérito pessoal, sozinho, não é título para expectativas de alto enriquecimento.

De qualquer forma, o autor postula que a diferença de renda proposta é justa e eficiente, pois deixa os indivíduos menos favorecidos em melhor situação do que estariam com uma discrepância menor. A renda maior oferecida aos que se propõem a investir seu capital em empreendimentos faz com que a

19 RAWLS, J. *A theory of justice*. *Op. cit.* § 13, p. 68.

riqueza cresça e isso concorre, inclusive, para o aumento de bens primários para os menos favorecidos. Há aqui uma convergência com um pressuposto caro à análise econômica do direito: “os indivíduos obedecem a incentivos para conseguir balizar seu comportamento racional”<sup>20</sup>. Rawls entende que riscos maiores exigem estímulos maiores, para que o agente se mova a corrê-los e percebe que a diferença maior de renda pode trazer um ganho de eficiência para a quantidade geral de riqueza e para a justiça, considerando-se quem ocupa os estratos econômicos inferiores. A eficiência está subordinada à justiça e ajuda a realizá-la mais amplamente: “A justiça é prévia à eficiência (...). O resultado é consistente quando um arranjo perfeitamente justo é também eficiente”<sup>21</sup>.

A proposta de Rawls recebeu críticas à esquerda (com Gerald Cohen argumentando que a sociedade não deveria pagar a mais para quem deseja empreender com seu capital, pois quem tem o desejo e a vocação de assim agir deve fazê-lo sem pedir esse benefício extra ao coletivo) e à direita (com Robert Nozick propondo que o mérito do indivíduo já é título suficiente para fazer jus à renda que o mercado quiser lhe pagar, não importando a diferença desta renda para o percentil inferior da sociedade)<sup>22</sup>. De qualquer forma, sua formulação do princípio da diferença evidencia que, para ele, a justiça não exclui o valor-meio da eficiência nem mesmo em uma teoria liberal-igualitária, que considera a primazia da justiça na sociedade e que nega que o mérito, sozinho, seja título para uma desigualdade injustificada para os menos favorecidos. Ao contrário, justiça e eficiência podem e devem conversar. Esse diálogo tem a potencialidade de aprofundar a justiça nas instituições sociais, inclusive no direito, como será visto no item seguinte.

#### 4. Eficiência, justiça distributiva, diálogo entre economia e direito e a COVID-19

Tendo em vista que a eficiência é sempre um valor-meio, em que circunstâncias o raciocínio jurídico deve ser pautado por ela? Necessariamente em

20 PORTO, A. J. M. Princípios de Análise do Direito e da Economia. In: PINHEIRO, A. et al. (org.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 27.

21 RAWLS, J. **A theory of justice**. *Op. cit.* § 13, p. 69.

22 Para uma síntese das críticas de Cohen e Nozick a Rawls, ver GARGARELLA, R. **Las teorías de la justicia después de Rawls: un Breve Manual de Filosofía Política**. Barcelona: Paidós, 1999, cap. 2 e 3.

questões nas quais a norma jurídica demonstre a necessidade de se atingirem determinadas consequências. Seguir a regra, nestes casos, é atingir os *efeitos* por ela desejados. O direito adquire um caráter mais teleológico do que deontológico em tais situações, pois a prescrição legal determina a finalidade a ser atingida. Realiza-se o sentido do direito ao se realizarem os seus objetivos.

Enfim, em quais situações jurídicas a eficiência estará alinhada à justiça? Especialmente em situações de *justiça distributiva*. Necessário recordar este conceito. O sentido do direito mostra-se, do ponto de vista estrutural, em práticas sociais de troca (ou retificação) e outras de distribuição.

Nas primeiras, encontra-se a justiça comutativa, “que tem um papel retificador nas transações entre os homens”<sup>23</sup>. Ela visa uma igualdade aritmética entre as partes, que devem sair da interação social com a mesma quantidade de bens com que entraram. Na compra e venda, o comprador sai com uma coisa que vale o dinheiro que ele possuía, e o contrário ocorre com o vendedor<sup>24</sup>. Se alguém causa dano a outrem, deve indenizá-lo, com a finalidade de repor o prejuízo causado, fazendo com que a relação se alinhe, se iguale e que a vítima se torne *indene* (literalmente, sem danos). A justiça comutativa, assim, é observada nos contratos e delitos.

As práticas sociais de distribuição são regidas pela justiça distributiva, “manifestada na distribuição de honra, dinheiro, ou outras coisas que podem ser divididas entre os que têm parte na constituição da Pólis”<sup>25</sup>. Ela sempre diz respeito à distribuição dos *bens comuns*, em quinhões não necessariamente equivalentes, às partes envolvidas. O quinhão será proporcional a algum valor socialmente relevante (fixado em regra jurídica), razão pela qual a igualdade visada pela justiça distributiva é geométrica, não aritmética<sup>26</sup>: as frações devidas a cada um não serão idênticas (isto é, não serão aritmeticamente equivalentes),

23 ARISTÓTELES. *The nicomachean ethics*. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University, 1998. Livro V, 1131a.1.

24 Essas observações são feitas a partir da métrica objetiva do direito: a coisa vale o preço e vice-versa. Do ponto de vista da economia e das motivações subjetivas dos agentes econômicos, a coisa vale mais do que o preço *para o comprador* e o preço vale mais do que a coisa *para o vendedor*. Se não houvesse essa diferença, a transação não ocorreria. Por isso, as partes saem de uma compra e venda (e de qualquer transação econômica livre) melhor do que entraram.

25 ARISTÓTELES. *The nicomachean ethics*. *Op. cit.* Livro V, 1130b.20.

26 ARISTÓTELES. *The nicomachean ethics*. *Op. cit.* Livro V, 1131b.10-14 e 1132a.1-2.

mas serão proporcionais a uma medida estabelecida pela lei. Vejam-se os seguintes exemplos: o beneficiário da previdência social receberá seus proventos em proporção ao seu tempo de contribuição, idade, gênero e outros fatores; os credores do falido não receberão, todos, a mesma proporção de seu crédito, pois recuperarão seus haveres, total ou parcialmente, na ordem de preferência fixada pela lei. São situações em que as partes fazem jus a frações aritmeticamente desiguais de uma coisa comum, que será partida proporcionalmente a um ou mais critérios considerados relevantes pelo legislador. O resultado da distribuição é fundamental para a sua justiça: seguir a regra, aqui, é atentar às consequências.

Em questões de justiça comutativa, o raciocínio econômico também é de grande importância: em um contrato, as partes buscarão maximizar seus resultados e assumir riscos condizentes com o retorno esperado. Contudo, centremo-nos nas questões distributivas porque, nelas, o liame entre justiça e eficiência é menos aparente à primeira vista, mas essencial para a justa aplicação da lei. De resto, as relações comutativas já pressupõem agentes econômicos autointeressados e diretamente implicados no resultado de suas ações, pois eles mesmos ganham ou perdem com as avenças que celebram. Por outro lado, os juízos distributivos são geralmente feitos por terceiros (gestores públicos, legisladores ou juízes), cujo patrimônio não é afetado diretamente por suas escolhas. Dessa forma, estudar o vínculo entre justiça distributiva e a eficiência é examinar a racionalidade de escolhas não autointeressadas sobre bens comuns.

Lopes traz exemplos do ordenamento jurídico brasileiro em que a racionalidade econômica se aplica a diversos ramos do direito<sup>27</sup>. Trago aqui alguns deles. A fixação judicial de alimentos deve observar a necessidade do alimentando e as possibilidades do alimentante (Código Civil, art. 1694, § 1º). Os rendimentos do devedor de alimentos deverão ser partidos entre ele próprio e o credor, em uma proporção que permita suprir as necessidades vitais do alimentando, mas continue permitindo a subsistência do alimentante. A fixação justa do *quantum* depende de um raciocínio de custo-benefício.

No direito concorrencial, o CADE pode autorizar um ato de concentração que cause dominação de mercado relevante ou reforce posição dominante, desde que tal ato traga benefícios ao consumidor e à sociedade, através do aumento da produtividade, do incremento da qualidade de bens ou

27 LOPES, J. R. L. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006, p. 285-291.

serviços ou do fomento ao desenvolvimento tecnológico ou econômico (Lei nº 12.529/2011, art. 88, § 6º). Trata-se de uma situação que seria, a princípio, ilícita, mas passa a ser considerada lícita pelas suas potenciais consequências benéficas ao mercado e ao consumidor: a empresa passa a ter direito a uma parcela maior do mercado relevante, em virtude dos bons resultados que podem advir dessa situação – e que, se não ocorrerem, podem levar à proibição do ato de concentração, conforme a dicção do art. 91 da Lei nº 12.529/2011.

Na falência, o administrador judicial pode requerer ao juízo a autorização para venda antecipada dos bens, se forem “perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa” (Lei nº 11.101/2005, art. 22, III, j). O art. 141 da mesma lei faculta a venda dos bens de maneira conjunta ou separada, já que pode haver situações em que a alienação conjunta da empresa pode ser mais valiosa do que de suas partes. A aplicação justa dessas duas regras exige uma atenção às consequências, um raciocínio de custo-benefício.

Note-se que, nos três exemplos abordados, a regra jurídica preconiza uma determinada divisão da coisa comum, que só poderá ser realizada atentando-se aos resultados do juízo jurídico. Todavia, a razão de ser de cada uma das regras não é a eficiência, mas sim os direitos dos envolvidos em cada situação. No primeiro caso, a renda do alimentante deverá ser dividida proporcionalmente às suas possibilidades e às necessidades do alimentando: é a subsistência deste, sem descuidar do sustento do credor, que embasa a direito a alimentos. No segundo caso, a fatia de mercado relevante que caberá à empresa após o ato de concentração pode ser maior do que geralmente é permitido, desde que essa fração a mais se reverta em benefícios coletivos; encontrar o ponto ótimo desta fração é essencial para se realizar o objetivo da lei, que é beneficiar o consumidor (com um produto ou uma tecnologia que não seriam produzidas se não houvesse a escala permitida pela concentração de mercado acima do padrão)<sup>28</sup>. As alienações antecipadas de bens da massa falida procuram maximizar o valor do acervo comum: quanto maior o valor obtido,

---

28 É possível que a empresa tenha, com a concentração excepcional permitida, um ganho proporcionalmente maior do que o consumidor. Se o órgão concorrential entender que tal discrepância é necessária para oferecer ao consumidor um produto, serviço ou preço que ele, de outra forma, não teria, não haveria vedação a tal situação. Mas ainda assim, a razão de ser dessa concentração é o benefício trazido ao consumidor e, portanto, seu acesso a um produto ou serviço mais adequado.

mais dívidas serão saldadas e mais credores receberão seus haveres. Nesses três exemplos, busca-se uma distribuição justa de uma coisa comum (a renda do alimentante, o mercado, a massa falida), que só ocorrerá se houver atenção às consequências da aplicação da regra, atendendo aos direitos previstos em lei. A eficiência, aqui, ajuda a realizar a justiça.

Questões distributivas se fazem presentes especialmente em situações de escassez. A pandemia da COVID-19 traz mais exemplos, com a Lei nº 13.979/2020. A própria restrição ao contato social fundamenta-se da necessidade de preservação de um importante bem comum: o número total de leitos disponíveis no sistema de saúde. Com o objetivo de possibilitar que todos tenham a fração que precisarem deste bem comum (distribuído conforme critérios socialmente relevantes — no caso, a necessidade de tratamento de saúde), o Estado pode impor severas restrições à atividade econômica e até mesmo à liberdade ambulatoria.

Isto se dá pela disciplina do uso de outro bem comum: os espaços públicos. Como o vírus se espalha pelo contato interpessoal, criam-se regras específicas para a circulação (uso de máscara, por exemplo) e estabelecem-se desestímulos para ela (como o fechamento de comércio de rua e de escritórios). A participação de cada um na titularidade do bem comum — expressada no direito de circulação — é limitada, em virtude da situação excepcional. A retomada das atividades econômicas presenciais — e da consequente circulação normal de pessoas — exige também um cálculo de custo-benefício, apto a preservar os bens comuns que a restrição de contato social visa resguardar. Com qual porcentagem de ocupação de UTIs é seguro reabrir o comércio? Qual a queda de número diário de mortes que torna possível retomar maiores aglomerações? Perguntas como estas exigem um raciocínio consequencialista e um instrumental econômico para construir respostas adequadas, tudo de forma a assegurar a fruição do bem comum. São questões distributivas, portanto, em que se realiza a justiça (o sentido do direito) atentando-se aos resultados da distribuição, que serão tão mais eficientes quanto mais atenção se tenha ao instrumental econômico.

A ADPF 671, em que se pleiteava a utilização de leitos de UTI situados em hospitais privados pelo SUS, traz mais um exemplo de questão distributiva. Entendiam os autores da ação que o bem comum, a ser partilhado entre os pacientes, deveria ser integrado por todos os leitos de UTIs, públicos e privados, alocados pelo SUS em fila única. Em decisão monocrática, o Min.

Ricardo Lewandowski não conheceu da ADPF, negando-lhe seguimento, e o Pleno ratificou tal decisão<sup>29</sup>. Uma das razões de decidir foi a possibilidade de as unidades da federação aumentarem o total de leitos a serem disponibilizados à população, por intermédio da requisição administrativa (Constituição Federal, art. 5º, XXV e Lei nº 13.979/2020, art. 3º, VII), que prevê a utilização, pelo poder público, de bens e serviços privados, mediante justa indenização. Assim, pelas regras já existentes, as unidades da federação já podem resolver esse conflito distributivo, ampliando o acervo do bem comum a ser repartido. Eventual requisição de leitos privados de UTI também é decisão que depende de raciocínio consequencialista. É mais eficiente requisitar os leitos privados, alugá-los (consensualmente) ou transformar leitos públicos comuns em UTIs? Neste ponto, o quinhão ideal de cada paciente já está dado: todos devem, idealmente, ter direito a uma UTI para se tratar da COVID-19. A questão principal é quanto ao meio mais eficiente para garantir essa fração do bem comum a todos.

Mesmo na trágica situação (provável em uma pandemia) em que não há leitos suficientes de UTI para todos os pacientes graves, há uma clara questão de justiça distributiva: trata-se de dividir um bem comum escasso entre indivíduos, de acordo com critérios socialmente relevantes. Embora não haja lei em sentido estrito a respeito, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2156/2016 estabelece os parâmetros de priorização, sendo que a preferência é dada para “pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico” (art. 6º, § 1º)<sup>30</sup>.

Este é o primeiro dos cinco níveis de prioridade. Em todos, os critérios socialmente relevantes são a necessidade do tratamento, o prognóstico de recuperação e a não limitação de suporte terapêutico. Quanto mais um paciente atender a estes parâmetros, maior precedência terá no acesso ao bem comum. Está claro que o raciocínio aqui também será prospectivo, consequencialista e de custo-benefício: se houver um leito de UTI para pacientes igualmente

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 671/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski (decisão monocrática). Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342830963&ext=.pdf> (decisão monocrática) e <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=06/07/2020&incidente=5891381&codCapitulo=5&numMateria=103&codMateria=1> (decisão do Pleno). Acesso em: 27 ago. 2020.

30 BRASIL. **Resolução CFM 2156/2016**. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidades de terapia intensiva. Brasília: Conselho Federal de Medicina, [2016]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acesso em: 15 jun. 2020.

necessitados do suporte intensivo, mas um deles tiver melhor chance de cura (pela idade, pela ausência de comorbidades ou por qualquer outro fator), a equipe médica tomará a difícil decisão de internar este.

Em todos estes casos, tão diversos entre si, nota-se como as questões de justiça distributiva se beneficiam especialmente de um diálogo entre direito e economia, pois a alocação das frações do bem comum exigem uma atenção às consequências e aos resultados.

## 5. Conclusão

Direito e economia são campos do saber distintos, cada um com suas regras e, especialmente, cada um com seu sentido. Toda interação entre eles deverá considerar as distinções entre esses “jogos de linguagem”, para que não corramos o risco de jogar um com as regras do outro. O sentido do direito é a justiça e ela não pode ser substituída pela eficiência, mesmo porque esta é valorativamente neutra, ocupando-se exclusivamente de algum tipo de maximização. Contudo, nas relações de justiça distributiva, a repartição justa do bem comum exige um raciocínio econômico, consequencialista e sensível à eficiência do resultado. Quanto maior a escassez do bem comum a ser partilhado — e ela tende a se acentuar em tempos de recessão, ou de enfrentamento de ameaças, como na atual pandemia — maior a necessidade do diálogo entre direito e economia para que a distribuição justa ocorra. A eficiência, sozinha, não é critério de distribuição, mas de maximização do bem comum a ser distribuído segundo os critérios de justiça. No campo jurídico, quando a eficiência está subordinada à justiça — e não o contrário — realiza-se mais amplamente o sentido do direito.

## Referências

ARISTÓTELES. **The Nicomachean Ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 671/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski (decisão monocrática).

Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342830963&text=.pdf>> (decisão monocrática) e <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=06/07/2020&incidente=5891381&codCapitulo=5&numMateria=103&codMateria=1>> (decisão do Pleno). Acesso em 27 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM 2156/2016**. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidades de terapia intensiva. Brasília: Conselho Federal de Medicina, [2016]. Disponível em < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>>. Acesso em 15 jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge (MA): Harvard University, 1977.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University, 1997.

GARGARELLA, Roberto. **Las Teorías de la Justicia Después de Rawls: un Breve Manual de Filosofía Política**. Barcelona: Paidós, 1999.

JESUS, Carlos F. R. Direitos Humanos, Positivismo Jurídico e Moralidade. *In*: SCALQUETTE, A. *et al.* (org.). **60 Desafios do Direito: Política, Democracia e Direito**. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Lisboa: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Aula inaugural”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 110, jan/dez 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. **Naturalismo Jurídico no Pensamento Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia:** Princípios de Micro e Macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

PORTO, Antonio José Maristrello. Princípios de Análise do Direito e da Economia. *In:* PINHEIRO, Armando *et al.* (org.). **Direito e Economia:** Diálogos. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Edição revisada. Cambridge (MA): Belknap, 1999.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** 4ª ed. Tradução de R. Barbosa e K. E. Barbosa. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations.** 4ª ed. Tradução de G. E. M. Anscombe, P.M.S. Hacker e J. Schulte. Londres: Wiley-Blackwell, 2009."

# Capítulo 3. *Análise Econômica do Direito Tributário em Tempos de Covid-19*

Daniela Juliano Silva

*My real name is Doctor Frankenstein. I am very  
proud of my monster and I hope to say some  
words in defense of him.*  
Richard Posner<sup>1</sup>.

## 1. Introdução

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o surto do vírus denominado “COVID-19”, identificado pela primeira vez na China (Wuhan), teria atingido o nível de uma pandemia global. Desde então, o mundo enfrenta verdadeira cruzada para tentar frear o devastador efeito do vírus, que, no Brasil, dois meses depois da notificação do primeiro caso, já se apresentava como o evento mais letal de nossos últimos 102 anos, tendo causado a morte de mais de quinze mil brasileiros<sup>2</sup>. A escalada do vírus expôs a fragilidade de nossos sistemas de saúde e exigiu das autoridades públicas ações urgentes e pontuais, de modo a conter os impactos da pandemia nas relações sociais, econômicas, fiscais e jurídicas. A imperatividade do isolamento social, com a suspensão das atividades econômicas, impacta diretamente o sistema tributário arrecadatário, que já experimenta perdas significativas<sup>3</sup>.

Refletir a respeito deste momento tendo como base a análise econômica do direito (AED), em especial sob a perspectiva do direito tributário, impõe percorrer um caminho de volta às bases históricas de construção da interdis-

1 COOTER; ULEN, 2010, p. 164.

2 Em 19/05/2020 contabilizaram-se um total de 16.792 mortos pelo vírus no Brasil, segundo o sítio público do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>.

3 A expectativa, segundo o Instituto brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) era a de arrecadar R\$ 2,80 trilhões em impostos, porém, em razão das medidas de afastamento e suspensão das atividades em razão da COVID-19, a estimativa de arrecadação caiu para R\$ 2,05 trilhões, 26% a menos do que o esperado.

ciplinaridade entre economia e direito, mas também pressupõe o olhar sobre o futuro, em tempos de reconstrução de uma “nova normalidade”. Nesses termos, tem-se como objetivo geral do presente estudo a reflexão a respeito das premissas da AED no direito tributário e seu impacto quanto à condução de soluções para enfrentamento da COVID-19. Como objetivos específicos, pretende-se identificar nas excepcionalidades normativas do momento, bem como nas decisões judiciais em matéria tributária, a construção dos ideais da AED, pautada na noção de escolha racional, utilidade e eficácia. Em outras palavras, impõe-se ponderar a respeito da relevância desse exame para o momento em que vivemos. Impossível não refletir acerca da utilidade da AED nos atos, decisões e consequências do aumento de processos judiciais a respeito da matéria e suas implicações a longo prazo.

O primeiro desafio, portanto, é o de definir os fundamentos sob os quais o presente artigo se debruçará. Leonardo de Andrade Costa (2019, p. 377), em referencial estudo a respeito da necessidade de reconhecimento da interdependência estrutural entre o direito e a economia em matéria tributária, reflete acerca de razões fundamentais que as correlacionam, no que cita-se a manifestação da capacidade econômica do contribuinte (e a indissociável relação com o princípio da progressividade), a correlação entre tributos e preços e, por fim, a utilização de considerações consequencialistas para a tomada de decisões jurídicas. Interessa ao desenvolvimento do presente estudo, especialmente, este último viés, aguçado pelo fato de que, com o reconhecimento de um Estado de necessidade, em razão da pandemia, houve um aumento exponencial no número de processos tributários no Judiciário brasileiro<sup>4</sup>.

Sob outra perspectiva (NASCIMENTO, 2011; OLIVEIRA, 2013), destaca-se a importância da análise conjunta entre direito tributário e economia, por meio de exemplos envolvendo a extrafiscalidade tributária, em especial a respeito de seus efeitos na concorrência pela concessão de benefícios fiscais. Essa perspectiva interessa na medida em que uma das primeiras ações em ma-

---

4 Um levantamento feito pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) mostrou que existem 3,8 mil processos tributários em tramitação nos tribunais brasileiros relacionados à pandemia da COVID-19. São 36 novos temas jurídicos por conta da repercussão da crise do coronavírus. Os dados foram contabilizados entre 17 de março e 27 de abril em mais de 80 unidades da PGFN pelo Brasil. A maioria dos processos pede a prorrogação do pagamento de tributos pelas empresas, tendo como fundamento a aplicação da Portaria nº 12/2012, que adia por 90 dias os pagamentos de tributos federais em caso de estado de calamidade pública.

téria tributária em tempos de COVID-19 foi a divulgação de um apanhado de medidas nitidamente benéficas ao sujeito passivo das obrigações tributárias (a tratar, especialmente, do diferimento do pagamento de tributos). Refletir acerca dessas ações pela via da aproximação de uma análise econômica do direito tributário inflige ponderação acerca dos impactos dessas medidas no preço de produtos (demanda x oferta), principalmente daqueles que, nesta ocasião, ganham ar de indispensabilidade.

A análise econômica do direito (AED) encontra-se centrada na perspectiva microeconômica, em especial, no comportamento dos atores do mercado (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005). Ainda que a perspectiva microeconômica seja o ponto de partida da AED, não se pode perder de vista certas iniciativas ao redor do globo (sob uma perspectiva macroeconômica) que propõem o tratamento da matéria tributária como política pública de enfrentamento da crise provocada pela COVID-19. Sob esse aspecto, cite-se a iniciativa da OCDE — Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, com a construção de uma agenda própria a discutir o papel das políticas tributárias no enfrentamento da crise sanitária<sup>5</sup>.

A crise sanitária ora enfrentada impõe um olhar franco sobre a noção de escassez e demanda. O reconhecimento da escassez dos sistemas de saúde<sup>6</sup>, ante suas necessidades permanentes (demanda), expõe as fragilidades do tema e leva a uma matemática que vai além de questões financeiras, pressupondo pensamentos quanto à ética médica e a escolhas trágicas<sup>7</sup>. Nesses termos, a lógica da escassez é questão latente em tempos de uma pandemia mundial, tornando-se ainda mais evidente com o aumento na demanda por respiradores, leitos em hospitais, medicamentos e produtos para assepsia (tudo aquilo que guardar

5 Referencia-se o documento (*guideline*) intitulado *Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*, produzido pela OCDE, sob a responsabilidade de seu Secretário-Geral, como parte do projeto *Tackling Coronavirus (COVID-19): contributing to a global effort*, que diz respeito a ações de enfrentamento da pandemia. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128\\_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis). Acesso em: jun. 2020.

6 Conforme lição de Gustavo Amaral (*apud* AARON; SCHWARTZ, 2011, p. 257), “a questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”.

7 CALABRESI; BOBBIT, 1978.

relação com a prevenção, o tratamento e o socorro daqueles acometidos pela COVID-19 que, dentre outros sintomas, provoca severa crise respiratória).

De todo modo, falar sobre saúde é falar não só sobre a escassez e a demanda, mas também de escolhas difíceis, valendo sobremaneira a ponderação de Gustavo Amaral (2011, p. 257) que assevera:

Dizer ‘que todos sejam atendidos’ é discurso legítimo no campo dos atores sociais. Todavia, quando tais pessoas estão investidas na qualidade de atores jurídicos, mormente estatais, e se está presente um quadro de falta de elementos objetivos para o atendimento, nos parece mister apontar a origem dos meios e critérios de escolha.

Se debruçar sobre esses critérios de escolha é uma das premissas da AED, quanto mais em um ambiente donde se reconhece o quase natural fenômeno da judicialização.

Nesse panorama, considerar uma análise econômica do direito, aponta para a necessidade de os agentes econômicos levarem em consideração o ambiente normativo em que atuam, bem como as regras que modelam suas relações, estabelecendo-se um retrato dos impactos econômicos que surgirão, em especial, sobre os efeitos na distribuição dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Em outros termos, essa análise busca, “explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema” (Posner, 2011, p. 8).

Como problema de pesquisa considera-se o risco de, no cenário atual de calamidade pública, em que as ações emergenciais acabem por ganhar tons de definitividade, tornando-se permanentes. Sob esse viés, será necessária maior reflexão a respeito da tendência de criação de novas exações como única alternativa às perdas de arrecadação, o que poderá gerar um aprofundamento ainda maior da crise econômica. De todo modo, pretende-se, portanto, responder ao seguinte problema de pesquisa: a análise econômica do direito tributário pode agregar valor tanto em momentos de pandemia da COVID-19 quanto de pós-pandemia?

No mais, justifica-se o presente estudo como oportunidade para se refletir sobre o direito tributário por um viés interdisciplinar, restando demonstrada sua

relevância, na medida em que o cenário de crise sanitária e econômica impõe um ambiente de escolhas difíceis, que merecem ser feitas em bases mais racionais.

Por fim, com base em uma metodologia dedutiva, baseada em técnica de pesquisa bibliográfica e de análise documental em bases fixas (Procuradoria da Fazenda Nacional, Planalto, Tribunal Federal do Estado de São Paulo e do Distrito Federal e Territórios), estrutura-se o presente estudo tendo por base três capítulos. Em um primeiro tópico, parte-se de uma reflexão histórica acerca da construção da interconectividade entre a ciência econômica e a ciência jurídica e as premissas e dogmas daquela que impactam e ressignificam essa.

Em um segundo capítulo, adentra-se propriamente no universo do direito tributário, suas linhas condutoras e sua leitura sob a perspectiva da AED em tempos de exceção (calamidade pública). Em especial, reflete-se nesse segundo tópico acerca das funções dos tributos (fiscalidade e extrafiscalidade) e as medidas tributárias emergenciais apresentadas pelo governo federal, de modo a reduzir os impactos da excepcional paralisação das atividades sobre o mercado.

Em um capítulo final, reflete-se, tendo-se em conta o ambiente de crise sanitária e econômica, sobre o aumento no trânsito do Judiciário de questões que envolvem o direito tributário; e, diante de alguns casos pontuais, pondera-se acerca dos raciocínios consequencialistas que imperam em uma análise econômica do direito.

## **2. Análise econômica do direito — pressupostos teóricos e repercussão no direito tributário**

O movimento que recebeu a denominação de *economic analysis of law* (POSNER) e *law and economics* (CALABRESI) propôs a aplicação de métodos próprios da Economia para a resolução de questões legais, comprometendo-se ativamente com o estudo dos impactos do direito na economia. Esse movimento não é novo e, historicamente, a inter-relação entre essas disciplinas teve início com a aplicação do raciocínio econômico nas condutas antitruste e regulatórias (WILLIAMSON, 2005, p. 371). Existe certa concordância no sentido de que a AED teria se iniciado por volta de 1937, na Universidade de Chicago, a partir de estudos sobre a existência ou não de benefícios da intervenção do Estado nos mercados. Todavia, de fato, foi na década de 1960 que

o movimento se consolidou, por força dos trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Henry Manne, Gary Becker e Richard Posner.

Nesse contexto histórico, cite-se o peso do estudo de Guido Calabresi sobre os custos dos acidentes de trânsito (custo social e responsabilidade civil), partindo da abordagem do direito por meio de métodos científicos da economia, “com visões mais pragmáticas que buscavam verificar em que medida a economia é útil para identificar observações empíricas sobre o comportamento jurídico” (NASCIMENTO, 2011, p. 236). Ainda assim, foi definitivamente com Richard Posner (em 1972), com seu tratado *Economic Analysis of Law*, que as interfaces entre o direito e a economia se estreitaram.

De início, apresentar-se-ia a análise econômica do direito (AED) como uma forma interdisciplinar de produção de conhecimento, a reverenciar a relevância prática da ciência econômica, não só para reflexão acerca do comportamento do mercado, mas também para o estudo de comportamentos não-mercadoológicos (discriminação racial no mercado de trabalho, no direito criminal, no direito de família), conforme se vê, especialmente, na perspectiva construída por Gary Becker (COOTER; ULER, 2010, p. 2).

O olhar sobre a interdisciplinaridade fundamentadora da AED impõe o conhecimento acerca dos principais dogmas da ciência econômica, que tem por foco a investigação do comportamento humano em um ambiente no qual os recursos são escassos. Nesse cenário impõe-se a necessidade de se fazer escolhas. Como são feitas essas escolhas é o objeto sob o qual se debruça a economia. Decerto ser, portanto, a denominada “escolha racional”<sup>8</sup> que, segundo as lições de Silveira (2009, p. 15), seriam as decisões individuais “entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais”, verdadeiro postulado da AED<sup>9</sup>. Pensar sobre tais escolhas em tempos de uma

8 Segundo Cristiano Carvalho (2008, p. 8) o conceito de “escolha racional” está relacionado a um dos quatro conceitos principais relacionados à AED e ensina: “Escolha Racional: indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, ou, como dizem os economistas, maximizar a sua *utilidade*. E, para tanto, reagem a *incentivos*” (grifo no original).

9 Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira (2009, p. 15) apresenta como postulados da análise econômica do direito: “a) o individualismo metodológico, ou seja, os fenômenos coletivos devem ser explicados como resultantes de decisões individuais; b) escolha racional, ou seja, as decisões individuais são entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais; c) preferências estáveis, postula-se que no curto prazo há a estabilidade de preferências; d) *equilibrium*, entende-se que as interações na política e no direito tendem, tal como no mercado ao equilíbrio”.

pandemia mundial impõe ponderações ainda mais aprofundadas a respeito dos seus impactos no universo econômico e social.

Mas a escolha racional não é a única premissa da economia. Essa ocupa-se, ainda, de certos elementos estruturantes de funcionamento do mercado, em uma interação de duas variáveis: a oferta e a demanda. Tais elementos, por obstante, variam em função de uma série de fatores. A demanda varia conforme o preço pelo qual os produtos e serviços são ofertados, bem como pela renda, gosto, expectativas e quantidade de compradores. A oferta, por sua vez, varia conforme o preço que determinado bem possa alcançar no mercado, o preço dos insumos necessários à sua produção, pela tecnologia disponível e pelo número de fornecedores dispostos a ofertar o mesmo bem.

Sob esse viés (oferta x demanda), a proposta do presente estudo, de refletir acerca de uma análise econômica do direito tributário, faz-se pertinente, na medida em que a relação entre tributos e preços se mostra contundente. As medidas normativas instituídas de modo a dar respostas aos efeitos da pandemia refletem escolhas críticas dos agentes públicos e atingem diretamente os mercados, preços e as relações de consumo. As medidas normativas que impactam o direito tributário e são objeto do presente estudo serão verificadas no tópico seguinte.

A AED também avalia a qualidade dos instrumentos normativos, de acordo com métricas econômicas predefinidas e métodos empíricos (estatística e econometria)<sup>10</sup>. O direito, sob o ponto de vista econômico, deve ser analisado pelo critério da eficiência e da utilidade. A percepção de eficiência no mundo jurídico (noção de justiça)<sup>11</sup> é completamente diversa do viés econômico, pressupondo,

10 Como bem construído por Nascimento (2011, p. 237), “a economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento para estimar como as pessoas reagem às leis mediante incentivos”.

11 Apreenda-se da lição de Rachel Melo Urbano Carvalho (2008, p. 187), a respeito da noção jurídica de eficácia e eficiência: “A *eficácia* surge como medida normativa do alcance de resultados, estando relacionada ao sucesso no alcance dos objetivos, donde se infere ser pertinente com aspectos externos da organização. A *eficiência*, por sua vez, aparece como medida da utilização dos recursos neste processo, estando relacionada aos meios e métodos de trabalho empregados internamente pela instituição. Sendo assim, eficácia tem relação com o sucesso nos objetivos (exterior a quem age) e eficiência está vinculada aos investimentos realizados por quem age (análise pessoal e interna)” (grifo nosso).

acima de tudo, mediante a análise de certos modelos, que a escolha do agente seria aquela que viesse a representar a maior efetividade<sup>12</sup> da norma interpretada.

Os modelos acima referidos recebem interferência direta das ideias de Pareto, Kaldor e Hicks. Segundo o critério de Pareto, os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor. Em outros termos, é a troca realizada em uma sociedade onde alguém teria sua condição melhorada sem que houvesse a piora de outrem. Já segundo o critério de Kaldor e Hicks, as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos compensem eventuais perdas sofridas (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 86).

Sob o ponto de vista de interpretação das normas, os modelos de Pareto e Kaldor e Hicks também apresentam seu contributo à ciência jurídica. Sob o ponto de vista de Pareto, será eficiente aquela interpretação que tornar mais abrangente o alcance da finalidade para a qual a norma foi criada e, portanto, quanto mais pessoas forem beneficiadas sem que outras tenham prejuízo, maior será sua eficiência. Já conforme Kaldor e Hicks, a eficiência interpretativa das normas se alcançaria quando os ganhos compensassem as perdas (CASSI, 2013, p. 73). Sob esse viés, a análise econômica se prestaria à interpretação de bens jurídicos tais como propriedade, meio ambiente, intimidade, liberdade de expressão e autonomia privada. Essa perspectiva interessa ao presente estudo, na medida em que um de seus objetivos é refletir acerca do exponencial aumento de litígios envolvendo a matéria tributária, conforme levantamentos preliminares feitos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional<sup>13</sup>.

O estudo do dilema eficiência-justiça influencia diretamente o centro de investigações deste estudo, vez que, ao se pensar acerca da natureza das

12 Julga-se oportuno delinear a noção de “efetividade” sob o ponto de vista da ciência jurídica, no que se aponta primorosa lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao lecionar que a efetividade é o “complexo processual em causa – decisório e executório – desde a sua formulação à sua execução: em suma, *até o efetivo atingimento de seu pretendido resultado*” (grifo no original). Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 232), por sua vez, ensinam: “a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

13 Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/covid-19-ja-gerou-38-mil-processos-tributarios-contabiliza-pgfn-30042020>. Acesso em: 25 ago. 2020.

funções do tributo (arrecadação ou intervenção)<sup>14</sup>, reflete-se invariavelmente acerca de seus impactos econômicos. A arrecadação de tributos é a principal fonte de receita da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e se presta a dar resposta às ininterruptas necessidades públicas.

A influência da AED no direito tributário impõe o reconhecimento de que, ao financiar suas atividades, o Estado acaba por produzir efeitos sobre a economia, gerando distorções, a merecer, conforme leciona Schoueri (2018, p. 36), “instrumentos de controle e correção”, mas, complementa ele, se “uma má política tributária pode implicar perdas de eficiência, a tributação pode igualmente ser usada para corrigir as falhas de mercado, gerando maior eficiência”. Essas reflexões serão objeto de aprofundamento no tópico seguinte.

No mais, ante todo o aqui exposto, é perceptível, uma vez definido o espaço de interação entre essas ciências, o quanto as mesmas convergem com base em influências recíprocas. Na contribuição da economia para com o direito, temos a regulação de certas áreas e práticas econômicas, tais como leis regulatórias afetas ao consumo, relações societárias, mercado de capitais, concorrência empresarial e leis antitruste. O direito, por sua vez, contribui para a análise econômica na medida em que impõe uma análise acerca do resultado comportamental, em razão da aplicação de determinada lei, o que levaria a um juízo dos agentes envolvidos quanto à determinada escolha, seja pelo cumprimento ou descumprimento de um contrato, sejam pelas chances de sucesso ou insucesso em um eventual e futuro litígio judicial.

A análise econômica do direito tributário em tempos excepcionais, como o de uma pandemia mundial, importa nas reflexões propostas nos tópicos seguintes, especialmente focada na perspectiva de eventuais benefícios tributários que venham a estimular a construção de uma nova ordem mercadológica, bem como ponderações acerca da própria noção de eficiência muitas vezes construída pelo Judiciário, em escolhas que, por essência, não lhe caberiam.

14 Leciona, com especial clareza, Leandro Paulsen (2017, p. 26) a respeito da classificação dos tributos conforme sua função, donde se tem: “Os tributos são efetivamente a principal receita financeira do Estado, classificando-se como receita derivada (porque advinda do patrimônio privado) e compulsória (uma vez que, decorrendo de lei, independem da vontade das pessoas de contribuírem para o custeio da atividade estatal). Em geral, portanto, possuem caráter fiscal, devendo pautar-se essencialmente pelos princípios da segurança, da igualdade e da capacidade contributiva. Mas, **como os tributos sempre oneram as situações ou operações sobre as quais incidem, acabam por influenciar as escolhas dos agentes econômicos, gerando efeitos extrafiscais, e por vezes são instituídos ou dimensionados justamente com esse objetivo**” (grifo nosso).

### **3. A extrafiscalidade — benefícios fiscais e impactos na economia**

Antes de desenvolver mais profundamente o tema que dá título ao presente tópico, faz-se necessário assinalar a indissociável conexão entre o direito tributário e o direito financeiro. O Estado, de modo a atender às necessidades públicas, dando cumprimento a nossa constituição programática, explora seu patrimônio e exige, por meio de seu poder de império (compulsoriedade), o pagamento de tributos. Ao direito financeiro cabe, uma vez arrecadados os tributos, dar-lhes adequada destinação. As disciplinas, apesar de autônomas, se complementam e não há como se aventurar em uma análise econômica do direito tributário sem se reconhecer tal premissa. O direito tributário ocupa-se da arrecadação, sendo sua destinação preocupação do direito financeiro.

Absorva-se, portanto, as lições de Amatucci (2005, p. 48):

A Finança Pública é uma ferramenta para a implementação das garantias constitucionais em relação aos múltiplos efeitos que é capaz de desenvolver a realidade econômica e social. Nesta perspectiva, se insere um tipo de inerência do interesse público ao produto (resultado) que alcança, conforme objetivo da intervenção do Estado na economia, o aumento de ‘bem estar’ intensivo, mas também qualitativo, bem como a eliminação de desequilíbrios econômicos.

Dissertar a respeito da extrafiscalidade dos tributos, de modo a reconhecê-la como instrumento de intervenção do Estado na política econômica, monetária e de comércio exterior, impõe o reconhecimento de sua relevância não só para o sistema tributário, mas também, seu impacto no sistema das finanças públicas, drasticamente afetado em razão da calamidade pública decretada<sup>15</sup> e em razão da crise sanitária ora enfrentada. Por outro lado, conforme assevera Silveira (2009, p. 44), “as decisões em matéria fiscal afetam o comportamento de milhões de indivíduos e a possibilidade de determinar o peso de certos tributos, sua influência sobre o consumo, a renda ou o patrimô-

---

15 Em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 5, reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública. Perceptível a reverência que se faz ao aspecto fiscal, tendo em vista o reconhecimento do estado de calamidade, pautado nas bases descritas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

nio são dados que não podem apresentar respostas precisas”. Nessa medida, importa refletir sobre a função da extrafiscalidade dos tributos e qual a sua conexão com a AED. É o que se passa a delinear nas linhas seguintes.

Conforme já antecipado, os tributos têm função arrecadatória (fiscal), destinando-se à obtenção de receitas para financiar o gasto público, bem como função extrafiscal, capaz de abranger políticas econômicas ou sociais. Absorva-se, portanto, a lição de Schoueri (2018, p. 155) ao pontuar:

Há quem classifique os tributos a partir da extrafiscalidade, havendo os arrecadatórios e os regulatórios. A classificação merece crítica porque **todos os tributos têm efeito arrecadatório e regulatório, em maior ou menor grau**. Por isso mesmo, normas tributárias indutoras podem ser veiculadas em qualquer tributo. Entretanto, não há como deixar de ver que o constituinte encontrou em alguns tributos federais veículos propícios para a introdução de normas indutoras, dispensando-os da rigidez do princípio da anterioridade e flexibilizando a legalidade, de tal modo que o governo federal pode, nos limites da lei, a qualquer momento modificar sua alíquota, com efeito imediato. Tal é o caso dos impostos sobre comércio exterior e do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguros, títulos e valores mobiliários. (grifo nosso)

Em termos históricos, ainda que exista a tendência de se afirmar que os tributos com essa finalidade intervencionista sejam produto do moderno intervencionismo estatal, Hugo de Brito Machado (2009, p. 98) defende que existem registros da utilização do tributo com essa função desde a Antiguidade. Afora esse detalhe, segundo o autor, nossa Carta Republicana de 1988 teria adotado a extrafiscalidade como instrumento indispensável à implementação de políticas públicas, permitindo-se o aumento ou a redução do ônus fiscal em função dos objetivos delineados e conforme exigissem as circunstâncias. Decerto que não faltam em nosso texto constitucional dispositivos que autorizam a prevalência da extrafiscalidade<sup>16</sup>.

16 Cite-se, especialmente: a) as exceções ao princípio da anterioridade (anual e/ou nonagesimal) e à legalidade relativas aos impostos que atuam como reguladores da produção de bens (IPI), do comércio internacional (II e IE) e de demanda monetária e creditícia (IOF), donde se dá ao Executivo prerrogativas para alteração da legislação respectiva (art. 150, § 1º e art. 153, § 1º da CF); b) na previsão de que os impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e territorial rural (ITR) sejam utilizados de modo a induzir o cumprimento da função social da propriedade (arts. 170, III, e 182, § 4º, II, CF); c) na previsão de benefícios fiscais de incentivo regional (art. 151, I); d) na determinação de estímulo

Por fim, resta a conclusão de Machado (2009, p. 130), no sentido de que “o objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo finalmente os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal”.

Paulo de Barros Carvalho apresenta seu contributo ao desenvolvimento do tema, afirmando que, “vezes sem conta a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de ‘extrafiscalidade’”.

Perceba-se nos conceitos até aqui trasladados que a extrafiscalidade apresentar-se-á, na prática, sempre na dependência da norma jurídica (norma tributária indutora), como premissa de um sistema tributário que privilegia a estrita legalidade (tipicidade cerrada). Sob o viés da ciência jurídica, a noção de extrafiscalidade importa uma normativa muito própria, de estímulo a atividades, setores econômicos e regiões e ao desestímulo do consumo de certos bens. A intervenção econômica estatal, por sua vez, importa na “ação desenvolvida pelo Estado no e sobre o processo econômico em direção a um mesmo objetivo: correção das distorções do liberalismo, para a preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado” (GRAU *apud* SCHOUERI, 2005, p. 34).

Sob o ponto de vista da AED, e com um olhar sobre as premissas que a norteiam, reconhece-se que as regras legais moldam os incentivos aos quais as pessoas se submeterão, a influir, portanto, em suas decisões de troca, produção, consumo e investimento (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 89-90). No mais, “(...) os indivíduos obedecem aos incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional: é o sistema de preços que baliza o comportamento humano. Na área legal, a norma estabelece preços (recompensas/

---

ao cooperativismo (arts. 146, III, c, e 174, § 2º, CF); e) na determinação de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte (art. 146, III, d, CF).

sanções) tais como incentivos, multas, prisões etc., para os vários tipos de comportamento. A escolha de cada opção é analisada em face dos benefícios auferidos por meio de uma comparação qualitativa, vale dizer, monetária” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 89-90).

Note-se que a determinação do preço tende a se apresentar como a tônica balizadora da AED do direito tributário, especialmente pela interação entre demanda e oferta no mercado de bens e serviços e a fundamental correlação entre tributos e preços. José Luis Ribeiro Brazuna (2009) afirma que oferta e demanda serão indiscutivelmente afetadas pela cobrança e arrecadação de tributos, vez que a tributação impactará os preços dos insumos adquiridos e dos bens e serviços ofertados, afetando o equilíbrio do mercado, elevando os preços e reduzindo as quantidades ofertadas. Com clareza ímpar, pontifica:

Em qualquer situação, seja cobrado do vendedor, seja do comprador, seja sobre a produção, seja sobre o consumo, seja sobre a renda, o tributo interferirá no equilíbrio do mercado e não necessariamente terá seu ônus financeiro arcado por aquele que foi escolhido pelo legislador para efetuar o seu pagamento ao Estado, mas, sim, por aquele a quem o ônus puder ser transferido conforme as leis de funcionamento do mercado e de alocação dos recursos econômicos (BRAZUNA, 2009, p. 44).

Em termos de consequências para o cenário descrito por Brazuna, existiriam quatro reações possíveis a serem abraçadas pelo agente econômico afetado pela imposição tributária: a repercussão, a amortização, a transformação e a evasão (SELIGMAN *apud* BRAZUNA, 2009, p. 44)<sup>17</sup>.

Leonardo de Andrade Costa (2019), em aprofundada reflexão sobre o tema, pondera que a instituição de tributos e as alterações da carga tributária “modificam os preços absolutos e relativos dos bens e serviços e dos fatores de

17 Vale a nota acerca do significado de cada uma das consequências da relação preço-tributos, apresentada pelo autor, em sendo: “Repercussão: processo de transferência do ônus financeiro do tributo daquele que o paga para outra pessoa que efetivamente irá suportar, podendo isso ocorrer do comprador para o vendedor ou do vendedor para o comprador; Amortização: processo de redução antecipada do preço de um bem de acordo com o valor dos tributos que sobre ele incidirão até o consumo (...); Transformação: processo de recuperação do tributo pago através do aprimoramento do processo produtivo, de maneira a compensar o custo tributário com a redução de outro custo envolvido na produção (...); Evasão: alteração de comportamento dos agentes econômicos de maneira a não efetuar o pagamento do tributo cobrado, o que pode ser feito de maneira lícita ou ilícita (...)” (SELIGMAN *apud* BRAZUNA, 2009, p. 44).

produção nos diferentes mercados, tendo em vista que a escassez de recursos e a estabilidade tecnológica no curto prazo impõem a realização de escolhas. É nesse campo que a microeconomia (teoria da formação de preços) oferece auxílio ao direito, para indicar quais os impactos econômicos das diferentes alternativas decisórias”. Com um aparato aprofundado de gráficos e exemplos, referido autor conclui que, o “estudo da incidência jurídica” (alterações da carga tributária) de forma isolada, revela pouco quanto aos efeitos e consequências da tributação. Assim que, para a AED do direito tributário, e sob a perspectiva dos preços, há de se compreender os reais efeitos da tributação, embrenhando-se em um aprofundado estudo acerca da teoria da formação de preços, com auxílio direto da microeconomia, capaz de auxiliar o direito “para indicar quais as consequências econômicas das diferentes alternativas decisórias” (COSTA, 2019, p. 383).

Diante de uma crise sanitária a nível global, medidas tiveram de ser tomadas em todas as esferas de governo, de modo a se dar respostas às restrições necessárias à contenção da doença, bem como para lidar com a crise social e econômica que se sucedeu. Uma vez reconhecido o Estado de Calamidade Pública, em 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo nº 06, percebe-se a opção do legislador por acionar o regime de exceções previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal. Percebe-se, assim, que na equação economia-direito tributário, não se pode deixar de lado o impacto causado nas finanças públicas que, no momento atual, sinalizam para a necessidade de ajustes orçamentários condicionados à solicitação de créditos adicionais (especialmente, os extraordinários), e com projeção futura de aumento de carga tributária, em razão da perda de receitas (redução da arrecadação de tributos)<sup>1819</sup>.

18 De todo modo, refletir acerca do momento atual é falar sobre as escolhas dos agentes públicos, o que nos leva a reflexões sobre a teoria da escolha pública (*public choice*) desenvolvida por James Buchanan. A análise do desempenho da tributação no processo de formação da aceitação social e da capacidade do contribuinte, especialmente no caso de aumento na tributação, demandam a distribuição localizada de recursos, mesmo diante de uma capacidade limitada de arrecadação do Estado (competência), impulsionando as instituições fiscais a fazerem escolhas prévias a partir de uma equação entre a demanda por investimentos públicos e os custos de seu suprimento (BUCHANAN *apud* SILVEIRA, 2009).

19 Encontram-se em tramitação dois projetos de lei que visam a criação de nova exação. A tão esperada e agora revigorada regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (art. 153, VII, CF), via Projeto de Lei Complementar nº 183/2019 e a instituição de Empréstimos Compulsório (art. 148, I, CF), via Projeto de Lei Complementar nº 34/2020.

Interessam especialmente ao desenvolvimento do presente artigo as medidas tomadas pelo governo federal (e o fisco federal) em matéria tributária, bem como a reflexão sob a perspectiva da AED, acerca do papel do direito tributário na redução do impacto econômico provocado pela covid-19.

A Receita Federal do Brasil, em abril de 2020, lançou, em seu sítio público na internet, material intitulado “Perguntas e respostas sobre medidas tributárias editadas para reduzir impacto econômico da COVID-19”, donde se veem destacadas as principais medidas tomadas no cenário tributário:

- 1) Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 154, de 03 de abril de 2020, que trata da prorrogação do vencimento de tributos apurados no âmbito do Simples Nacional.
- 2) Decreto nº 10.305, de 1º de abril de 2020, que trata da redução a zero de alíquotas do IOF sobre operação de crédito.
- 3) Decretos 10.285, de 20 de março de 2020 e 10.302, de 1º de abril de 2020, que trata da redução a zero das alíquotas de IPI sobre produtos específicos para o enfrentamento do COVID-19.
- 4) Instrução Normativa nº 1930, de 01 de abril de 2020 e Instrução Normativa nº 1934, de 07 de abril de 2020, que/ tratam da alteração dos prazos de entrega das declarações de ajuste anual das pessoas físicas, da declaração final do espólio e da declaração de saída definitiva.
- 5) Portaria ME nº 139 de 03 de abril de 2020, alterada pela Portaria ME nº 150 de 07 de abril de 2020, que trata da prorrogação do prazo de recolhimento de tributos federais.
- 6) Instrução Normativa RFB nº 1.927, de 17 de março de 2020 e Instrução Normativa RFB nº 1.929, de 27 de março de 2020, que agilizam e simplificam o despacho aduaneiro de mercadorias importadas destinadas ao combate da COVID-19<sup>20</sup>.

Estados, Municípios e o Distrito Federal, dentre outras medidas, seguiram a tendência implementada pelo governo federal, especialmente ao que diz respeito ao diferimento do prazo para o pagamento de tributos — instituto da moratória (art. 151, I, CTN). Outras medidas têm sido aventadas, como o aguardado anúncio oficial de que haverá a liberação de créditos tributários dos bancos que aumentarem linhas de crédito para pequenas e micro em-

20 Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/covid-19/perguntas-x-respostas-medidas-covid19-com-indice-15-04-2020.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

presas. A medida, a ser concretizada em conjunto pelo Banco Central e pela Receita Federal, é demanda antiga dos bancos, que pretende irrigar com capital as instituições financeiras, que, mesmo diante do aumento da demanda por crédito, por parte de pequenas e microempresas, empoçaram o acesso a esse crédito, em razão de redução na margem de lucro<sup>21</sup>. Percebe-se, pelos exemplos ora apresentados, a relevância do papel desempenhado pelo direito tributário nesse cenário de excepcionalidades.

A utilidade dessas medidas em um primeiro momento pode até se mostrar adequada, mas sua eficácia, a longo prazo, ao que tudo indica, não se sustentará. A medida do governo federal de reduzir a zero as alíquotas do IOF sobre operações de crédito, já prevendo o aumento de contratos de mútuos e financiamentos, não se mostrou eficaz sob o ponto de vista das instituições bancárias, que se comportaram de forma a reter essa demanda (empocamento do crédito). Esse comportamento acabou provocando outras medidas, como a liberação de créditos tributários aos bancos, noticiada como forma de construir linhas de crédito mais atrativas, em programas de baixo custo.

Nesse panorama, nos é cara a lição de Schoueri (2018, p. 46), no sentido de que “a tributação, conquanto oferecendo o risco de gerar ineficiência na busca da equidade, tem pela frente espaço onde esse dilema pode ser resolvido de modo positivo, quando o tributo, ao alocar recursos entre o setor público e o privado, e entre os agentes deste, acaba por induzir comportamentos de acordo com objetivos da própria política econômica”.

Nesse cenário, voltam-se os olhares ao futuro, na certeza de que, com o aprofundamento da crise econômica causada pela crise sanitária, e com o maior endividamento dos entes públicos, a relevância do direito tributário desponta com a proposta de novas exações, o que, segundo Fernando Scaff (2020), seria um erro, vez que “a recuperação da crise não pode depender da via tributária”<sup>22</sup>. Reverenciado professor alerta:

---

21 Notícia veiculada pelo portal de notícias G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/blog/ana-flor/post/2020/06/12/governo-quer-liberar-credito-tributario-de-banco-que-emprestar-para-micro-e-pequenas-empresas.ghtml>, Acesso em: 13 jun. 2020.

22 Palavras proferidas em entrevista à Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/entrevista-fernando-facury-scaff-tributarista-professor>. Acesso em: 13 jun. 2020.

(...) eu vislumbro uma segunda etapa, que é a superação da crise sanitária, para uma outra etapa, que é de ir às empresas saudáveis. E o meu temor é que, nessa segunda fase, o Estado — em sentido amplo (União, estados e municípios) — queira “tirar a forra”, como se diz no popular, tributando mais fortemente as empresas. Ele terá se endividado vastamente, porque haverá seguramente um desequilíbrio financeiro, pois há menos arrecadação e mais gastos com saúde. Então, se nessa segunda fase a saída for tributária, nós estaremos todos perdidos, porque cobrarão mais tributos das empresas nesse momento em que elas terão sobrevivido e tentarão sobreviver, já em uma fase de retorno à normalidade. A saída pelo tributário será um erro, porque elas terão dificuldades de pagar os tributos correntes. Imagina se o “saco de maldades” dos fiscos vier a ser aberto com empréstimos, compulsórios, com criação de tributação sobre dividendos, com imposto sobre grandes fortunas, com aumento de cargas tributárias, com mais multas, mais juro. Quer dizer, todo esse pacote que se avizinha em uma segunda fase é muito negativo, por isso que sempre trabalho com duas etapas. A etapa agora é de apoio integral às empresas, com endividamento do Estado. A etapa futura não poderá ser pela via tributária, que quebrará o sistema que sobreviver à primeira fase.

Corroborando o temor acima trasladado, encontram-se em tramitação dois projetos de lei que visam a criação de novas exações. Como já pontuado, ganha renovado fôlego a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (art. 153, VII, CF), via Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 183/2019, bem como a instituição do Empréstimos Compulsório (art. 148, I, CF) para atender às despesas urgentes causadas pela situação de calamidade pública relacionada ao coronavírus (COVID-19), via Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 34/2020.

A pandemia da COVID-19 fez com que ressurgisse, ainda, a discussão sobre a tributação de dividendos pagos por pessoas jurídicas a pessoas físicas. A proposta é objeto do Projeto de Lei (PL) 766/2020 e objetiva o uso do dinheiro arrecadado com a tributação a favor da população mais desprotegida dos efeitos da crise, especialmente os trabalhadores informais. Referido projeto de lei, que tramita em regime de urgência, institui um Sistema Solidário de Proteção à Renda, que garante aos beneficiários do Bolsa Família um aumento de R\$ 150 por pelo menos sete meses.

Guardadas as devidas críticas ao desenvolvimento de cada um desses tributos, especialmente quanto a sua eficácia (e pontuais discussões acerca de suas inconstitucionalidades), é certo que ganha cada vez mais centralidade o projeto que vê no direito tributário um dos caminhos para a recuperação

econômica do mundo, uma vez passada a crise sanitária. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) não tem medido esforços para dar suporte e refletir acerca da importância de se tratar as questões tributárias (estímulos fiscais, tributação da economia digital) como objeto de política pública, sendo importante instrumento na condução do mundo no pós pandemia, especialmente dos países em desenvolvimento.<sup>23</sup>

Acerca desse papel do direito tributário, a OCDE entende, em relatório atualizado em 19 de maio de 2020 e intitulado “*Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*”<sup>24</sup>, que uma “política tributária pode ajudar os governos a lidar com a crise do COVID-19”<sup>25</sup>.

Resta aclarado em referido relatório o reconhecimento acerca da responsabilidade dos governos sobre as ações decisivas que ora buscam mitigar e conter a propagação do vírus e limitar os impactos sobre os cidadãos e sobre a economia. Reconhece, ainda, a necessidade de medidas a serem tomadas pelos países para manter os negócios em funcionamento, dando suporte às famílias e preservando empregos. As linhas iniciais do relatório chamam atenção para a necessidade de adaptação das políticas públicas de forma a se adaptarem aos desafios econômicos e sanitários. E alerta:<sup>26</sup>

23 Referido organismo internacional, formado pela união de 37 países, mas com reconhecida missão de levar o ideal de cooperação para desenvolvimento a todo o mundo. Segundo seu sítio público na internet, a OCDE tem como missão: “*The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) is an international organisation that works to build better policies for better lives. Our goal is to shape policies that foster prosperity, equality, opportunity and well-being for all. We draw on almost 60 years of experience and insights to better prepare the world of tomorrow*”. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/>. Acesso em: jun. 2020.

24 Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128\\_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis). Acesso em: jun. 2020.

25 No original: *tax policy can aid governments in dealing with the COVID-19 crisis*. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128\\_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis). Acesso em: jun. 2020.

26 No original, adverte o Prefácio do Relatório: “*The report finds that governments have taken decisive action to contain and mitigate the spread of the virus and to limit the adverse impacts on their citizens and their economies. Through various measures, countries are helping businesses stay afloat, supporting households and helping preserve employment. This readiness to act helps boost confidence. However, further action, with broader and stronger measures, is needed. Policies will need to be adapted to the evolving health and economic challenges. Containment measures may only be removed gradually, so recovery may be uneven. Where recovery is weak, fiscal action can strengthen it. In this context, multilateral collaboration will be vital for recovery and to strengthen the global economy’s resilience to future shocks. The report finds that specific support will be necessary for developing*

Onde a recuperação é fraca, a ação fiscal pode fortalecê-la. Nesse contexto, a colaboração multilateral será vital para a recuperação e para fortalecer a resiliência da economia global a choques futuros. O relatório conclui que será necessário apoio específico para os países em desenvolvimento, inclusive por meio de coordenação internacional, apoio financeiro e adaptação de regras tributárias que beneficiem todos os países. As finanças públicas eventualmente precisarão ser restauradas. Todas as opções devem ser exploradas, incluindo a reformulação de ferramentas antigas, a introdução de novas e o reforço dos esforços em andamento para enfrentar os desafios tributários internacionais impostos pela digitalização da economia.

A preocupação pontuada pelo relatório da OCDE a respeito da tributação da economia digital é tema de atualidade ímpar e afeta diretamente a AED do direito tributário, especialmente ao se levar em consideração as dificuldades estruturais de um modelo multifacetado que dificulta a aplicabilidade de elementos clássicos de incidência tributária (conceito de fonte, renda, residência) e cuja noção de “valor” é muito mais intrínseca e vai além da dinâmica de preços (COSTA, 2019, p. 405).

Feitas todas essas reflexões sobre o cenário que ora desafia o mundo e apresentando uma perspectiva que oferece um contraponto e coloca no direito tributário a responsabilidade pela retomada da economia em momento posterior à pandemia, ocupa-se o tópico seguinte de olhar o presente sob o ponto de vista de mais uma consequência provocada pelo estado de exceção instaurado pela crise sanitária provocada pela COVID-19: uma verdadeira “judicialização da crise”, sob a qual o direito tributário também não passa ileso. Vale um olhar sobre esse fenômeno sob o viés da AED.

---

*countries, including through international coordination, financial support and adaptation of tax rules that benefit all countries. Public finances will eventually need to be restored. All options should be explored, including revamping old tools, introducing new ones, and bolstering ongoing efforts to address the international tax challenges posed by the digitalisation of the economy. Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience”.*

#### 4. Direito tributário e ativismo judicial — *modus operandi* em tempos de COVID-19

O ativismo do Judiciário brasileiro não é nenhuma novidade e resta cada vez mais evidente em tempos de crise sanitária, em tema já por essência demasiadamente judicializado<sup>27</sup>. Referido ativismo em tempos de uma pandemia global exige uma análise mais apurada, especialmente em matéria tributária, permeada pelo dogma da tipicidade fechada<sup>28</sup>.

Na última semana de março de 2020, a Procuradoria da Fazenda Nacional criou um grupo de monitoramento de demandas judiciais tributárias relacionadas à pandemia do coronavírus. Procuradores das cinco regiões fiscais coordenam a atuação da Procuradoria em ações ajuizadas no cenário da COVID-19. As ações judiciais em matéria tributária têm como pedidos principais o levantamento de valores penhorados por meio do Bacenjud, o diferimento de tributos federais como PIS, Cofins, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), bem como a suspensão de pagamentos de parcelamentos especiais. A criação de referido grupo de trabalho, segundo o coordenador-geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional, Manoel Tavares Menezes Netto, pretende garantir a uniformidade do compor-

27 Em providencial artigo intitulado *O Judiciário da Pandemia*, Fontainha, Lima e Fernandes (2020) refletem sobre a onda da judicialização em razão da crise da COVID-19, pontuando: “Ao mesmo tempo em que o Judiciário foi célere e decisivo na delimitação das competências dos entes federativos, ele se mostra relativamente impotente diante do iminente colapso do sistema de saúde, que não oferece leitos e respiradores para todos os doentes. Antes da pandemia, já eram numerosas as ações judiciais que obrigavam a destinação de leitos para pessoas doentes. Com a pandemia, as liminares se tornaram mais inefetivas já que os leitos são um dos recursos mais escassos do momento e a sua atribuição é de responsabilidade imediata dos médicos, como sempre foi. O que parece ter mudado é que a ineficiência do Judiciário na gestão de recursos hospitalares se tornou empiricamente evidente. Isto pode ajudar a frear o entusiasmo de alguns com a dita ‘judicialização da saúde pública’ no Brasil. Só no Estado do Rio de Janeiro foram movidas, em menos de dois meses, mais de 119 ações pelo plantão judiciário da Defensoria Pública pedindo a internação de pacientes com COVID-19. Os hospitais estão descumprindo grande parte das ordens judiciais de internação, pois não têm condições de cumpri-las, o que já acarretou diversas mortes”.

28 Eduardo Maneira (2012: 2) é categórico: “Não há espaço para ativismo judicial em matéria tributária. A Constituição outorga poderes a União, Estados, DF e Municípios para instituírem tributo por lei, ou seja, o exercício da competência tributária é privativo das pessoas políticas que receberam tal poder e jamais poderá ser exercido pelo Poder Judiciário”.

tamento da União perante o Judiciário, funcionando como verdadeiro farol ao Ministério da Economia no monitoramento de possíveis riscos judiciais<sup>29</sup>.

A tese daqueles que buscam o Judiciário para acolhimento de suas demandas tributárias tem como fundamento a Portaria n. 12/2012, que adia o prazo para pagamento de tributos federais devidos por contribuintes domiciliados em municípios em que se tenha reconhecido a situação de calamidade pública por meio de decreto estadual. Ante o reconhecimento do estado de excepcionalidade em razão da pandemia de COVID-19 e naturais projeções sobre a redução de faturamento das empresas em razão das medidas de afastamento social e fechamento do comércio, as empresas buscaram o Judiciário nos Estados, especialmente em razão da demora dos governos na tomada de decisões que alcançassem a esfera tributária<sup>30</sup>.

O verdadeiro *boom* de ações tributárias no Judiciário aconteceu mesmo antes das medidas anunciadas pelo governo federal<sup>31</sup> e, desde então, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) tem montado verdadeira estratégia de guerra para barrar liminares que pretendem adiar o pagamento de tributos. O principal argumento de defesa da PGFN repousa na tese de que os recursos públicos são, mais do que nunca, indispensáveis para sustentar

29 Medidas adotadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional em tempos de pandemia de COVID-19. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/servicos-e-orientacoes/coronavirus-medidas-adotadas>. Acesso em: 13 jun. 2020.

30 Veja-se o Diário Oficial da Justiça Federal da 3ª Região, de 23/04/2020, donde se infere o desenvolvimento das teses e ações em matéria tributária que provocaram ação do Judiciário. Cite-se especialmente ação da Eucatex S/A Indústria e Comércio, em face do Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo e o Procurador Chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional da 3ª Região, objetivando medida liminar *inaudita altera pars*, para que seja determinada prorrogação do pagamento dos tributos federais e parcelamentos (inclusive os realizados com a PGFN) (DOJF 3ª Região, 23/04/2020, p. 118). Disponível em: [file:///D:/Downloads/de\\_JudICSP\\_2020\\_04\\_23\\_a.pdf](file:///D:/Downloads/de_JudICSP_2020_04_23_a.pdf). Acesso em: 14 jun. 2020.

31 Cite-se: Diferimento, por 3 meses, do pagamento dos tributos federais devidos à União no SIMPLES Nacional; Diferimento do prazo de pagamento do FGTS por 3 meses; Redução de 50% das contribuições do Sistema S (SENAI, SESI, SESC, SENAC) por 3 meses; Redução a zero das alíquotas de importação para produtos de uso médico hospitalar até o fim do ano; Desoneração temporária de IPI para bens importados listados que sejam necessários ao combate do COVID-19; Desoneração temporária de IPI para bens produzidos internamente que sejam necessários ao combate do COVID-19; Destinação do saldo do fundo do DPVAT de R\$ 4,5 bilhões para o SUS; Redução a zero das alíquotas de importação para produtos de uso médico e hospitalar; Simplificação das exigências para contratação de crédito e dispensa de Certidão Negativa de Débitos e Tributos Federais para renegociação de crédito. Conforme levantamento realizado pelo Instituto Fiscal Independente. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569894/CI05\\_2020.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569894/CI05_2020.pdf). Acesso em: 27 ago. 2020.

serviços essenciais prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e que todos os contribuintes devem ser tratados segundo o princípio da isonomia, sem privilégios àqueles que buscam socorro junto ao Judiciário<sup>32</sup>.

O Judiciário tem se comportado de forma destoante, ora concedendo liminares, ora negando-as, especialmente com base na premissa maior da ciência tributária, que é a da tipicidade fechada. A tendência experimentada é de que as decisões que, em primeira instância, tendem a acolher os argumentos dos contribuintes, sejam revertidas em segunda instância<sup>33</sup>. Em referencial decisão, cujo pedido dizia respeito à concessão de moratória, nos termos dos artigos 152 e 153 do Código Tributário Nacional, enfrenta-se o cerne da problemática acerca do ativismo judicial em matéria tributária, donde se traslada o seguinte trecho:

Depreende-se dos dispositivos que regulamentam a matéria, que a moratória é instrumento que se aperfeiçoa mediante a edição de lei, em *strictu sensu*. Em casos anteriores com o mesmo objeto, reconheci que não é dado ao Poder Judiciário conceder prorrogação do prazo para pagamento de tributos federais, sob pena de atuar como legislador positivo, exercendo a competência originária dos outros poderes constitucionalmente estabelecidos, em violação ao princípio da separação dos poderes. Observei que não se desconhece - e que se lamenta, profundamente - as consequências já sentidas e que advirão da crise econômica que decorre da pandemia, e que seria necessário que se estabelecesse, o quanto antes, uma solução sistêmica pelos Poderes competentes, como forma de se evitar a solução pontual que, se somadas às

32 Tenha-se por referência decisão do Judiciário Paulista, Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2020/2020-04-02-suspencaoimpostoCovid.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

33 A respeito dessa tendência, Fernando Scaff, em entrevista à Revista Consultor Jurídico (2020), pontua: “A ideia que preside esse movimento é que a primeira instância é sempre mais próxima do cidadão. E que acolhe com mais agilidade as expressões e os pedidos do pleito. Assim, ela tem a sensibilidade de atuar perto das ansiedades dos contribuintes. Já a segunda instância tem uma dinâmica diferenciada, é um pouco mais afastada do cidadão e tem uma visão de Estado, de governo, gostemos ou não. Portanto, em um dado momento, para evitar uma avalanche de pedidos, quase que uma “corrida ao fundo do poço” — na qual quem tem a sorte de cair no juiz “a” e não no juiz “b” consegue a vantagem que o outro não está conseguindo — o que a instância superior faz? Segura tudo, prende tudo. Infelizmente, essa dinâmica está presente e a gente identifica isso no movimento que está acontecendo hoje, seja nos âmbitos estaduais — todos os estados estão com situação semelhante —, seja no âmbito federal, nas diversas circunscrições”.

centenas de soluções individuais que passam a surgir, mais afetará que contribuirá para o equilíbrio das relações econômicas<sup>34</sup>.

Ainda que pautado em bases argumentativas inquestionáveis, o magistrado do caso entendeu que diante da excepcionalidade da situação provocada pela pandemia, “é preciso dizer para reconhecer que a situação concreta viabiliza que o Poder Judiciário autorize, de modo excepcional, um tratamento tributário diferenciado daquele vem sendo dado aos demais setores da atividade econômica, como forma de garantir a continuidade de atividade que se torna ainda mais essencial na crise sanitária que vivemos, até que a solução sistêmica seja definida pelos órgãos estatais e Poderes Competentes”<sup>35</sup>.

A moratória também é objeto de outra empreitada jurisdicional, no caso, a denominada “moratória heterônoma”, por meio do mandado de segurança coletivo, impetrado pelo Partido Social Liberal (PSL). O pedido central requer a decretação da moratória geral, tanto de tributos federais como de estaduais e municipais, como ato de competência da União<sup>36</sup>. O PSL baseia o pedido no artigo 152, I, *b*, do Código Tributário Nacional, que autoriza a União a conceder moratória de tributos fora de sua competência e, portanto, a influir na esfera de competência de Estados e Municípios. O tema é espinhoso e ainda não há decisão com grau de definitividade, mas serve para reforçar a centralidade que a temática tributária ganhou em tempos de pandemia da COVID-19.

No mais, as ações acima em comento, em especial a decisão acima trasladada (13ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP), apresentam o núcleo das digressões do presente capítulo, ilustrando tanto a tensão causada pela crise sanitária ora vivida como o protagonismo do Judiciário, mais uma vez escolhido como o Poder capaz de dar o devido tratamento às urgentes demandas surgidas. O ativismo judicial deve ser analisado com a devida cautela e sob a

34 13ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP. Justiça Federal de São Paulo. Mandado de segurança nº 5005329-18.2020.4.03.6100 JFSP, em 13.04.2020. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2020/2020-04-02-suspencaoimpostoCovid.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

35 13ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP. Justiça Federal de São Paulo. Mandado de segurança nº 5005329-18.2020.4.03.6100 JFSP, em 13.04.2020. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2020/2020-04-02-suspencaoimpostoCovid.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

36 Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/03/1018038-62-2020-4-01-3400.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

proposta do presente estudo pelo viés da AED, em especial, acerca das consequências sobre as decisões judiciais em matéria tributária.

Absorva-se, nesta medida, a lição de Carvalho (2008, p. 4) ao desenvolver que está nas “consequências” (consequencialismo) um dos quatro conceitos principais relacionados à teoria da AED, em sendo:

(...) 2) Consequências: As escolhas, sejam aquelas realizadas por criminosos, pagadores de impostos, legisladores ou juízes, sejam quais forem, acarretam consequências. Uma vez que os economistas lidam com decisões referentes a recursos escassos, onde escolhas implicam em renúncias, preocupam-se sobretudo com as consequências advindas das ações tomadas pelos indivíduos. A preocupação, menor ou maior, com as consequências é intrínseca a qualquer sujeito dotado de racionalidade, desde as suas ações mais comezinhas, até as mais complexas. Seja ao tomar um copo a mais de vinho num jantar, aceitar ou não um convite profissional, ou mesmo entre investir no mercado de ações, a mente humana calcula as possíveis consequências que seguirão das opções que se apresentam no caso concreto. Tal faculdade é inerente ao homem, e funciona sempre, mesmo que de forma intuitiva em grande parte das vezes – não é necessário ser formado em Economia para isso. Por incrível que pareça, muitos juristas, ao menos os educados no sistema continental europeu, de origem romano-germânica, têm grande dificuldade em aceitar, ou mesmo em entender a importância que a preocupação com consequências tem para o Direito.

Essa tendência restou claramente absorvida por nosso ordenamento jurídico, em última alteração (Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018) experimentada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que, em seu artigo 20, assevera: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Citado artigo é referenciado no enfrentamento do mérito de ações judiciais em comento que inicialmente tiveram liminares concedidas e, uma vez os respectivos governos tomando as competentes medidas tributárias, foram revertidas quando do enfrentamento do mérito. Vale a leitura:

(...) Os fatos acima apontados fazem surgir, em verdade, **dano reverso, conquanto a concessão da liminar é capaz de impactar tão severamente as contas públicas, inviabilizando, inclusive, que o Ente Público cumpra a sua missão constitucional ao tempo e modo devido,**

**mormente no que concerne às atividades sanitárias e de saúde, em prejuízo a toda a população do DF.**

Em outras palavras, o reconhecimento do pedido, nos termos em que formulado, ocasionaria violação cabal ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que claramente não se conforma com o Estado Republicano.

Friso, também, que o Magistrado, ao analisar questões capazes de impactar demasiadamente as contas do erário deve, na dicção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, atuar com cautela, apreciando minuciosamente as consequências da decisão judicial, a saber:

**Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

**Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.**

(...)

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Denota-se, portanto, **a imposição vinculante aos Poderes da República acerca dos efeitos da determinação judicial, máxime os obstáculos para a concretização da medida. Tal imposição legal se aplica a hipótese dos autos, uma vez que, acaso deferida a liminar, haveria um forte impacto nas contas públicas, produzindo efeitos imediatos no orçamento, ante o amplo rol de pessoas jurídicas que seriam alcançadas. (grifo no original)**<sup>37</sup>.

Denota-se da decisão acima trasladada que outros dois conceitos basilares da AED fazem parte do comportamento dos magistrados nesta tendência de se buscar uma justiça eficiente, no tempo e na qualidade: o equilíbrio e, por mais uma vez, a eficiência. Conforme delineado por Carvalho (2008, p. 4), o equilíbrio explicaria a escolha do magistrado em prol da maior efetividade da norma interpretada, “mesmo quando todos os sujeitos agem em prol de seu autointeresse racional, o resultado acaba sendo uma tendência para o equilíbrio, simplesmente porque as ações individuais acabam não tendo mais poder de influenciar o sistema (ou mercado) do que as outras”.

A eficiência, neste contexto, residiria em um valor desejado por todos (Carvalho, 2008, p. 4), mas, em termos econômicos, representaria a obtenção dos melhores resultados com os mesmos recursos disponíveis. Ainda de acordo com as lições de Carvalho (2008, p. 4), seria “fazer mais com o mesmo, ou o mesmo com menos, ou, de forma ainda mais sucinta, obter o melhor resultado a partir dos recursos escassos”. Em termos de prestação jurisdicional, as escolhas retratadas nas decisões proferidas pressupõem um olhar sobre as consequências de modo a se verificar como as respostas dadas em matéria de direito tributário impactam, a longo prazo, as decisões econômicas.

Mas, afinal, quais lições devem ser absorvidas de uma análise consequencialista das decisões recentemente proferidas em matéria tributária?

37 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (PJe). Mandado de Segurança Coletivo n. 0702403-74.2020.8.07.0018. Decisão proferida em 28/05/2020. Disponível em: <https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=42be63b5ac73d239a022cdb01fd2be5c8ea6259a4f913ec6d63f31a25082b6c79acca54c81a16d52b87b25af5160f73d12838ef364af1870>. Acesso em: 14 jun. 2020.

De antemão, conforme reconhece Costa (2019, p. 379), “a direção e dimensão dos possíveis impactos que os tributos exercem sobre os preços de bens e serviços e de fatores de produção — os quais alteram a demanda e a oferta nos mercados — são elementos relevantes a serem considerados no processo decisório jurídico, o que pressupõe a compreensão do instrumental analítico microeconômico, por meio do qual se examina como consumidores e empresas interagem no mercado e são decididas as quantidades e os preços de equilíbrio”.

De modo a responder ao questionamento acima proposto, será preciso, primeiramente, se debruçar sobre as dificuldades estruturais que envolvem o “consequencialismo” e o pensamento crítico a respeito de seu uso indiscriminado como técnica decisória nos tribunais brasileiros.

O professor Conrado Hübner, em reflexão em sua coluna na revista *Época* (14/09/2018) sobre o tema, aclara: “O consequencialismo busca detectar relações empíricas de causa e efeito, pratica a dúvida metódica, vai atrás de pesquisas e dialoga com as ciências sociais”. Sua crítica fez-se, sobretudo, ao que chamou de “consequenciachismo”, em sendo, “um estado de espírito, um pensamento desejoso (*wishful thinking*), a confusão entre o que é e o que se queria que fosse”. E pondera:

Bons consequencialistas respeitam a complexidade e a incerteza do mundo social. Consequenciachistas julgam conhecer o mundo social por intuição e experiência, aderem ao consequencialismo inconsequente, impressionismo com verve retórica. A jurisprudência impressionista, com muita convicção e pouca evidência, esbanja palpites sobre causas e efeitos. As anedotas se bastam como fonte. A imodéstia cognitiva e o baixo traquejo com argumentos empíricos são cacoetes da formação jurídica bacharelesca. Argumentos convincentes, nessa tradição, dependem menos de consistência do que de gosto, e o bom gosto é definido pela autoridade de bacharéis<sup>38</sup>.

Servindo como contraponto à ideia proposta por Hübner (2018), José Vicente Santos de Mendonça apresenta, em sua coluna na *Revista de Direito do Estado*, apresenta o seu *Em defesa do consequenciachismo*, refletindo:

---

38 Coluna disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 14 jun. 2020.

E o subtexto da crítica de Conrado é, afinal, um *elogio* ao consequencialismo consequente; aquele que é feito com método, dúvida sistemática, rigor inclemente. Não sei se algum dia isso conseguirá ser feito, seja pelo STF, seja por qualquer outro julgador. Mas são as dores do parto. Mudar a gramática é, em parte, mudar o jogo. Um Direito menos toscamente bacharelesco pode ser um Direito ainda toscamente empírico - mas é um Direito que aponta para um mundo melhor. Por fim, parece que, de fato, o giro empírico-pragmático está acontecendo<sup>39</sup>.

Somando-se a essa dinâmica troca de ideias, que alimenta didaticamente a noção sobre o consequencialismo, servem ao presente estudo, como referencial nuclear, as ponderações de Fernando Leal (2019, p. 94) a respeito dos problemas estruturais dos raciocínios consequencialistas e a importância de se conhecê-los, “(...) para o desenvolvimento de metodologias de decisão capazes de elevar os níveis de racionalidade de processos decisórios, dentro ou fora do direito, orientados na valoração de efeitos de diferentes cursos de decisão”.

Referido autor cita cinco problemas estruturais dos raciocínios consequencialistas (dois problemas de dimensão positiva e três na dimensão normativa). Em relação à dimensão positiva, o primeiro problema diz respeito à assimetria existente entre a noção de “presente futuro e futuro presente”, em um exercício de “futurologia” que alimenta certos juízos consequencialistas desenvolvidos em condições de risco e incerteza. Nessa medida, a validade de juízos consequencialistas dependeria da confiabilidade das prognoses que sustentam as relações entre as alternativas decisórias e seus respectivos efeitos. O segundo problema, também de ordem positiva, relaciona-se com a extensão das cadeias de consequências, o que diz respeito à reflexão sobre até que ponto as consequências devem ser consideradas (LEAL, 2019, p. 95).

Sob o ponto de vista normativo, o primeiro problema está relacionado aos critérios de valoração, ponto crítico no campo da decisão jurídica, vez que esses raciocínios acabam por se associarem a razões extrajurídicas. Aqui, o problema ocorre porque o tomador da decisão é, em princípio, livre para valorar efeitos de alternativas de decisão com base nos critérios que julgar relevantes” (LEAL, 2019, p. 96). O segundo problema envolve exatamente a definição e estabilização dos sentidos dos critérios de valoração, especialmente se

39 Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequencialismo>. Acesso em: 14 jun. 2020.

forem critérios vagos. Aqui, apela-se ao uso de princípios, de modo a se contornar as dificuldades integrativas, princípios esses que não necessariamente representam a decisão mais segura, vez que ao se orientam sobre as bases da razoabilidade, eficiência ou interesse público, referenciam-se em conceitos jurídicos indeterminados (LEAL, 2019, p. 96). O terceiro problema da dimensão normativa diz respeito à possibilidade de conflito entre critérios de valoração que, no momento da aplicação, podem sustentar resultados diferentes para a mesma questão (LEAL, 2019, p. 96).

Perceba-se o grau de dificuldade imposto pelos raciocínios consequencialistas e o desafio a ser encarado “por teorias jurídicas que pretendem legitimar ou orientar os magistrados reais preocupados em justificar decisões para casos concretos em função dos efeitos projetáveis das suas decisões” (LEAL, 2019, p. 110). No mais, fica o alerta feito por Costa (2019, p. 379), ao afirmar que “a simples especulação acerca de possíveis consequências, sem fundamentação empírica ou estudo econômico qualificado que fundamente a escolha realizada, diante de múltiplas alternativas possíveis, fragiliza a legitimidade do processo decisório”.

No mais, ante tudo até aqui refletido, vale o alerta de que a tendência de um mundo pós pandemia é a de que sejam aprimorados os métodos alternativos de solução de conflito, desafiando o Judiciário e abrindo-se espaço para uma relação mais dialética na solução de demandas. O direito tributário não passa incólume a essa tendência, sendo o ramo jurídico que mais tem a ganhar com esse movimento.

O contencioso tributário no cenário atual se apresenta como irrecuperável<sup>40</sup> e alternativas à lide são celebradas e vistas com bons olhos. Nesse contexto, atente-se para a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020 (proveniente da “MP do Contribuinte Legal”), que regula a transação tributária no âmbito federal e regulamenta o art. 171 do Código Tributário Nacional. A lei chega em boa hora e apresenta-se como verdadeiro instrumento de impacto na negociação de dívidas tributárias em momento tão sensível<sup>41</sup>. Cite-se, ainda, nesta prog-

40 Cálculos do Centro de Cidadania Fiscal (CCiF) apontam que o contencioso tributário pode chegar a R\$ 4 trilhões, sendo que metade deste valor é praticamente irrecuperável. Disponível em: <http://www.ccif.com.br/>. Acesso em: 14 jun. 2020.

41 A Procuradoria da Fazenda Nacional, em seu sítio público, apresenta as medidas adotadas em resposta à crise provocada pelo Coronavírus, dentre elas, a Transação extraordinária (prazo de adesão até 30 de junho de 2020) e o Acordo de Transação por Adesão (também com prazo de adesão

nose a respeito da centralidade a ser dada aos meios alternativos de resolução de conflitos, o Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, que trata da criação da execução fiscal administrativa e da arbitragem tributária<sup>42</sup>.

Essas medidas, sob o ponto de vista de uma AED, podem ser muito bem recebidas sob o viés da utilidade e da eficácia, tão caro ao estudo ora construído.

## **5. Considerações finais**

Conforme muito bem construído por Godoy (2005, p. 4), o movimento direito- economia teria sido uma resposta ao “descontentamento do direito com o fundamentalismo jurídico que vinha triunfando desde a consagração do iluminismo. Entre as ciências sociais, a economia se mostrava como a mais promissora candidata para oferecer respostas corretas para os problemas jurídicos”. Ao longo dessa caminhada, percebe-se que a suposta dicotomia entre essas ciências acabou por levá-las a um ambiente de convergência entre ideias e ideais e para uma necessária releitura do direito.

O presente estudo pretendeu um olhar sobre o crescente interesse e reconhecimento da interdependência estrutural entre as ciências econômicas e jurídicas em matéria tributária. Tratou-se, portanto, de refletir acerca dos principais conceitos e premissas da economia, e sobre como tais fundamentos permitem analisar o direito tributário, em especial, em um momento de reconhecida excepcionalidade.

Restaram assinalados, ao longo do desenvolvimento do presente estudo, tendo por base seu histórico de construção, os alicerces da AED, pautados em escolhas racionais, na relação entre demanda e oferta, bem como nas percepções acerca do que se venha a entender sobre utilidade e eficácia. Nessa oportunidade, restou aclarado que a noção de eficiência para a ciência econômica é complemente dissociada da ideia de justiça presente na noção de eficácia jurídica. A eficiência econômica pressupõe a obtenção do melhor resultado, a partir dos recursos escassos.

---

até 30 de junho de 2020). Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/servicos-e-orientacoes/coronavirus-medidas-adotadas>. Acesso em: 14 jun. 2020.

42 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 14 jun. 2020.

Também foi objeto de enfrentamento a interação que existe entre os tributos, a maior fonte arrecadatória de receita estatal, e a economia. A classificação dos tributos em razão de suas funções — arrecadação e intervenção — pressupõe considerações acerca dos impactos nos preços e na direta relação entre demanda e oferta. Ainda que a intervenção econômica estatal (presente na ideia central de extrafiscalidade) se preste à ideia de preservação do mercado (GRAU *apud* SCHOUERI, 2005, p. 34), nosso sistema tributário constitucional se mostra indiferente a tal premissa, “enumerando uma série de valores sobre os quais se deveria firmar o Estado, o qual se dotaria de ferramentas hábeis a concretizar a ordem desejada, preconizando uma realidade social nova, cuja realização e concretização, por meio de medidas legais, passa a ser de interesse público, devendo o desenvolvimento econômico se afinar com o desenvolvimento humano”. (SCHOUERI, 2005, p. 116).

As medidas tributárias de enfrentamento da COVID-19, que levaram em consideração a função extrafiscal dos tributos, partiram de uma escolha racional dos agentes públicos, que colocaram na norma todo o peso de suas escolhas. Essa é a tônica do direito tributário com sua tipicidade fechada, o que nos leva ao pensamento de Buchanan e Tullock (1967, Prefácio), no sentido de que, “Concluir normativamente que a atividade empreendida pelos governos é ‘demais’ ou ‘de menos’ parece ser um esforço um tanto inútil, exceto quando se está preparado para sugerir algumas possíveis (isto é, viáveis) modificações nas regras (...) segundo as quais as decisões são tomadas”.

No capítulo final abordou-se o papel do Judiciário na crise da COVID-19, pontuando acerca das consequências das decisões proferidas em matéria tributária, em um ambiente de incertezas, riscos e de rápidas mudanças. Apon-tou-se para a tendência atual do direito tributário de se buscar alternativas para a solução de conflitos para além do Judiciário, ganhando força os institutos da transação tributária e da arbitragem tributária.

Impera nesta ocasião uma reflexão final, que serve como alerta, apresentada pelo Professor Fernando Scaff (2020), no sentido da necessidade de se repensar o formato da reforma tributária que vem sendo desenhada, vez que “As propostas de reforma tributária que estão em trâmite, a PEC 45 e a PEC 110, devem ser arquivadas imediatamente. Se elas já não eram boas na época da normalidade, no pós-normalidade elas se revelam piores do que se imagina. Vou dar um exemplo: se aquelas duas propostas já estivessem vigorando, nenhuma

medida de redução de carga tributária sobre o consumo poderia ser adotada. Nenhuma. Então, essa redução de tributação que você vê hoje sobre alguns medicamentos, sobre máscaras, sobre alguns equipamentos de saúde, não poderia ser adotada, o que aponta para um erro crasso no desenho que estava sendo feito. Então, a meu ver, as propostas têm que ser arquivadas e algo novo tem de ser desenhado. Não quer dizer jogar fora o sistema tributário que existia antes, mas é um novo desenho de propostas de reforma tributária, aproveitando o que existe hoje e não querendo reconstruir o mundo”. Nessa medida, se pensar uma AED sobre a reforma tributária será tema de relevância.

No mais, fica a lição de que as interfaces entre a economia e o direito enriquecem as análises a respeito do momento atual, impondo uma maior praticidade em termos de escolhas racionais.

## **Referências**

AMARAL, G. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo (org.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

AMATUCCI, A. L'inerenza dell'interesse pubblico alla produzione: Strumenti finanziari e tutela ambientale. p. 55-78. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, v. 232, p. 166, abr/jun 2003.

BRAZUNA, J. L. R. **Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BUCHANAN, J.; TULLOCK, G. **The calculus of consent**: logical foundations of constitutional democracy. Ann Arbor: Michigan University Press, 1962.

CALABRESI, G. **The future of law and economics**: essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016.

CALABRESI, G; BOBBIT, P. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978.

CARVALHO, C. A análise econômica do direito tributário. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (coord). **Direito tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARVALHO, R. M. U. **Curso de direito administrativo** – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Jus Podium, 2008.

COSTA, L. A. Uma introdução à análise econômica do direito tributário. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. M.; SAMPAIO, P. R. P. (Coord.). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

CASSI, G. H. G. A eficiência segundo a análise econômica do Direito como elemento hermenêutico para atingir a máxima efetividade da norma constitucional. **Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA**, Tema: 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República. 29 de maio a 01 de junho de 2013, Centro Universitário Curitiba / Curitiba – PR, pp. 47 – 73.

COOTER, R.; ULEN, T. Law and economics. In: GICO JR., Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. V. 1, Nº 1, 2010, p.7-32. Disponível em: <https://Nedep.Files.Wordpress.Com/2011/07/Ivo-Gico-Jr-Metodologia-E-Epistemologia-Da-Aed.Pdf>.

FONTAINHA, F. C.; LIMA, A. E. C.; FERNANDES, P. A. O Judiciário da Pandemia. **Jota**. Maio/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-judiciario-da-pandemia-15052020>.

GODOY, A. S. M. Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics*. **Revista Jurídica Brasília**. Junho/julho 2005. Vol. 7, nº 73: p. 01-10.

LEAL, F. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a dos jogos podem oferecer?. PORTO, A. M.; SAMPAIO, P. R. P. (Coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

MALLOY, R. P.; EVENSKY, J. **Adam Smith and the philosophy of law and economics**. Massachusetts: Kluwer Academic Publishers, 1995.

MENDES, C. H. Jurisprudência impressionista. Coluna. **Revista Época**. Em 14/09/2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>.

MENDONÇA, J. V. S. Em defesa do consequenciachismo. **Revista Direito do Estado**, ano 2018, número 413. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>.

NASCIMENTO, F. S. Algumas contribuições teóricas da análise econômica do direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, vol.03, nº01. ISSN 2317-7721 p. 232-260.

OECD. OECD Tax policy analysis. **Tax and fiscal policy in response to the coronavirus crisis: Strengthening Confidence and Resilience**. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128\\_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis).

MACHADO, H. B. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANEIRA, E. Matéria tributária não permite ativismo judicial. **Revista Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-17/eduardo-maneira-nao-espaco-ativismo-judicial->

materia-tributaria#:~:text=Mat%C3%A9ria%20tribut%C3%A1ria%20n%C3%A3o%20permite%20ativismo%20judicial&text=A%20expans%C3%A3o%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20na%20vida%20institucional%20brasileira%20%C3%A9%20fato%20incontest%C3%A1vel.&text=Al%C3%A9m%20disso%2C%20o%20Brasil%20adota,controle%20difuso%20e%20o%20concentrado.

MOREIRA NETO, D. F. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PAULSEN, L. **Curso de direito tributário completo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, R. A. **Economic analysis of law**. 9ª ed. Nova York: Wolter Kluwer Law and Business, 2014.

POSNER, R. A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI, I. J. **Contratos empresarias e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCAFF, F. Keynes sobre Hayek: recuperação da crise não pode depender da via tributária, ou o sistema vai quebrar. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/entrevista-fernando-facury-scaff-tributarista-professor>.

SCHOUERI, L. E. **Direito tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVEIRA, P. A. C. V. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SZTAJN, R. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações.** 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

WILLIAMSON, O. “Why law, economics, and organization?”, **Annual Review of Law and Social Science**, 2005, pp. 369 a 396.

## Capítulo 4. Efficient Breach Theory — *Ensaio sobre a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito contratual brasileiro a partir da análise da Law and Economics*

Danielle Pierrondi Abrahão Veloso

### 1. Introdução

O presente artigo, sem esgotar o tema, visa analisar uma possível importação da teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*) aos contratos empresariais, em razão de suas especificidades, com base nos instrumentais da análise econômica do direito e do direito contratual nacional.

O estudo traz os possíveis obstáculos à sua importação ao ordenamento jurídico brasileiro, diante de resistências ao rompimento de uma cultura de ética contratual enraizada na boa-fé objetiva. Contudo, não se pode ignorar que princípios norteadores dos contratos- como o *da força obrigatória* há muito vem sendo mitigado, com o desenvolvimento da consolidada cláusula *rebus sic standibus*, e o dever de mitigar os prejuízos (*duty mitigate the loss*), consectário do princípio da boa-fé objetiva, que permitem enfraquecer o dever de cumprir as obrigações originalmente pactuadas, e questionar a efetiva existência de um “dever” de cumprir os contratos, ao verificar que este atributo seria uma questão moral, e não uma questão jurídica.

Apresentados os potenciais obstáculos à adoção da teoria do inadimplemento eficiente, importa trazer elementos normativos que tornam possível ventilar a aplicação da teoria à luz do ordenamento jurídico brasileiro, como a teoria da imprevisão, a teoria do adimplemento substancial, a eficiência como cláusula de saída e a Lei de Liberdade Econômica.

A pesquisa busca responder às seguintes questões que desafiam a ciência contratual no Brasil: Qual seria a implicação normativa da teoria do *efficient*

*breach*? Como evidenciar que a tutela específica é mais eficiente que a indenização por perdas e danos?

Como se evidenciará, o inadimplemento eficiente encontra tratamento diverso nos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, como questões de eficiência e moralidade, indenização e execução específica, custos de transação e alocação de recursos, todas atinentes aos contratos empresariais. Apesar de a teoria representar uma realocação eficiente de recursos, a doutrina brasileira tem posicionado pela aplicação cautelosa do *efficient breach*.

Para elucidar, o ensaio também faz uma análise da quebra contratual dos contratos de soja verde no estado de Goiás. O rompimento contratual redefiniu estratégias dos agentes do sistema agroindustrial, e fez lançar luz ao desafio que o Estado possui para garantir credibilidade ao mercado, com a adoção de remédios jurídicos adequados, em razão dos efeitos econômicos e sociais gerados pelas decisões judiciais.

Com essas considerações, o objetivo deste trabalho preliminar é apresentar a teoria do inadimplemento eficiente e abordar as possíveis respostas normativas, a fim de identificar hipóteses em que será possível promover uma quebra contratual eficiente dos contratos empresariais no Brasil.

## 2. Contratos empresariais: princípios e vetores

O contrato é uma sequência de atos e comportamentos coordenados entre si para um objetivo: moldar a veste jurídica de determinada operação econômica, em determinado contexto, e que deve observar os princípios de probidade e boa-fé durante todas as fases necessárias para o bom e fiel cumprimento das expectativas dos contratantes (art. 422, CC).

O contexto no qual está inserido o contrato trata da realidade, que determina a decisão de investir dos agentes econômicos, auxiliando a perspectiva sob a qual obrigações, riscos, responsabilidades e garantias devem ser avaliadas para que a decisão de firmar o contrato seja eficiente. Na atividade negocial é muito importante avaliar quais são os tipos de riscos envolvidos, para que se preveja custos com mais precisão, reduzindo-os quando possível, e assim, extrair do negócio o máximo de lucro, fim precípua de toda organização empresarial.

Ocorre que a execução do programa contratual não é linear, e fatos futuros e imprevisíveis podem desajustar o conteúdo originalmente pactuado. Isto ocorre porque é impossível, ou ao menos improvável, que as partes no momento da celebração do contrato detenham todas as informações necessárias para uma tomada de decisão eficiente (racionalidade limitada). E é neste cenário de insuficiência de informações que a execução contratual resta ameaçada, pois eventos futuros de efeitos imprevisíveis podem tornar o conteúdo originalmente programado em ineficiente, e sua continuidade propicia a perda de recursos.

E nesse contexto é que se passa a analisar os princípios e vetores dos contratos empresariais conforme suas especificidades para o mercado, considerando o seu principal fio condutor: a obtenção de vantagem econômica.

## **2.1 Princípios dos contratos empresariais**

Retrata-se, de forma evidente, no campo do direito dos contratos empresariais o princípio fundamental da autonomia da vontade, que dá origem a quatro outros princípios propriamente jurídicos: a liberdade contratual, o consensualismo, a força obrigatória dos contratos e o efeito relativo dos contratos.

### **2.1.1 Princípio da liberdade contratual**

O princípio da liberdade contratual assegura a faculdade de realizar ou não um contrato, e permite às partes determinarem o seu conteúdo. (RIZZARDO, 2017, p. 18-19). Nessa via, oportuniza as partes a preverem termos favoráveis à circulação de bens e serviços mais eficientes.

### **2.1.2 Princípio do consensualismo**

Pelo princípio do consensualismo, em regra, não há a exigência de forma, basta a concordância das partes para a constituição do vínculo entre as partes. No entanto, deve se considerar que, do ponto de vista econômico, a formalidade da operação pode ser essencial à redução dos custos de transação. Nas lições de Forgioni (2016, p. 160-161), as formalidades somente se justificam quando úteis ao fluxo de relações econômicas, ao visar o aumento da segurança e a previsibilidade dos agentes. Na linguagem própria dos econo-

mistas, “as formalidades diminuem os custos de transação quando asseguram determinadas garantias ao negócio”.

Nessa concepção, a instituição de uma cláusula estabelecendo uma regra indenizatória em casos de inadimplemento visa garantir segurança as partes quando da ocorrência de eventos não desejáveis no decorrer da execução contratual.

### 2.1.3 O princípio da força obrigatória dos contratos

O princípio da força obrigatória dos contratos — *Pacta sunt servanda* — viabiliza a existência do mercado ao coibir o descumprimento do ajustado e o desestímulo ao comportamento indesejável pelos agentes econômicos.

Como retrata Forgioni (2015, p. 113): “a autonomia privada e o respeito aos vínculos contratuais, em um sistema capitalista, possibilitam o fluxo de relações econômicas e a própria existência do mercado, uma vez que também tutelam a existência de diferenciais competitivos”.

Restam evidentes os princípios do *pacta sunt servanda* e da liberdade de contratar como pilares dos vínculos jurídicos empresariais.

No entanto, embora o contrato empresarial seja conduzido pela autonomia privada para a persecução de interesses patrimoniais, necessária a observância do direito privado à luz da principiologia constitucional. Nessa perspectiva, a autonomia privada não tem diretriz absoluta, ao ter sua liberdade contratual condicionada ao seu impacto sobre o tecido social, ao mesmo tempo que se procura azeitar o fluxo de relações econômicas.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, por diversas vezes, no sentido da possibilidade de mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. Nesse enfoque, tal entendimento favorece, em algum sentido, uma limitação do dever de executar o programa contratual que se mostrar ineficiente<sup>1</sup>.

1 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1214641/AM**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze- Terceira Turma, julgado em 13 de março de 2018. DJe 26 de março de 2018; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 433536/RS**. Relator. Ministro Raul Araújo- Quarta Turma, julgado em 28 de abril de 2015. DJe 18 de maio de 2015; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1363814/PR**. Relator Ministro Moura Ribeiro- Terceira Turma, julgado em 17 de dezembro de 2015. DJe 03 de fevereiro de 2016.

### **2.1.4 Princípio do relativismo contratual**

Significa que, em regra, o contrato produz efeitos somente entre as partes a ele vinculadas, e não atinge terceiros estranhos a relação. Assim, sem a anuência de terceiro alheio à relação contratual, não se pode presumir que o contrato lhe confira um ganho ou perda com eventual inadimplemento. Um contrato que conceda vantagem às partes ao preço de perda imposta a terceiros cria, na leitura econômica, uma externalidade.

## **2.3 Vetores dos contratos empresariais**

### **2.3.1 A função econômica dos contratos empresariais: a visão da busca do lucro e o oportunismo dos agentes**

Os contratos empresariais são instrumentos para atingir a economicidade final dos comportamentos de todos os agentes — *o lucro*. A leitura desses contratos deve partir do pressuposto de que, ao se vincularem, as partes acreditam que estão satisfazendo, ao máximo, seus interesses (FORGIONI, 2016, p. 108).

No percorrer desse propósito, o agente econômico, ao perseguir seus interesses, pode ter um comportamento egoísta. Tal comportamento pode ser tolerado pela ordem jurídica na medida em que proporcione melhorias para o mercado como um todo, em razão do fomento da concorrência. Por conta disso, o comportamento egoísta pode ser útil ao sistema e promover o desenvolvimento (FORGIONI, 2016, p. 159-160).

A disciplina dos contratos deve buscar a moderação de tais atitudes quando, por exemplo, implicar aumento geral dos custos de transação.

### **2.3.2 Alocação de riscos e as falhas na negociação**

Ao celebrar um contrato empresarial, pressupõe-se que as partes alocaram os riscos para a conclusão de um determinado negócio a partir da análise do contexto, da precificação de cada prestação de acordo com os custos estimados e da expectativa futura de lucro. Essa diligência possibilita as partes adotarem ou deixarem de adotar comportamentos em eventos futuros e in-

certos ,a possibilitar que o instrumento contratual preveja distribuição eficiente dos riscos, e mantenha a alocação predeterminada para o negócio.

É importante destacar que é um risco natural da atividade empresarial as falhas de previsões de contingências futuras. É totalmente previsível que as oscilações de mercado e as constantes inovações tecnológicas modifiquem os termos originalmente pactuados, sendo relevante que haja cláusula contratual que ofereça resposta ótima aos eventos supervenientes. (FORGIONI, 2016, p. 155)

### **2.3.3 Usos, costumes e a presunção de agentes econômicos probos: uma questão de segurança e previsibilidade**

No tipo contratual em análise, os usos e costumes espelham a interação entre texto normativo, atos dos agentes e jurisprudência. Presume-se que os empresários agirão em conformidade com um modelo, de maneira que cada agente é capaz de planejar a estratégia de negócios com maior margem de segurança. A consolidação das práticas facilita a redução dos custos de transação ao criar um panorama de segurança e previsibilidade (FORGIONI, 2016, p. 134-135).

### **2.3.4 A boa-fé nos contratos empresariais**

O princípio da boa-fé objetiva nos contratos empresariais indica retidão de comportamento no mercado, indo além de uma função ética e moral, na constante busca pelo melhor funcionamento do mercado, vez que reforça um cenário de confiança dos agentes econômicos, minimizando os riscos. Essa confiança é indubitavelmente catalisadora da boa fluência das relações comerciais internas e externas, o que pode dificultar a adoção da doutrina do inadimplemento eficiente, já que a cláusula da boa-fé ampliou o conceito de inadimplemento das obrigações e, conseqüentemente, o espectro do inadimplemento para abranger os deveres de conduta esperados.

### 3. Premissas da *law and economics* para o direito contratual

Por ser o contrato um processo dinâmico de uma operação econômica, e sua execução ser afetada pela realidade, o estudo da economia contratual deve analisar as razões de inexecuções do objeto contratual, e a adoção do remédio jurídico mais adequado e eficiente (KLOH, 2019, p. 306).

A teoria contratual econômica visa responder duas perguntas: “Quais promessas são vinculantes?” e “Qual deve ser a consequência para o inadimplemento de promessas vinculantes?”. As promessas vinculantes de um contrato são “aquelas que as partes assim quiserem que sejam”. Fato é que as promessas experimentam os efeitos do tempo, e a execução pode se tornar incerta e arriscada (COOTER; ULEN, 2011, p. 277-283).

No sistema jurídico americano, o inadimplemento dos termos originalmente pactuados é remediado através de regras de indenização: lucros cessantes (*expectation damages*), danos emergentes (*reliance damages*) e direito restituitório (*restitution damages*). Cooter e Ulen (2011, p. 291) defendem que o critério mais adequado e eficiente para remediar o inadimplemento é o dos lucros cessantes (*expectation damages*), colocam o credor no lugar que estaria se o devedor tivesse cumprido o contrato, ou seja, é a melhor opção para o credor.

### 4. *Efficient breach theory* — O inadimplemento eficiente e seus pressupostos

#### 4.1 Conceito de inadimplemento eficiente

A doutrina do *efficient breach* descreve o comportamento racional da parte contratante que descumpre propositadamente o contrato caso apareça uma segunda melhor opção (alocação de recursos), de modo a compensar o outro contratante (indenização por danos), e ainda assim gerar um saldo positivo (eficiência de Pareto).

A teoria parte do pressuposto de que um contrato só será cumprido quando os ganhos advindos da sua execução suplantem aqueles obtidos pelo seu descumprimento. A definição apresentada por Richard Posner (2011, p. 151) resume com precisão a teoria, *literis*:

Uma parte é estimulada a quebrar o seu contrato simplesmente porque o seu lucro advindo da quebra excederia o seu lucro se prestasse a obrigação. Ela o fará se o lucro também excedesse a expectativa de lucro da contraparte com o cumprimento da obrigação, e, portanto, os danos advindos do rompimento. Então, neste caso, indenizar os danos não impedirá a quebra do contrato. E nem deveria. É uma quebra eficiente.

Christian Lopes (2011, p. 161-162) resume bem a teoria como:

O inadimplemento será eficiente se o custo de cumprimento para o devedor for maior que o benefício que o credor obtém do contrato. Nessa hipótese, o devedor poderá descumprir o contrato, reparar os danos sofridos pelo credor entregando-lhe a totalidade dos benefícios que receberia e, ainda assim, ficar melhor do que se cumprisse o contrato. Com o inadimplemento, o devedor fica melhor e o credor não fica pior do que se o contrato fosse adimplido, atendendo ao critério de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks.

A aplicação da teoria parte do pressuposto de que “para o credor, não haja diferença entre receber a prestação devida e a indenização, desde que essa permita a completa recuperação das perdas e danos” (LOPES, 2011, p. 105). Assim, “o cumprimento do contrato não seria um fim em si mesmo, mas apenas uma forma de privilegiar os interesses econômicos das partes” (MIZUMOTO, 2010, p. 243)

Outro fundamento é que a teoria do inadimplemento eficiente se insere numa mudança de cenário, onde há materialização de uma ou mais contingências não previstas no contrato, uma vez que a parte devedora não detinha informações concretas para antever uma alocação melhor de seus recursos para obter maior vantagem por meio de outro contrato com terceiro, e assim, não pôde celebrar o contrato com o credor em termos mais benéficos (Morais, 2019, p. 47).

## **4.2 O inadimplemento e a culpa contratual na teoria econômica**

Quando a racionalidade econômica da operação ou a funcionalidade do contrato resultam prejudicadas por circunstâncias não contemporâneas à celebração, a execução do programa contratual por uma das partes pode im-

pedi-las de tirar da operação as vantagens esperadas, ou até transformando-a numa fonte de prejuízos (ROPPO, 2009, p. 252).

Dizer que a eficiência será promovida com o inadimplemento de um contrato pode parecer uma ideia conflitante à noção de que a garantia de um resultado eficiente passa pelo respeito aos contratos (*pacta sunt servanda*). Entretanto, o conflito é apenas aparente. Uma vez admitido que a racionalidade humana é limitada, que os contratos são intrinsecamente incompletos e que eventos futuros podem transformá-los em acordos ineficientes, é economicamente favorável que se previna a destruição de recursos (FILHO, 2007, p. 4).

Segundo Posner (2009, p. 1353-1354), em seu artigo *Let us never blame a contract breaker*, ordenar a execução específica de um contrato trata-se de encorajamento a condutas ineficientes, pois obriga alguém a oferecer um produto ou serviço para uma parte que dá menos valor a ele do que terceiros. Para o autor, há um “elemento de perversão” na alegação de que violações deliberadas e eficientes devem ser desencorajadas.

Os inadimplementos involuntários, por sua vez, é que costumam ser ineficientes, pois são consequências de uma falha na apreciação dos riscos por uma das partes e de sua capacidade de cumprir os termos contratuais ajustados (Posner, 2009, p. 1353 -1354).

### **4.3 Métodos de indenização para inadimplemento eficiente**

Ao analisar e interpretar um contrato empresarial, deve-se ater que cada parte precificou sua prestação de acordo com os custos de transação estimados e com a sua expectativa futura de lucro. É certo que, como dito anteriormente, essas expectativas podem não se confirmar na realidade, visto que os contratos são naturalmente incompletos (Lopes, 2011, p. 94).

Assim, pode ser considerado eficiente permitir que as partes descumpram o contrato e executem a cláusula de indenização adotada sem qualquer intervenção de terceiros (Judiciário ou árbitros), em razão da precificação do inadimplemento (KLASS, 2014, p. 362). Ademais, a cláusula indenizatória prefixada no momento da formação do contrato influenciará na tomada de decisão pelas partes em toda a execução contratual. Na falta de cláusula

específica de prefixação indenizatória, o ordenamento determina a execução específica da obrigação ou o pagamento de perdas e danos pelo inadimplente. No sistema da *common law*, a preferência é pelo pagamento de perdas e danos, e no sistema da *civil law*, a preferência é pela execução específica, abrangendo na prestação a expectativa de um comportamento de adimplemento das obrigações pactuadas. (Lopes, 2011, p. 17).

Por conseguinte, se extrai que, na opção por perdas e danos, a parte poderá escolher cumprir o contrato ou inadimplir e pagar indenização, conforme análise da situação mais benéfica economicamente. Já a opção de execução da obrigação específica confere à parte lesada o direito de ter seu contrato cumprido, independentemente dos custos envolvidos. Revela-se, portanto, que o critério das perdas e danos é mais eficiente, e a execução específica é ineficiente quando os custos forem altos para a sua implementação. (COOTER; ULEN, 2011, p. 265).

Luciano Timm (2009, p. 27-29) enfatiza a necessidade de se fortalecer a eficiência de cláusulas de liquidação de danos e cláusulas penais como instrumentais de fomento ao adimplemento e à redução de intervenção judicial, o que representaria redução nos custos de transação e maior segurança e confiança no mercado. Isto porque a intervenção judicial, não gera eficiência, e sim externalidades negativas visto que o julgador possui assimetria informativa em relação ao contrato e ao mercado, e ainda porque, à semelhança do que ocorre no chamado *hold up* contratual, a indenização tende a ser insuficiente em face dos prejuízos materiais e morais suportados.

## **5. Cenário de aplicação da *efficient breach theory* no Brasil: limite ao direito à execução específica?**

A doutrina do inadimplemento eficiente, embora útil, pode sentir resistência pela ciência dos contratos no Brasil. O desafio é responder às seguintes questões: Qual seria a implicação normativa da teoria do *efficient breach*? Como evidenciar que a tutela específica é mais eficiente que a indenização por perdas e danos?

A solução legal nas situações de inadimplemento é a tutela específica, ao contrário da regra no direito norte-americano de perdas e danos. Para a doutrina do *efficient breach*, a regra indenizatória é a solução mais adequada. Ao exigir o pagamento de perdas e danos à parte lesada, o sistema da *common law* efetiva-

mente possibilita a violação de obrigações contratuais, desde que coloque a parte inocente na mesma posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. No entanto, sua validade é contestada, ao argumento que a execução específica pode conduzir a resultados mais eficientes e mais compatíveis com a boa-fé, revelando a prática comercial que as partes contratantes privilegiam a execução específica para certos tipos de obrigações contratuais. (Pargendler, 2018, p. 807)

No direito brasileiro, a regra é a tutela específica, mas em casos de impossibilidade de execução específica da obrigação, a indenização é o remédio legal, o que viabiliza um caminho para pensar na adoção da doutrina.

Em que pese o grande desafio diante das regras indenizatórias sobre inadimplemento dos contratos, o estudo faz um recorte nos contratos empresariais, modalidade que, em princípio, confere maior paridade entre as partes para negociação e elaboração das cláusulas, bem como inequívoca ciência quanto aos riscos e consequências estabelecidos pelo programa contratual, o que proporciona aos contratantes a redigir cláusulas mais pertinentes aos seus interesses, bem como orientar o comportamento a ser observado durante a fase de execução dos contratos.

## 5.1 Potenciais limitações jurídicas

O tema em estudo, como já adiantado, encontra tratamento diverso nos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, com questões de eficiência e moralidade, indenização e execução específica, custos de transação e alocação de recursos, todas atinentes a contratos empresariais. Apesar de a teoria representar uma realocação eficiente de recursos, a doutrina brasileira tem posicionado pela aplicação cautelosa do *efficient breach*.

O que a doutrina nacional considera como obstáculos legais no direito, entende-se como questões de limitação no ordenamento à adoção da teoria, que pode vir a ser analisada no caso concreto para um resultado útil.

### 5.1.1 Princípio da força obrigatória dos contratos

A primeira questão a ser estudada é o princípio da obrigatoriedade dos contratos — *pacta sunt servanda* —, sob o argumento de que o inadimplemento eficiente “rompe” com o princípio ao violar o vínculo estabelecido pe-

las partes (IOLOVITCH, 2016, p. 131, *in* MORAIS). Contudo, o *pacta sunt servanda* também é um dos pilares do direito contratual na *Common Law* e, ainda assim, a teoria do inadimplemento eficiente é acatada neste sistema legal. Ademais, como dito anteriormente, o princípio da obrigatoriedade dos contratos não é absoluto, podendo, assim, sofrer limitações para promover o fluxo de relações econômicas. Vale mencionar que o próprio ordenamento jurídico, à vista da necessidade de responder aos eventos futuros e incertos, relativizou o *pacta sunt servanda* ao admitir a resolução de contratos cujo cumprimento se tornou impossível por motivos de caso fortuito ou de força maior, sem que o devedor responda pelos prejuízos (art. 393, CC). É neste espaço que surge a possibilidade de resolução de contratos quando acontecimentos imprevisíveis os tornam excessivamente onerosos para uma das partes; ou então, a possibilidade de reajuste das prestações quando houver grande desproporção causada por motivos imprevisíveis. O *pacta sunt servanda*, portanto, não seria, de fato, um obstáculo ao inadimplemento eficiente.

É preciso destacar que em casos de não cumprimento o remédio legal será a responsabilização, com o pagamento de perdas e danos que correspondam ao prejuízo sofrido pela parte e aos lucros cessantes (art. 403, CC). Portanto, o descumprimento do contrato não é proibido, e a parte que optar pelo descumprimento deve suportar as consequências legais de não executar uma promessa obrigatória.

O desafio do ordenamento brasileiro para a aplicação da teoria é a possibilidade, diante do inadimplemento, de impedir que a parte credora exerça o direito de requerer a execução específica da obrigação, e somente aceitar o pagamento de perdas e danos.

### 5.1.2 Imprevisibilidade dos danos e seu ressarcimento

Uma outra questão limitativa a ser tratada é a imprevisibilidade dos danos, incluindo o ressarcimento de danos imprevisíveis, a imprevisibilidade da quantificação em razão do momento de sua apuração, e a inexistência do ônus de mitigar o próprio dano (MORAIS, 2019, p. 100). Essa questão não impede a aplicação da teoria, pois se os danos forem imprevisíveis por qualquer motivo, será mais difícil de antever o “estado de indiferença” entre receber a prestação tal qual pactuada ou receber uma determinada quantia. Sobre esse tema, Ste-

ven Shavell (1980, p. 470) comenta que a decisão sobre um inadimplemento irá depender da medida dos danos: a parte irá inadimplir se, e somente se, a sua posição, após ter descumprido e pago integralmente os danos, ficar em uma situação melhor do que se tivesse adimplido.

Em leitura do artigo 402 do Código Civil, extrai-se que o legislador buscou a razoabilidade na tarefa de precisar qual seria o valor da indenização. Assim, resta o conceito vago e aberto de razoabilidade a ser preenchido com o caso concreto, e pode-se, também, adicionar com base na ferramenta da análise econômica dos custos de transação *ex post*.

A existência de cláusula penal ou de uma cláusula limitativa do dever de indenizar é uma técnica contratual que visa estabelecer, inicialmente, a quantificação dos danos diante de um possível inadimplemento. A questão é saber se essa quantificação se estenderia para os casos de descumprimento voluntário, visto que a doutrina do *efficient breach* sustenta a indenização de todos os danos sofridos pela parte credora, diante da impossibilidade de prever todos danos possíveis no momento da celebração do programa contratual.

### 5.1.3 O direito de o credor escolher a execução específica

Considerável obstáculo à teoria reside na tutela da execução específica garantida ao credor na ocorrência do inadimplemento contratual. O Código Civil, em seu artigo 475, trata de a faculdade da parte credora escolher a resolução ou a execução do contrato, além da garantia de eventuais perdas e danos. Nessa rota, a norma civil, em seu artigo 474, dispõe que, caso as partes tenham previsto cláusula resolutiva no contrato, o inadimplemento importa automaticamente na resolução do contrato, devendo ser apurada a indenização correlata.

Como já mencionado anteriormente, os princípios e condutores dos contratos empresariais conferem maior autonomia e liberdade contratual às partes, e oferta mitigar efeitos da preferência pela execução específica por intermédio de cláusula contratual.

Na ausência de cláusula resilitória ou resolutiva, a viabilidade da teoria dar-se-á pelo exame dos prejuízos pela quebra das obrigações contratuais no caso concreto em juízo, e adequada a indenização, o magistrado poderia determinar a resolução do vínculo, o que afasta o cumprimento forçado da obrigação específica.

Embora a execução específica seja um pilar da *civil law*, um movimento na Europa a está colocando em desuso, possibilitando o inadimplemento eficiente, possível reflexo de uma vertente mais utilitarista e econômico da resolução contratual (MORAIS, 2019, p. 130).

#### **5.1.4 Da cláusula geral de boa-fé e do abuso de direito**

A doutrina brasileira, pioneira no estudo do inadimplemento eficiente, traz também como obstáculos a aplicação no ordenamento, a cláusula geral da boa-fé (art. 422, CC) e a teoria do abuso de direito (art. 187, CC). O obstáculo dedicado à cláusula geral de boa-fé está na observância de uma série de comportamentos das partes, dentre eles o dever de cooperação, conduta sensível em contratos empresariais de execução continuada. Em relação ao abuso de direito, o inadimplemento eficiente confere um excesso no exercício direitos contratuais por parte do devedor ao atribuir finalidade socialmente e economicamente diversa do pactuado.

Questionamentos oportunos e peculiares ao direito contratual empresarial seriam: a teoria do inadimplemento eficiente, de fato, violaria a boa-fé objetiva? Pode-se considerar que a parte que resolve inadimplir o programa contratual excede os limites do exercício do seu direito?

O ensaio expõe as especificidades, já analisadas, dos contratos empresariais, e a leitura da cláusula geral da boa-fé nos contratos, por ser aberta, permite um diálogo com valores, padrões e condutas que vão além das dispositivas normativas, mas sobretudo do mercado no qual o contrato está inserido, seja dentro do ordenamento brasileiro ou estrangeiro.

Em razão da análise mais apurada dos contratos empresariais, e do enfoque da aplicação da boa-fé a eles, a compatibilidade da teoria dedica-se à frustração da legítima expectativa do credor, ou seja, da utilidade buscada por ele com o contrato. A utilidade dos contratos empresariais está na sua “razão de ser” — a busca pelo lucro. Por sua vez, no inadimplemento eficiente, o credor que suporta o inadimplemento tem seu lucro assegurado da mesma forma como se o contrato tivesse sido cumprido, sendo a utilidade contratual, em muitos casos, integralmente cumprida, mesmo experimentado o inadimplemento.

Evidencia-se, desta forma, que o inadimplemento eficiente garante que o credor será indenizado como se o contrato tivesse sido cumprido, o que afasta

o argumento de atuação antiética, vez que será a expectativa tutelada pela reparação. Reforça Marcos Brossard (MORAIS, 2019, p. 111):

[...] a boa-fé ainda permite uma análise sob outro viés da questão envolvendo a quebra eficiente do contrato. Partindo-se da premissa de que esta significa que o benefício – cujo cálculo abarca o custo da operação – advindo pelo cumprimento de um contrato é inferior ao que se obterá pelo seu descumprimento, e como naturalmente este não era uma variável verificada quando da conclusão do pacto, seria possível identificar uma alteração das bases contratuais, sendo passível a invocação da cláusula *rebus sic standibus*. De fato, não parece haver prejuízo intencional – na medida em que a todos é dado o dever (ou ônus?) de mitigar o próprio prejuízo –, a uma, porque a teoria pressupõe que a parte adimplente do pacto restará indene, eliminando qualquer dano, a duas, porque a alteração das circunstâncias envoltas ao pacto certamente não era esperada ou desejada pela parte, a qual preferiria que o mesmo permanecesse “rentável”, por assim dizer, reforçando este argumento.

Importa fazer uma reflexão diante da influência da cláusula geral da boa-fé: o contrato é um processo dinâmico de operações econômicas e sociais, e o direito contratual deve acompanhar o comportamento das partes e a eficiência das operações dentro do contexto que se apresenta. Não seria válido em um cenário no qual há um terceiro mais bem aparelhado para a operação contratual, o devedor não ficar mais “amarrado” a uma relação ineficiente? Esse comportamento de descumprir voluntariamente, desde que notificado o credor, não faria parte do dever de cooperação sob o prisma da transparência em sair da relação e demonstrar um efeito contratual melhor para as partes e para a sociedade?

Para contribuir com as reflexões, interessa trazer a análise do dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*), consectário do princípio da boa-fé objetiva, acolhido pelo ordenamento brasileiro, inicialmente pelo Enunciado 169 aprovado na III Jornada de Direito Civil, ao interpretar e dar conteúdo ao art. 422 do Código Civil, ao dispor “*que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.*” E, posteriormente, aprofundado pelo Enunciado 629, aprovado pela VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, ao dispor: que “*a indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização.*” Reflete o *duty to mitigate the loss* consectário dos deveres de cooperação,

eis que não deve o credor manter-se de todo inerte diante do inadimplemento contratual por parte do devedor quando puder evitar ou minorar os seus prejuízos, em uma análise de benefício para ambas às partes.

Diversamente do direito nacional, o dever de mitigação dos prejuízos foi acolhido pelo direito norte-americano, diante do inadimplemento contratual, ao conferir preferência à obrigação de ressarcir os danos em favor do credor em detrimento da execução específica. Isso se deve em grande medida, à ausência de distinção valorativa entre o adimplemento e o inadimplemento contratual no direito norte-americano, de modo que cabe a parte devedora optar por cumprir a obrigação ou, então, descumpri-la e pagar perda e danos, sem que, a escolha por não cumprir e arcar com os danos, implique um desvalor de sua conduta. Afasta, portanto, a violação do contrato em seu aspecto ético-negocial.

Nessa premissa, o devedor, ao apontar a não possibilidade de continuar na execução contratual ou por não vislumbrar benefício econômico, deve mitigar os possíveis prejuízos do credor da obrigação, afastando os possíveis danos, minimizando os efeitos do inadimplemento contratual. Pode-se lucubrar que, com a normativa, o devedor com a saída do contrato, oferta os esforços adequados a não prejudicar a parte contrária, que esperava o cumprimento do contratual.

À vista disso, resta possível conjecturar a quebra eficiente pelo prisma da boa-fé em sua vertente da mitigação de danos. Por esse ângulo a parte, ao identificar que a execução contratual não mais lhe convenha economicamente, e possa produzir danos aos seus interesses, deve notificar a outra para a quebra contratual eficiente, ao fundamento da mitigação dos danos, o que deve ser aceita para evitar ou minimizar possíveis danos pela não continuidade do contrato.

O *efficient breach* pode ser considerado uma feição do dever de mitigar o próprio prejuízo, fruto do princípio da boa-fé objetiva.

## **6. Dos fundamentos normativos para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro**

Apresentado os potenciais obstáculos a adoção da teoria do inadimplemento eficiente, importa trazer elementos normativos que tornam possível a aplicação da teoria à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

## 6.1 Teoria da imprevisão

No contexto em que as partes não tinham todas as informações relevantes ao negócio (racionalidade limitada e incompletude do pacto), e cujos custos de transação são elevados, possível se cogitar a menção da teoria da imprevisão (arts. 317 e 478, CC) em razão de acontecimento *extraordinário e imprevisível*, de modo a não ser considerado como “risco normal do contrato”.

Desse modo, quando as partes contratuais tiveram condições de prever a celebração de contrato com terceiro por um preço maior, mas não previram, a regra dos artigos 317 e 478 não será aplicável, visto que a possibilidade de celebração de um contrato em melhores condições constituirá risco ordinário do negócio. Entretanto, poderá, em casos excepcionais, fundamentar a teoria do inadimplemento eficiente com os artigos 317 e 478 do Código Civil para resolver o contrato quando um devedor descumpre o pactuado para evitar um prejuízo maior, decorrente de uma mudança de cenário que tornou seu cumprimento excessivamente oneroso. Essa possibilidade surge diante da manifesta desproporção entre o valor da prestação e o momento da execução. Assim, quando verificada pelo devedor a manifesta desproporção entre o valor da prestação esperada pelo contrato, poderia pedir a resolução evocando a cláusula de saída ou por decisão judicial.

## 6.2 Teoria do adimplemento substancial

A doutrina do adimplemento substancial é oriunda da teoria do *substancial performance* existente na *common law*, que compreende a ideia de que quando o adimplemento tiver sido substancial, ainda que imperfeito, não seria justificável a resolução do contrato ou a aplicação da exceção de contrato não cumprido, tendo o devedor direito à contraprestação devida, e sendo resguardado o direito de o credor exigir o ressarcimento dos prejuízos causados pela imperfeição do adimplemento (BECKER, 1993, p. 63). Assim, diante de um inadimplemento mínimo, o credor não deve adotar consequências extremamente onerosas para o devedor, buscando o ressarcimento de forma menos gravosa.

No Brasil, a aplicação do adimplemento substancial ingressou por via doutrinária, e posteriormente admitida pelos tribunais, que estabelecem vínculo entre o instituto e o princípio da boa-fé objetiva.

Anelise Becker (1993, p. 60) comenta que:

Tratar da doutrina do adimplemento substancial significa trazer à discussão grande parte das proposições do moderno Direito Obrigacional: o conceito de obrigação como processo, o princípio da boa-fé como reflexo do fenômeno geral de eticização jurídica- como limitador do princípio da autonomia da vontade -, a funcionalização dos direitos de crédito operada por meio da figura do abuso de direito, a relevância atribuída ao interesse também do devedor e, ainda, a teoria da causa, compreendida no sentido que lhe dá a doutrina italiana, i. é, a causa como função económico-social do contrato. Uma vez inserindo-se a problemática do adimplemento substancial na questão da funcionalização dos direitos de crédito, está-se tocando na teoria da causa como a função económico-social daquele direito. Nesta perspectiva, a compreensão e aplicação da doutrina do adimplemento substancial imbrica-se com o exame da causa para saber se, na relação obrigacional concreta, esta foi, ou não, atingida. [...] Sob este último prisma, aponta [a teoria do adimplemento substancial] a necessidade de consideração também do interesse do devedor. Assim, satisfeito o interesse do credor, ainda que através de uma prestação que não corresponde exatamente àquela punctualmente prevista, o contrato atingiu os seus objetivos: há que ser mantido, portanto.

Portanto, verifica-se que a teoria visa ponderar os interesses das partes na execução do programa contratual, limitando o exercício do direito de resolução do contrato diante do inadimplemento mínimo, conferindo resultado útil esperado pela parte credora. Nesse aspecto, o adimplemento substancial promove a realização do escopo económico perseguido pelo credor, ainda que não se cumpra totalmente a prestação devida. E, ainda, verifica-se que, mesmo diante de inadimplemento, respeitada a utilidade contratual para o credor, a boa-fé atua protegendo os interesses do devedor.

A proximidade entre o adimplemento substancial com a teoria do inadimplemento eficiente está na limitação do direito à execução contratual (IOLOVITCH, 2016, p. 212). As duas teorias estimam o resultado útil esperado pelo credor, e analisam a medida menos onerosa para o devedor, mesmo diante de desconformidade na execução do programa contratual. Logo, é possível admitir que a fundamentação do adimplemento substancial pode servir de substrato para limitar o direito à execução específica.

Em razão da aplicação da boa-fé, a doutrina entende que a teoria do adimplemento substancial deve ter sua utilidade ampliada para outras situações jurídicas, o que torna viável a utilização da teoria como diretriz do inadimplemento eficiente. Acresce que reforça a possibilidade da doutrina a análise de cumprimento de parte relevante do interesse do credor para a limitação da execução específica e, conseqüentemente o pagamento de perdas e danos.

### **6.3 Eficiência como substrato de cláusula de saída**

Certo é que, em especial nos contratos empresariais, as partes se preocupam com a redação de cláusulas de garantias para reduzir os efeitos de um inadimplemento. O direito dos contratos é receptivo as análises econômicas, em razão de definir as regras para as trocas individuais de direitos, de coordenar as transações. (KLOH, 2019, p. 308)

E nesse painel, o contrato deve atentar para a eficiência, na acepção de Pareto, ou seja, a maximização dos benefícios e redução de custos. A eficiência, na ótica de Pareto, revela uma situação em que, ao introduzir determinada norma no ordenamento, como a doutrina do *efficient breach*, todas as partes afetadas devem melhorar de situação, ou ao menos não ter prejuízo, e assim, pode ser a norma considerada eficiente. Dessa forma, caso o inadimplemento não piore a situação da parte credora, pode ser considerado como eficiente.

### **6.4 Lei de liberdade econômica — norma de interpretação dos contratos empresariais**

A Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, acresceu novas diretrizes de interpretação dos negócios jurídicos ao buscar maior segurança jurídica e reduzir ações judiciais relacionadas às cláusulas contratuais em geral, beneficiando o exercício da atividade empresarial.

Relevante alteração promovida pela lei consta da nova redação do art. 421 do Código Civil, relacionado ao princípio da função social dos contratos, um dos limitadores da liberdade contratual. Na redação original, a liberdade de contratar seria exercida *em razão e nos limites* da função social, ou seja, “por causa da função social (em razão) e “contrata-se no limite da função social” (nos limites). Com a novel Lei de Liberdade Econômica, o contrato deve

estar em conformidade com os interesses privados e não colidentes com a função social e no melhor funcionamento do mercado. Não é necessário atender à sociedade, no sentido de conferir benefícios, mas a função social exerce seu papel de freio, um limitador ao exercício.

Portanto, no atual sistema jurídico é reconhecida a necessidade de uma menor intervenção nos contratos paritários — sejam de natureza civil ou empresarial —, o que consagra uma presunção relativa de simetria econômica. O dispositivo vai além e garante às partes contratuais a possibilidade de estabelecer critérios objetivos para a interpretação e execução das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução, o que se pode vislumbrar a possibilidade de os contratantes desenharem “cláusulas de eficiência” nos contratos, incluídas as diretrizes em casos de inadimplemento.

Desta sorte, a introdução da lei no ordenamento concebeu uma análise econômica do direito contratual que, com regras adequadas, possibilita às partes buscar a sua máxima rentabilidade, e ao mesmo tempo considerar os danos impostos ao outro contratante, na busca pela produção de resultados eficientes para todos.

## 6.5 Assistência do judiciário nos contratos

A intervenção do Estado “*não deve ser nem mínima nem máxima, deve ser necessária*” (MONTORO F. *apud* in BARRAL, 2005), sob pena de aumento de revisões arbitrárias.

O Estado deve desempenhar a função de corrigir distorções trazidas pelo liberalismo econômico, visando a preservação dos mercados e dos valores da propriedade privada, da liberdade contratual e da iniciativa econômica que no mercado se operam.

No sistema da *civil law* é nítida a tendência de maior intervenção do Estado com relação às cláusulas contratuais e aos remédios jurídicos em caso de inadimplemento (PARGENDLER, 2018 p. 804). No sistema da *common law*, é comum as partes compensarem a falta de cláusulas fornecidas pelo Estado por meio da disposição, no âmbito privado, de cláusulas padronizadas (*boiler-plate*), o que oferece vantagens comparáveis em termos de externalidades de rede e economia de custos de transação (KAHAN; KLAUSNER, 1997; DAVIS, 2006 *in* PARGENDLER, 2018, p. 804).

Para garantir credibilidade, o desempenho do judiciário deve ser apreciado de acordo com as garantias de acesso, previsibilidade e presteza dos resultados, além das escolhas dos remédios jurídicos adequados, sopesando nas decisões os reflexos econômicos e sociais delas. (TIMM, 2005; KLOH, 2019, p. 314).

Segundo Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 53):

O judiciário é uma das instituições mais fundamentais para o sucesso do novo modelo de desenvolvimento que vem sendo adotado no Brasil e na maior parte da América Latina, pelo seu papel em garantir direitos de propriedade e fazer cumprir contratos. Não é de surpreender, portanto, que há vários anos o Congresso Nacional venha discutindo reformas que possam tornar o judiciário mais ágil e eficiente. O que se verifica, não obstante, é que apenas recentemente se começou a analisar e compreender as relações entre o funcionamento da justiça e o desempenho da economia, seja em termos dos canais dos quais esta influi no crescimento, seja em relação às magnitudes envolvidas.

Na intenção de uma prestação jurisdicional eficiente, necessário se faz um judiciário mais bem aparelhado e especializado para que a produção de normas reduza os custos de transação e promovam a segurança jurídica. Para este fim, a política institucional do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aprovou a criação de duas Câmaras especializadas em direito empresarial, o que trará uniformização das decisões, celeridade nos julgamentos, e os créditos serão bem mais remunerados devido a alocação de competência de matéria<sup>2</sup>.

### **6.5.1 Os efeitos econômicos das decisões — O caso do contrato de soja verde**

Na cátedra da análise econômica do direito, consiste o papel do contrato de gerador de incentivos para a alocação de esforços conjuntos de produção, e o papel do judiciário é alocar direitos de propriedade no caso de inadimplementos contratuais.

Os efeitos decorrentes das decisões do Poder Judiciário refletem nas estratégias dos agentes econômicos. É o caso brasileiro de quebra contratual dos

---

<sup>2</sup> Disponível em: <https://amaerj.org.br/noticias/comissao-do-tj-rj-aprova-projeto-de-camara-de-direito-empresarial/>.

contratos de soja verde, instrumento alternativo para a obtenção de crédito por agricultores no estado de Goiás. Nos contratos de compra e venda antecipada de soja verde, a fixação prévia do preço avençado pelas partes tem por objetivo poupá-las das incertezas (riscos) e oscilações do mercado ou obter o financiamento para safra (crédito).

A questão se origina na falha na liquidação dos contratos e os mecanismos utilizados para a solução das disputas pós-contratuais, incluindo os judiciais. O evento que originou o conflito foi a elevação do preço da saca de soja nas safras dos anos de 2002/2003 e 2003/2004, distanciando-se do preço que fora predeterminado no contrato de compra e venda antecipada. Tal situação gerou incentivos para a quebra contratual pelos agricultores que se sentiram lesados por não terem acesso aos preços praticados no mercado à época da colheita e, em consequência, a preferência a destinar o produto para o mercado. A decisão pela quebra do contrato despontou diversos ajuizamentos de ações judiciais e penalidades privadas na forma de redução no volume de contratos praticados na safra seguinte. (REZENDE; ZYLBERSZTAJN, 2011, p. 158)

É cediço que, no ambiente da autorregulação, cada agente avaliará se os ganhos com o inadimplemento serão maiores do que o custo das sanções jurídicas (natureza pública) e econômicas (de natureza privada). As sanções jurídicas são estipuladas nos contratos na forma de multas e são passíveis de coerção judicial. As sanções econômicas não estão emolduradas no contrato, mas detêm relevância por terem feição reputacional, de maneira a atingir futuras relações contratuais.

Aferindo os mecanismos para a solução do conflito instaurado junto aos agentes, foram constatados os seguintes comportamentos: (i) alguns agricultores optaram pelo cumprimento dos contratos para garantir reputação no mercado, (ii) nos casos de antecipação de recurso financeiro para safra, advogados dos agricultores recomendaram a manutenção do contrato, na crença do julgamento a favor das empresas pelo judiciário. (REZENDE; ZYLBERSZTAJN, 2011, p. 163-164)

Em relação às demandas propostas no judiciário, as decisões, em sua maioria, foram favoráveis aos produtores rurais, fundamentadas nos princípios da função social do contrato, da boa-fé e do equilíbrio econômico (arts. 421 e 422, CC). As decisões favoráveis às empresas foram nos contratos que houveram adiantamento de recursos financeiros, e o argumento foi a não apli-

cabilidade da teoria da imprevisão, em razão da natureza do tipo contratual, a alteração nos preços é um evento previsível pelas partes e, assim sendo, não justificava a resolução do contrato. (REZENDE; ZYLBERSZTAJN, 2011, p. 168-173). É o que se extrai de decisões do STJ pela manutenção dos contratos ao prestigiarem o *pacta sunt servanda*. A jurisprudência prestigia a manutenção dos contratos, uma vez que a alteração no valor do preço não foi considerada como fato imprevisível<sup>3</sup>.

A intervenção estatal creditou a interferência nos custos de produção e de transação, o que causou instabilidade na base contratual com a elevação desses custos, afetando fundamentalmente a decisão de estratégias dos agentes econômicos envolvidos, como a exigência de garantias e a redução de número de contratos (sanções econômicas).

## 7. Conclusão

A partir de um estudo inicial da teoria do inadimplemento eficiente foi possível identificar a importância do instrumental da *law and economics* aos contratos, em especial aos empresariais de execução continuada. No percurso do estudo, o questionamento de alguns dogmas contratuais clássicos e contemporâneos adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro revela um desafio e ao mesmo tempo um estímulo para o aprofundamento da teoria.

Sem a intenção de esgotar o tema, buscou-se identificar possíveis fundamentos para a importação da doutrina do inadimplemento eficiente em razão das particularidades do direito contratual empresarial.

Como observado, a teoria do inadimplemento eficiente não viola o *pacta sunt servanda*, uma vez que a teoria está associada à estipulação de regras de indenização e não à vinculação das partes ao conteúdo preestabelecido no momento da celebração do contrato. O princípio da força obrigatória oriundo da autonomia da vontade pode reforçar a existência e a manutenção de uma cláusula de eficiência a ser observada em casos de inadimplemento.

3 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1316737/PR**. Relator Ministro Raul Araújo. Decisão Monocrática- Data da publicação: 03 de dezembro de 2019; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 579107/MT**. Relatora Ministra Nancy Andrigli. Terceira Turma- Data do julgamento: 07 de dezembro de 2004. DJe 01 de fevereiro de 2005.

No tocante à observância da cláusula da boa-fé, vivida com devoção pelo sistema jurídico brasileiro, a compatibilidade da teoria dedica-se à utilidade buscada pelo credor com a celebração do contrato. Como visto, essa utilidade é atingida, pois o credor tem seu lucro assegurado como se o contrato tivesse sido cumprido.

Como resposta para adoção da teoria, foram analisadas a teoria da imprevisão, a teoria do adimplemento substancial, o critério da eficiência como cláusula de saída e a Lei de Liberdade Econômica, que podem servir de substrato para a aplicação da teoria inadimplemento eficiente no Brasil.

Em todas as possibilidades aventadas importa verificar, seja no âmbito judicial ou fora dele, o estado de indiferença para o credor, ou seja, não há diferença entre a execução específica da obrigação ou o recebimento de indenização. Importa que a decisão do devedor em inadimplir não piore a situação do credor. Revela-se, também, que o inadimplemento eficiente pode gerar externalidades positivas, com a realocação de recursos por parte do devedor.

A própria doutrina nacional adverte que fortalecer a eficiência das cláusulas de danos e reduzir a intervenção judicial em casos de inadimplemento contratual representa redução nos custos de transação e maior segurança e confiança no mercado. Nesse sentido, o papel da eficiência econômica se mostra relevante para que se pense na importação da teoria do inadimplemento eficiente como um limite à execução forçada das obrigações, na medida em que propicia uma realocação de recursos para as partes envolvidas no contrato, possibilita a máxima rentabilidade e também pode beneficiar a coletividade, por permitir a circulação de bens e serviços eficientes.

## **Referências**

BARRAL, W. O. **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005, p. 44.

BECKER, A. A Doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, vol. 9. 1993. p. 63.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1316737/PR**. Relator Ministro Raul Araújo. Decisão Monocrática. Data da publicação: 03 de dezembro de 2019

\_\_\_\_\_. **AREsp 433536/RS**. Relator Ministro Raul Araújo. Quarta Turma, julgado em 28 de abril de 2015. DJe 18 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **REsp 936.741/GO**. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma, julgado em 03 de novembro de 2011, DJe 08 de março de 2012.

\_\_\_\_\_. **REsp 579107/MT**. Relatora Ministra Nancy Andri ghi. Terceira Turma. Data do julgamento: 07 de dezembro de 2004. DJe 01 de fevereiro de 2005.

CAMINHA, U.; LIMA, J. C. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, 10(1) Jan/Jun 2014, p. 155-200.

CÓDIGO CIVIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**.

CRASWELL, R. Contract remedies, renegotiation and the theory of efficient breach. In **Southern California Law Review**. V. 61, 1988, p. 629.

FILHO, J. I. F. A. P. (2007). A Teoria do Inadimplemento Eficiente (*EFFICIENT BREACH THEORY*) e os custos de transação. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. Retrieved from. Acesso em 13/04/2020

FORGIONI, P. A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**- ed. ver., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MACEDO JUNIOR, R. P. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. Ed. Max Limonad, 1998.

KLASS, G. Efficient Breach. In KLASS, Gregory; LETSAS, G.; SPRAI, P. **The philosophical foundations of contract law**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 362-387. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1185>. Acesso em: 20 mar. 2020.

LOPES, C. S. B. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-8MQG8H>. Acesso em: 28 maio 2020.

KLOH, G. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. **Direito e economia: diálogos**. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, António J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

MACNEIL, I. R. **O novo contrato social**: uma análise das relações contratuais modernas; tradução: Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARTINS, F. **Contratos e obrigações comerciais**. 17 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; Forense, 2017.

MARKOVITS, D.; SCHWARTZ, A. (In)Efficient breach of contract (April 4, 2016). PARISI, F. (ed.), Oxford Handbook of Law and Economics, Oxford University Press, 2017 (Forthcoming); **Yale Law & Economics Research Paper** No. 539. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2758741>. Acesso em: 13 abr. 2020.

MIZUMOTO AKAISHI, J. T. quebra eficiente de contratos bilaterais e a teoria dos incentivos. **Revista de Análise Econômica do Direito**. V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010.

MORAIS, F. V. M. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2019. Belo Horizonte. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/DIRS-BCCNU3>. Acesso em: 05 jun. 2020.

PARGENDLER, M. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de *common law*. **Revista Direito GV**. [S.l.], v. 13, n. 3, p. 796-826, jan. 2018. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73326/70468>. Acesso em: 19 ago. 2020.

PELA, J. K. Inadimplemento eficiente (*efficient breach*) nos contratos empresariais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Edição Digital- Porto Alegre- Volume XI N. 02-2016. P. 77-88. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/69111>. Acesso em: 13 abr. 2020.

PIMENTA, E. G. Direito societário e contratos relacionais: a eficiência econômica e o papel do Código Civil no preenchimento das lacunas contratuais das Sociedades Limitadas. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. UC Berkeley. 30/04/2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/24v4h6cg>. Acesso em: 26 mar. 2020.

PINHEIRO, A. C. **Direito e economia num mundo globalizado**: cooperação ou confronto? Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 53.

POSNER, E. What the efficient performance hypothesis means for contract scholarship. *In Yale Law Journal Pocket*. Part. V. 116, 2007, p. 439.

POSNER, R. A. Let us never blame a contract breaker. **107 Michigan Law Review**. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5199&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5199&context=journal_articles)

TESS, W. R. Do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment. **108 MICH. L. REV.** 633 (2010). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss5/1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

TIMM, L. B. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. **Revista da AMDE**. [S.l.], v. 2, jul. 2009. ISSN 2175-5590. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26>. Acesso em: 19 maio 2020.

REZENDE, C.; L.; ZYLBERSZTAJN, D. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. **Revista Direito GV**. [S.l.], v. 7, n. 1, p. 155-175, jan. 2011. ISSN

2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24066/22815>. Acesso em: 24 ago. 2020.

RIZZARDO, A. **Contratos**. 16ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROMERO, A. P. B. As restrições verticais e a análise econômica do direito. **Revista Direito GV**. Vol. 2, n. 1. São Paulo. Jan-jun 2006. p. 11 a 37. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35212>. Acesso em: 31. mar. 2020.

ROPPO, V. **Il contratto**. Milano (ITA): Giuffrè, 2001, p. 953.

SHAVELL, S. Damage measure for breach of contract. **The Bell Journal of Law Economics**. V. 11, n. 2, 1980, p. 470.

SCHUNCK, G. B. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 28.

ULEN, T. The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract law. In **Michigan Law Review**. V. 83, p. 341.

ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs.) **Direito e economia** — análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 104.

# **Capítulo 5. *A indústria do audiovisual e os direitos de propriedade intelectual: uma introdução à análise do Direito e da Economia***

*Heloisa Gomes Medeiros  
Thiago Pedroso de Andrade*

## **Introdução**

«Televisão é maior do que qualquer história exibida. É a maior ferramenta de ensino desde a impressão.» Se o antigo presidente da CBS News, Fred Friendly, ainda fosse vivo, ficaria ainda mais impressionado com essa ferramenta que se tornou a produção audiovisual. De fato, qualquer análise deste fenômeno parte de uma dificuldade desde o primeiro momento, que é a própria delimitação conceitual do setor. Embora usemos o mesmo termo, televisão, cinema, publicidade e audiovisual abrangem fenômenos cada vez mais multifacetados, uma vez que “para grande desespero dos historiadores, os homens não têm o hábito de mudar o vocabulário cada vez que mudam os costumes” (BLOCH, 1952, p. 22).

Os diversos setores abrangidos pelo guarda-chuva de “setor audiovisual” sofrem consequências econômicas distintas — muitas vezes de forma oposta — de acordo com o evento a que estão expostos. Diante da variedade de telas acessíveis hoje em dia, que podem ir desde um celular até uma geladeira, a competição pela nossa atenção não se resume a um segmento específico de programação, nem se pode dizer que apresenta qualquer tendência hegemônica. De fato, os conceitos de cinema até então desenvolvidos terão de ser revisitados, tendo em conta a profunda alteração do comportamento dos próprios espectadores (FRIEDBERG, 2009, p. 813).

Por meio de uma análise externa do setor, o presente estudo, de caráter introdutório, se fundamentará em levantamento bibliográfico e dados oficiais públicos, que serão cotejados com as informações e dados disponíveis do mercado

em análise (SOUSA, 2018, p. 14). Como ponto de partida, serão apresentadas as principais tendências sobre a busca pelas definições dos fenômenos próprios do setor audiovisual, em contraponto com a proteção proprietária que lhe é conferida pela legislação, que se dá prioritariamente por meio do marco regulatório da propriedade intelectual. O principal objetivo do presente estudo, no entanto, é diante da apresentação do marco regulatório correspondente à proteção da propriedade intelectual no setor, iniciar uma tentativa de inserir os efeitos decorrentes da análise econômica do direito sobre a regulação do setor.

## **2. Audiovisual: contexto e contornos**

### **2.1 Definição do setor audiovisual**

A definição do que é setor audiovisual é uma dificuldade inerente a qualquer estudo do setor. Do ponto de vista meramente legislativo, o art. 1º, I, da MP 2228-2001 dispõe que qualquer “produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão” pode ser considerado produção audiovisual cinematográfica (BRASIL, 2001). Ou seja, será considerado parte do chamado setor audiovisual todo projeto de obra audiovisual, independentemente da duração<sup>1</sup>, da natureza<sup>2</sup>, bem como do meio de exibição.

Tradicionalmente, a análise crítica do cinema costuma separar ao menos quatro fases na história da teoria do cinema: (a) fase formalista: em que os teóricos ainda buscavam comprovar a natureza artística do cinema; (b) fase realista: com o advento dos filmes sonorizados, em que o cinema passa a ser

---

1 A MP 2228-1/2001 estipula como obras de curta-metragem aquelas com duração igual ou inferior a 15 minutos; média-metragem: superior a 15 e inferior ou igual a 70 minutos; e, longa-metragem: superior a 70 minutos. Apresentam-se também as chamadas obras seriadas como aquelas com o mesmo título e produzidas em capítulos e telefilme as obras com duração entre 50 e 120 minutos para primeira exibição na TV.

2 As obras podem ser classificadas como de animação, documentário, ficção, reality show, variedades e programas para televisão de caráter educativo e cultural.

estudado como uma arte da natureza; (c) fase da linguagem: momento em que a projeção cinematográfica, imersa em um contexto histórico de novas interpretações da realidade, se presta a uma ressignificação da realidade social; e (d) fase eclética: momento atual, em que a abundância da produção audiovisual gera novos prismas de análise, abrangendo movimentos, linguagens e interpretações das mais diversas, como feminismo e psicologia cognitiva (BRAUDY; COHEN, 2009, p. xv-xvii).

O que não se pode esquecer, de todo modo, é que o espaço exclusivamente dedicado ao cinema no âmbito do estudo da arte tem gradativamente sido ocupado por esse produto revolucionário que é a televisão. Atualmente, quando se menciona uma obra audiovisual, não se remete mais unicamente a um grande teatro onde as pessoas se amontoam em busca de cópias de sucessos antigos hollywoodianos, mas também a um show de auditório, um reality, uma série ou até mesmo um filme sendo exibido no seu serviço de streaming preferido. Por detrás dessa montanha de conteúdo audiovisual, uma indústria surgiu com aspectos não menos relevantes que outras, como os setores automotivo, farmacêutico e siderúrgico. Essa indústria é ancorada em somente três grandes elementos: “fixação ou transmissão de imagens”, “independentemente dos processos de captação ou do suporte” e “para fixá-las ou transmiti-las”.

Embora ainda resista certa controvérsia no setor acerca da unicidade regulatória entre TV e cinema<sup>3</sup>, o que se sabe é que a análise dos dados econômicos normalmente compreende números de ambos os meios de exibição, de modo que a análise do setor abrange todos os recursos necessários e decorrentes para desenvolvimento, produção, distribuição, promoção, divulgação e exibição de filmes, séries, programas de TV, entre outras.

A relevância econômica das produções audiovisuais pode ser resumida, inclusive, através de um dos seus aspectos mais inerentes: o conteúdo publi-

3 Veja-se sobre o assunto os itens 2.5 e 2.6 da tese de doutorado de Ana Paula Sousa (SOUSA, 2018). Outro dado bastante interessante se refere à alteração da denominação de uma das grandes instituições de representação do setor no Brasil, deixando de ser Associação Brasileira de Produtores Independentes de Televisão (ABPITV) para Brasil Audiovisual Independente (BRAVI): “A mudança de nome da associação deve-se ao entendimento de que o escopo de atividades da produção audiovisual independente no Brasil e no mundo hoje atua em múltiplas telas e plataformas, tendo como possibilidades a produção para mobile, web e *video on demand*, além dos canais de televisão aberta ou por assinatura e para cinema. Os mais de 600 associados possuem um portfólio de produção bem diversificado.” (BRAVI, 2016)

citário. Também objeto de regulação pela Ancine, a produção audiovisual publicitária objetiva primordialmente a TV, ainda que não sejam nada desprezíveis os números publicitários no cinema. Com o crescente processo de interligação entre o conteúdo publicitário e a produção de conteúdo, por meio do *branded content*, por exemplo, incrementou-se um elemento econômico atrativo ao setor, diante das diversas e inúmeras possibilidades de publicidade no setor audiovisual, tendo em conta sua penetração social, uma vez que é facilmente captável e assimilável e possui uma grande capacidade de divulgação ao público (MUGUILLO, 2005, p. 32).

Em suma, pode-se assumir, como ensina Antonio Chaves, que:

a obra cinematográfica é certamente uma obra de arte, e, como tal, uma criação intelectual. Mas, diferentemente das demais obras artísticas, não é somente o produto da atividade criadora de um ou mais artistas: é, ao mesmo tempo, uma obra técnica e um produto industrial (CHAVES, 1987, p. 12).

## 2.2 A propriedade intelectual e sua estrutura proprietária

Estabelecidas as linhas gerais do setor audiovisual, cumpre esclarecer que o exercício dessa atividade econômica está intimamente ligado à proteção da propriedade intelectual sobre o desenvolvimento, proteção e exibição do conteúdo criado, por se constituir na expressão econômica decorrente deste tipo de atividade. De fato, a propriedade intelectual pode ser conceituada a partir de duas perspectivas: (i) tendo em vista o conteúdo dos direitos que fazem parte da propriedade intelectual, nomeadamente os tipos individuais que compõem a propriedade industrial, o direito de autor e conexos e outros tipos considerados *sui generis*; ou (ii) a partir da visão teórica da propriedade intelectual como um direito de exploração exclusiva e temporária sob bens imateriais concebidos pelo engenho humano (DRAHOS, 1996, p. 4-5).

A primeira perspectiva sobre o conceito, baseado no conteúdo, é a linguagem utilizada principalmente em acordos internacionais, que é reproduzida em grande parte na legislação nacional dos países signatários. Destaca-se, portanto, o caráter internacional da propriedade intelectual, tendo em vista que os padrões mínimos sobre a matéria têm base em tratados internacionais, e que as concepções mentais, ao desconhecerem barreiras físicas, também naturalmente

espraíam seus efeitos para além das fronteiras nacionais. Tal aspecto forçou os países, desde o final do século XIX, a buscarem uma proteção mais efetiva de seus inventos e criações nacionais também em âmbito internacional.

A internacionalização da propriedade intelectual teve o condão de harmonizar muitos desses direitos, bem como retirar grande parte da autonomia legislativa dos países, impondo padrões elevados para todos, e atingindo principalmente os países em desenvolvimento. No entanto, apesar da internacionalidade ser característica desses direitos, o princípio da territorialidade é que define a sua aplicação. Assim, não existe uma disciplina universal sobre o assunto, de modo que cada país é responsável por conceder direitos de propriedade intelectual de acordo com a sua legislação interna, devendo analisar no foro interno os requisitos de proteção e validade territorial (MEDEIROS, 2012).

Em termos gerais, a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, em seu artigo 1.2, inclui no conceito de propriedade industrial as patentes, os modelos de utilidade, os desenhos industriais, as marcas registradas, as marcas de serviço, os nomes comerciais, as indicações de proveniência ou denominações de origem, e a repressão da concorrência desleal. Já o direito de autor é constituído, de acordo com o artigo 2.1 da Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, por todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão. Abrange uma gama de bens intelectuais, dos quais se destacam, exemplificativamente, os livros, as obras dramáticas, as obras coreográficas, as composições musicais, os desenhos, as pinturas, as esculturas, as obras fotográficas e as obras audiovisuais.

Os mesmos conceitos são estabelecidos pela Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinada na cidade de Estocolmo, em 14 de julho de 1967. O artigo 2º define que “propriedade intelectual” deve incluir os direitos relativos: às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes; aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana; às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais; às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; à proteção contra a concorrência desleal; e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

A Organização Mundial do Comércio, da mesma forma, define no Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio — ADPIC (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* — TRIPS), no art. 1.2, que o termo “propriedade intelectual” refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II; isto é, direito do autor e direitos conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografias de circuito integrado, proteção de informação confidencial.

No direito brasileiro, como exemplo de lei nacional que utiliza os mesmos moldes dos conceitos trazidos na seara internacional, existem duas leis principais que disciplinam a matéria. A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que estabelece no artigo 2º que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial é efetuada mediante: concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, concessão de registro de desenho industrial, concessão de registro de marca, repressão às falsas indicações geográficas, e repressão à concorrência desleal (BRASIL, 1996). E a lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe no artigo 1º que os direitos autorais abrangem os direitos de autor e os que lhe são conexos (BRASIL, 1998).

Além de proteger bens distintos, as duas modalidades possuem diferenças, por exemplo, quanto à forma de aquisição — a propriedade industrial é constitutiva, isto é, seus efeitos são produzidos a partir da expedição de certificado conferido por ato administrativo; o direito de autor tem natureza declaratória, de modo que a proteção surge desde o momento da publicação ou divulgação da obra —, bem como, quanto à duração, uma vez que, por exemplo, o Acordo TRIPS estabelece o mínimo de cinquenta anos depois da morte do autor, no caso do direito autoral, e, de sete anos renováveis para marcas e vinte anos para patentes (VICENTE, 2008).

Esse conceito apresenta a taxonomia clássica da propriedade intelectual, que vem sendo suplantada pelo surgimento de novos tipos de criações intelectuais e de uma zona cinzenta de tecnologias híbridas, que não se encaixam em nenhum dos tipos de propriedade intelectual existentes, tais como o software, a cultivar e a topografia de circuito integrado (SILVEIRA, 2011).

O exercício classificatório e a constatação de uma unidade entre tais direitos indicam a imprescindibilidade de conhecer a propriedade intelectual diante da segunda perspectiva conceitual, sob a vertente teórico-conceitual, que consiste no direito de exclusividade sobre bens imateriais. A propriedade

intelectual recai sobre uma propriedade privada temporária, garantida pelo Estado, para aquele que cria uma obra técnica ou estética, de modo que possa usufruir exclusivamente de tal obra durante o prazo de proteção, desde que respeite determinados balizamentos legais. Esse é o desenho forjado, dentre outras possibilidades (BARBOSA, 2010), para a organização econômica de bens imateriais, como meio de estimular a criação, e, consequentemente, promover o desenvolvimento tecnológico, cultural e econômico.

Como tipicamente ocorre com as propriedades privadas, a propriedade intelectual não deixa de sofrer os questionamentos desta espécie de direito, particularmente, em relação à origem e aos fundamentos de sua existência, perante o direito de excluir terceiros dos benefícios do uso de um bem que, sem a proteção jurídica, é de uso comum. Nota-se que a proteção oferecida por meio da propriedade intelectual recai sob um bem público, que em termos econômicos são bens não-rivais e não-exclusivos, ou seja, o uso desse bem por um indivíduo não reduz sua quantidade ou sua utilidade média para outrem e não impede que duas ou mais pessoas o utilizem ao mesmo tempo. A escassez criada pela propriedade intelectual, tornando um bem imaterial em rival e exclusivo, é, assim, uma ficção jurídica (PALMER, 1988-1999).

A origem comum da propriedade intelectual encontra-se na criação, ou, nos termos de João da Gama Cerqueira (2010), nas produções da inteligência e do engenho humano. Tanto criações técnicas ou utilitárias quanto as criações estéticas têm como procedência o exercício ou trabalho intelectual do homem. Um livro, uma pintura, uma música, um novo produto ou processo, possuem em comum o ato criacional humano, sem o qual tal bem não existiria. Nota-se ainda que a ideia em si não é passível de proteção, mas sim a sua forma exteriorizada, desde que apresente os requisitos estabelecidos em lei. Considera-se também que nem toda criação intelectual é protegida por uma exclusividade, devendo ser apreciada de uso livre (BARBOSA, MAIOR e RAMOS, 2010).

Por um aspecto moral, a propriedade intelectual funciona como um reconhecimento ao inventor em ter seu nome vinculado a sua criação. Constitui-se um direito de paternidade, cujo caráter não é patrimonial (BARBOSA, 2010), e a falta desse reconhecimento acarretaria desestímulo a novas criações (CERQUEIRA, 2010). O trabalho por si só, todavia, sujeito a um critério subjetivo — baseado somente no ato humano de criação —, não é justificativa suficiente para a concessão de um direito de propriedade intelectual, que deve

ser aplicado somente a determinadas criações intelectuais objetivamente e concretamente apresentadas (BARBOSA, 2010). Como nota Tullio Ascarelli (1970), dois aspectos devem ser encontrados nas criações intelectuais para receberem a proteção jurídica: ela não pode ser percebida senão através de sua exteriorização material em uma coisa ou energia, e ela nunca se identifica com nenhuma de suas exteriorizações, pois sempre as transcende.

Quanto à segunda perspectiva conceitual, observa-se que a propriedade intelectual apresenta caráter exclusivista, proibindo terceiros não titulares da exploração patrimonial do bem protegido, e aproxima-se das mesmas características estruturais do instituto da propriedade (ASCARELLI, 1970; BARBOSA, 2010). Porém, a propriedade tangível apresenta meios mais fáceis de excluir terceiros do uso exclusivo deste, basta a posse e a proteção por meios físicos do bem móvel ou imóvel. Nesse caso, a exclusão de terceiros ocorre por instrumentos da mesma natureza do bem protegido. Além disso, como salienta Arnold Palmer (1988-1989), os direitos de propriedade intelectual sofrem intervenção estatal de forma mais maciça e consistente do que os direitos de propriedade material, o que fere, em certa medida, o princípio de autogestão característico do sistema de mercado.

Apesar da afinidade exclusivista entre a propriedade intelectual e a material, ambas possuem corpos autônomos de regras a lhes regular, com escopos, modo de aquisição, exercício dos direitos, limites e durações de ordem diversa, constituindo cada qual matéria autônoma e, concomitantemente, subordinadas aos mesmos princípios constitucionais, visto que, nenhum direito é absolutamente autônomo. Encontram-se, assim, ora confluentes ora divergentes.

Sérgio Branco (2011) aproxima estas duas propriedades da seguinte forma: toda propriedade confere ao seu titular um direito absoluto, exercido *erga omnes*, as faculdades conferidas ao proprietário abrangem os direitos de usar, gozar e dispor da coisa, além de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha; além do direito incidir sobre um bem determinado, que na propriedade intelectual é um bem imaterial. E aponta também as diferenças entre a propriedade intelectual e a propriedade tradicional: a imaterialidade da primeira; a perpetuidade da propriedade material; as coisas corpóreas pertencem ou podem pertencer a alguém, em contrapartida a propriedade intelectual, que depois do prazo de proteção pode não pertencer a ninguém, por estar em domínio público; por fim, a transmissão do bem ma-

terial encerra a relação jurídica que havia entre o proprietário anterior e seus adquirentes, e na propriedade intelectual, com exceções, resta o vínculo moral entre o autor e a obra cedida.

Certo é que o direito de propriedade sobre um bem imaterial não utiliza a mesma relação de posse física que ocorre nos bens materiais. No entendimento de Denis Borges Barbosa (2010, p. 75):

A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos naturais e muito mais complexas do que a da propriedade romanística; [...]. Disto resulta que – em todas suas modalidades – a propriedade intelectual é ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade.

Assim, é que Richard Posner e William Landes (2003), ao traçarem uma comparação dos custos de transação entre os direitos de propriedade material e da propriedade intelectual, apontam a tendência destes serem maiores no segundo caso. Os custos para os autores envolvem, primeiramente, a característica da imaterialidade do bem, que causa questionamentos sobre sua localização e transferência de direitos. Em segundo lugar, encontra-se o que os economistas denominam por *rent seeking*, que consiste na busca por maximizar lucros de forma a exceder os benefícios sociais. No caso, a proteção legal que é dada à propriedade intelectual dá origem a problemas desse tipo, já que o bem ainda será inventado, de modo que o excesso sobre o investimento ótimo para criar novas tecnologias pode ser maior que o benefício social. E o terceiro custo relaciona-se à proteção, que em alguns casos também tende a exceder os benefícios, pelo fato da propriedade intelectual ser um bem não-rival e não-exclusivo, sendo muito difícil prevenir apropriação indevida e excluir *free riders*, bem como detectar usos não-autorizados.

Por outro lado, a propriedade intangível, por não ser passível de apropriação direta como a propriedade tangível, uma vez colocada no mercado permite sua reprodução e uso por qualquer pessoa que tenha acesso ao bem, o que é considerado uma falha de mercado. Essa situação ignora o fato de que, na maioria das vezes, uma criação intelectual é precedida de significativos investimentos de ordem financeira, temporal e laboral. A propriedade intelectual, nesse viés, preocupa-se muito mais com sua qualidade mercadológica, o que torna preponderante a análise de sua função econômica (POSNER; LANDES, 2003; ASCARELLI, 1970).

## **2.3 Algumas considerações sobre a titularidade e autoria da obra audiovisual**

Quando se trata especificamente da obra audiovisual, nota-se que é inerentemente coletiva. Ou seja, a obra audiovisual é o resultado da comunhão de vários esforços, desde o argumentista que cria as linhas gerais para a obra até o executivo responsável pela distribuição da obra audiovisual no cinema ou na televisão, passando pela condução da produção da obra pelo diretor. Por mais isolada que a obra audiovisual possa se constituir atualmente, o que se imagina que ocorra em decorrência da explosão da produção digital, isso apenas é possível em razão da concentração de diversas funções distintas desempenhadas por uma mesma pessoa.

O artigo 16 da Lei nº 9.610 (BRASIL, 1998) determina que: “São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor”. Ou seja, a autoria da obra audiovisual é determinada pela legislação brasileira como sendo do diretor e do argumentista. Por outro lado, a legislação brasileira admite que a titularidade dos direitos patrimoniais sobre a exploração da obra nem sempre seja reservada unicamente aos coautores da obra audiovisual. Admite-se a possibilidade de cessão dos direitos patrimoniais da produção audiovisual, e sua consequente exploração e distribuição, visando fomentar a atividade criativa, sobretudo em decorrência dos ganhos obtidos por profissionais especializados em obter receitas com esse tipo de atividade:

A regulamentação oficial dos direitos patrimoniais, mediante legislação protetiva visa a assegurar aos seus titulares, principalmente os autores, condições favoráveis para obtenção de todo e qualquer proveito econômico da utilização de sua obra intelectual, quando isso seja publicamente realizado (MANSO, 1980, p. 40).

Normalmente, no Brasil a exploração econômica direta sobre a criação audiovisual é realizada por meio das produtoras e canais de televisão aberta, mas, de forma indireta, há uma cadeia importante de distribuidores, programadoras de canais fechados e plataformas de distribuição de conteúdo online, que, em decorrência da sua atuação especializada no mercado, consegue eleger a melhor forma de fazer com que a criação atinja o público consumidor elevando os ganhos dos criadores.

### **3. Análise econômica da proteção da propriedade intelectual audiovisual**

#### **3.1 Setor audiovisual como parte da economia criativa**

O setor audiovisual é um dos exemplos mais citados do que se chama “economia criativa”. A principal marca da chamada economia criativa é sua sustentação na propriedade intelectual, construída em decorrência do talento e da genialidade criativa humana, cujo resultado é essencialmente heterogêneo e irregular, implicando um elevado grau de incerteza sobre o mercado consumidor e um alto nível de risco financeiro em retorno aos respectivos investimentos. Obviamente, a economia criativa não abrange somente o setor audiovisual, mas se trata de um conceito em formação referindo-se a arquitetura, fotografia, música, artes em geral, moda, gastronomia, games, entre outros setores (NEWBIGIN, 2020).

Atualmente, pode-se dizer que a economia criativa responde por 3% do produto interno bruto global, protagonizando um papel cada vez mais presente em um setor cada vez mais interdependente da digitalização e da inovação. Em estudo recente, a CNUCED afirma que a economia criativa tem a capacidade de catalisar mudanças, ao construir sociedades mais inclusivas, conectadas e colaborativas. Pode se configurar, deste modo, numa ferramenta efetiva de fortalecimento da força econômica de um país, ao interligar economia e comércio eletrônico em um ambiente econômico global. Vale também enfatizar que a economia criativa pode gerar um impacto direto ao influenciar e inspirar as gerações presentes e futuras, por meio de práticas mais sustentáveis, do ponto de vista ambiental e cultural (CNUCED, 2018).

A economia criativa responde por aproximadamente 509 bilhões de dólares do mercado global em 2015, mantendo um crescimento na faixa dos 7,34% ao ano entre 2003 e 2015. O incremento do mercado se deve ao fortalecimento dos países asiáticos neste período, que investiram no setor em busca exatamente da crescente participação do setor no mercado global. A China é com certeza o grande expoente mundial, fortalecendo-se principalmente em áreas como inteligência artificial, filmes e televisão. Em 2015, a China já exportava quatro vezes mais bens criativos que os Estados Unidos, totalizando 168 bilhões de dólares de exportações (CNUCED, 2018).

### **3.2 Setor audiovisual no Brasil**

Pode-se dizer que o mercado brasileiro sobre produções cinematográficas foi espontaneamente desenvolvido no início do século XX por um esforço dos próprios produtores. Desde os grandes estúdios do século passado, passando pelo advento das primeiras emissoras de televisão brasileira e da Empresa Brasileira de Filmes (Embrafilme), chegando à Agência Nacional do Cinema (Ancine), o setor contou com uma indução regulatória baixa, se comparado aos demais países. Ainda assim, atualmente movimenta uma relevante parcela do PIB nacional.

Em razão desse crescimento e consolidação quase que espontâneos da produção audiovisual, a análise regulatória do setor audiovisual tem-se mantido na história brasileira quase sempre afastada de uma caracterização industrial do seu funcionamento. Disso podemos perceber atualmente que as produções brasileiras ora são homenageadas nos maiores festivais de cinema espalhados pelo mundo afora<sup>4</sup>, ora são reconhecidas pela crescente visualização das produções dirigidas unicamente a plataformas de distribuição digital de conteúdo audiovisual (LESKIN, 2018). Tais produções, entretanto, são tão desconectadas do ponto de vista regulatório, que à distância parecem decorrer de fenômenos econômicos distintos.

De todo modo, as produções audiovisuais crescem cada vez mais, pois como se sabe, o vídeo digital foi “responsável por uma verdadeira febre pela ‘documentação filmográfica do real’, percebida em atitudes cotidianas e privadas, bem como em ações cinematográficas propriamente ditas” (PERINELLI NETO, 2016, p. 18).

Sem embargo da dificuldade em se realizar um dimensionamento específico dos diversos segmentos audiovisuais, seja porque os dados não são tornados públicos, seja porque não são consolidados, costuma-se afirmar que a cada R\$ 100,00 gastos na demanda final do setor audiovisual, outros R\$ 79,00 são gerados de produção indireta. O fator multiplicador de emprego é de 2,94, de modo que “para cada emprego criado no setor de audiovisual outros 1,94 empregos são gerados em outros setores da economia em razão da demanda

---

4 São diversos os exemplos de filmes brasileiros que foram e têm sido recentemente nomeados e premiados em festivais internacionais de cinema muito relevantes, como Berlim e Cannes.

induzida”, sendo estimado um faturamento bruto do setor em R\$ 44,8 bilhões correntes e aproximadamente R\$ 2,2 bilhões correntes de arrecadação de impostos em 2013 (MPA, 2016).

Seguindo em busca de uma curva de demanda, faremos um corte metodológico explorando unicamente o segmento de cinemas, somente porque os dados são mais atuais e mais abundantes. O mercado cinematográfico sofreu uma importante retração em 2018, de aproximadamente 10% com relação ao ano de 2017, mas ainda se fala de uma arrecadação somente nas bilheteiras de cinema de aproximadamente R\$ 2,5 bilhões, conforme tabela da bilheteria nos cinemas brasileiros a seguir:

Indicador	2014	2015	2016	2017	2018
<b>Público</b>	155.612.992	173.022.827	184.327.360	181.226.407	163.454.506
<b>Participação de público dos filmes brasileiros</b>	12,25%	13,00%	16,50%	9,58%	14,83%
<b>Renda bruta (R\$)</b>	1.955.943.572,99	2.351.590.807,48	2.599.327.627,64	2.717.664.734,65	2.458.271.967,00
<b>Preço médio do ingresso</b>	12,57	13,59	14,10	15,00	15,04

ANCINE, 2019

O parque exibidor, por seu lado, tem crescido de maneira bastante estável, se valendo da própria difusão das grandes redes de cinema em shopping centers. Criou-se um verdadeiro hábito de consumo por parte dos brasileiros, de frequentar cinemas dentro dos grandes centros de compras, como se pode perceber pelo crescimento do parque exibidor:

Indicador	2014	2015	2016	2017	2018
<b>Salas de exibição</b>	2.833	3.005	3.160	3.223	3.347
<b>Salas de exibição digitais (padrão DCI)</b>	1.770	2.874	3.148	3.223	3.347
<b>Salas de exibição 3D</b>	1.039	1.190	1.280	1.385	1.752
<b>Número de complexos</b>	746	742	771	782	809
<b>Habitantes por sala</b>	71.585	68.037	65.216	64.431	62.293

ANCINE, 2019

Já no que se refere à televisão, percebe-se uma leve queda em 2017 — último ano com dados históricos apresentados pela Ancine —, o que não pode ser confundido com o desaquecimento do consumo deste tipo de produto. Nota-se, inclusive, um crescimento da participação de produção nacional neste setor, obviamente em decorrência dos efeitos da Lei do Serviço de Acesso Condicionado (“Lei do SeAC”), que determina a obrigatoriedade de conteúdo nacional independente nestes canais (BRASIL, 2011):

Indicador	2014	2015	2016	2017
Canais de TV paga (com os canais HD similares)	200	236	246	251
Canais de TV paga (sem os canais HD similares)	ND	165	171	166
Canais brasileiros de espaço qualificado (com os canais HD similares)	23	27	27	28
Canais brasileiros de espaço qualificado (sem os canais HD similares)	ND	19	19	19
Participação da produção independente brasileira <sup>a</sup> na programação da TV paga	10,41%	10,70%	10,50%	13,80%
Número de assinantes de TV paga (milhões)	19,6	19,1	18,9	17,9
Domicílios com TV (milhões)	65,1	66,1	67,0	70,3

ANCINE, 2019

Como se percebe, em 2017 inicia-se uma queda do número de assinantes de TV paga, acompanhando uma tendência internacional que não pode ser resumida pelo desinteresse pelos consumidores, mas sim pelo surgimento e consolidação do segmento correlato de disponibilização de conteúdo online. Ou seja, não se percebe uma queda do consumo de TV, mas sim que as pessoas consomem televisão no tempo, local e aparelhos da sua própria escolha (BASIN, 2019, p. 2), e com isso, diversas modalidades online fazem com que as pessoas consumam o conteúdo audiovisual por formas trazidas ao público apenas há pouquíssimo tempo. Ainda assim, a disponibilização de conteúdo online já é bastante significativa.

As modalidades de distribuição online de conteúdo audiovisual podem ser sumariadas por uma série de acrônimos que resumidamente se diferenciam umas das outras pela forma como monetizam o conteúdo cedido. As mais famosas são as chamadas *Subscription video on demand*, ou SVOD, pelas quais fornece-se uma autenticação para acesso dos assinantes pagantes a uma variedade de conteúdos disponibilizados previamente. Incluem-se neste modelo de negócio a Netflix e a Amazon Prime Video. As *Advertising-Supported Videos* ou

AVOD franqueiam o acesso ao conteúdo audiovisual online de forma gratuita aos consumidores, porém o conteúdo é acompanhado de propagandas antes, durante e/ou após a exibição do conteúdo. Pratica este modelo a plataforma controlada pela Google, o Youtube. Por fim, os *Transactional Video on Demand*, ou TVOD, têm o acesso relacionado a um determinado conteúdo pelo qual o consumidor paga um valor estabelecido. Neste caso, o acesso pode ser realizado por meio de uma aquisição da licença de forma permanente (*Electronic Sell-Through* ou EST), como ocorria com a compra de DVDs ou Fitas VHS, ou ainda de forma temporária (*Electronic Rental* ou ERT), o que se assemelha às antigas locadoras de vídeo (BASIN, 2019, p. 25-27).

Vale dizer que o mercado se modernizou, fazendo com que o consumo de conteúdo se concentre cada vez mais em um ambiente virtual. Não há muitas informações oficiais sobre o segmento, mas segundo dados da companhia privada App Annie, especialista em inteligência de mercado virtual, entre 2016 e 2018 a popularidade de consumo por plataformas de streaming cresceu 130%, fazendo do brasileiro o sexto maior mercado consumidor deste tipo de serviços no mundo no final de 2018. No final de 2016, entretanto, o Brasil já era o quarto maior mercado da Netflix, e, desde então, passou a ser o principal aplicativo de entretenimento baixado pelas pessoas em seus aparelhos móveis (DE MARCHI e LADEIRA, 2019, p. 175). Hoje em dia, alguns estudiosos chegam a identificar um vácuo normativo, uma vez que a Lei do SeAC foi criada num momento anterior e não tinha como prever a relevância e a preponderância atual destes agentes na indústria audiovisual (RAGAZZO e OLIVEIRA, 2017, p. 216; ANCINE, 2017).

Em razão da necessidade por parte desses agentes por conteúdo local, percebe-se uma tendência de crescimento do número de produtoras audiovisuais na América Latina (BALADRON e RIVERO, 2019, p. 118). O Brasil acompanha a tendência, revelando um número crescente de produtoras audiovisuais, produzindo um número também crescente de obras, como se percebe pela emissão dos chamados Certificados de Produção Brasileira na tabela abaixo:

Indicador	2014	2015	2016	2017	2018
Empresas produtoras registradas	963	1.019	891	982	1.015
Certificados de Produto Brasileiro (CPB) emitidos	3.251	3.484	3.341	3.425	3.227
Certificados de Produto Brasileiro (CPB) de obras de espaço qualificado emitidos	2.909	3.187	3.067	3.150	3.036
Certificados de Produto Brasileiro (CPB) de obras independentes de espaço qualificado emitidos	1.808	2.179	2.246	2.448	2.271
Certificados de Produto Brasileiro (CPB) de obras seriadas de espaço qualificado emitidos	705	629	691	748	697
Certificados de Produto Brasileiro (CPB) de longas-metragens emitidos	327	278	328	360	387
Certificados de Produto Brasileiro (CPB) de médias-metragens emitidos	574	592	558	539	435
Certificados de Produto Brasileiro (CPB) de curtas-metragens emitidos	642	647	543	554	429

ANCINE, 2019

O modelo de investimento praticado pelas empresas de distribuição online tem seguido um modelo de contratação direta, sem a intermediação da Ancine, nos moldes da Lei do Audiovisual (BRASIL, 2001). Isso tem gerado diversas externalidades positivas, que se demonstraram fundamentais para a manutenção do mercado no Brasil, conforme apontado pelo estudo da Ancine:

Além disso, a aproximação entre provedores dos serviços de vídeo sob demanda e produtores independente trazida por esta modalidade de estímulo a produção audiovisual traz como externalidades positivas, benéficas a ambos e ao setor como: a troca de expertise técnica, o desenvolvimento de novos modelos de negócio, a qualificação da produção audiovisual e maior aproximação desta com as demandas do público consumidor, o estímulo a circulação internacional da produção audiovisual brasileira, entre outros (ANCINE, 2017, p. 13).

### 3.3 A propriedade intelectual e análise econômica do direito

A indústria audiovisual é regida de forma mais próxima pelos hábitos e costumes do que necessariamente pelos princípios gerais jurídicos. As cláusulas chave padrão dos negócios jurídicos entabulados refletem a forma par-

ricular como as características de cada segmento deste mercado devem ser interpretadas na prática (BASIN, 2019, p. xviii). “Conteúdo é rei” costuma ser uma frase muito mencionada no âmbito do mercado audiovisual. Mas não se pode deixar de notar que as modernas formas de proteção dos direitos sobre tais conteúdos têm gerado um efeito dramático sobre os agentes do mercado. Como se percebe, as recentes e significativas mudanças na natureza do conteúdo audiovisual consumido e de suas diversas formas de distribuição transformaram a criação e a monetização das criações por esses agentes.

Em seu aspecto econômico, o instituto da propriedade intelectual é uma forma artificial, juridicamente criada, para corrigir uma falha de mercado, permitindo que o criador de um bem intelectual possa ter seu investimento e seu esforço recompensados pelo direito exclusivo de o explorar e impedir que terceiros não autorizados o façam. A exclusividade, como salienta Denis Borges Barbosa (2010), incide no momento em que o bem imaterial adentra o mercado, tornando-se um bem-de-mercado. A propriedade intelectual é o formato adotado pelas economias de mercado, e é como um direito de ordem econômica que este instituto se firma no ordenamento jurídico pátrio:

Uma economia de mercado é um sistema econômico controlado, regulado e dirigido apenas por mercados; a ordem na produção e distribuição dos bens é confiada a esse mecanismo auto-regulável. Uma economia desse tipo se origina da expectativa de que os seres humanos se comportem de maneira a atingir o máximo de ganhos monetários. Ela pressupõe mercados nos quais o fornecimento dos bens disponíveis (incluindo serviços) a um preço definido igualarão a demanda a esse mesmo preço. Pressupõe também a presença do dinheiro, que funciona como poder de compra nas mãos de seus possuidores. A produção será, então, controlada pelos preços, pois os lucros daqueles que dirigem a produção dependerão dos preços, pois estes formam rendimentos, e é com a ajuda desses rendimentos que os bens produzidos são distribuídos entre os membros da sociedade. Partindo desses pressupostos, a ordem na produção e na distribuição de bens é assegurada apenas pelos preços (POLANYI, 2000, p. 89-90).

Uma análise econômica pressupõe escolhas racionais num mundo de recursos limitados, frente às necessidades humanas, o que enseja a conveniência de maximização racional e eficiente desses recursos pelo homem para satisfazer tais interesses. Acredita-se também nessa perspectiva, que o homem res-

ponde ainda mais se houver incentivos (POSNER, 1992). O esquema oferecido pela propriedade intelectual, assim, é reconhecido pela promoção de escassez a bens imateriais, de incentivos aos criadores e investidores, e, consequentemente, desenvolvimento social, econômico e tecnológico (BARBOSA, 2012).

A propriedade intelectual, por um lado, permite que seu titular cobre pelo acesso a esse bem, por um preço que exceda seu custo marginal, de forma a recuperar os custos de criação. Isto porque a propriedade intelectual, na maioria das vezes, possui um custo total de criação muito alto, mas uma vez criada, incorrerá num custo/preço fixo para sua produção e distribuição, e tais preços tendem a ser baixos, como no caso de uma série de TV que chega a apresentar custo marginal zero ao ser compartilhada por meio da internet. A propriedade intelectual evita que terceiros que não investiram tempo e dinheiro se beneficiem da criação apenas copiando-a, e incentiva aqueles que se esforçaram para o êxito de originar um bem intelectual, garantindo uma vantagem econômica no mercado (POSNER, 2005).

A livre divulgação da obra audiovisual, por outro lado, como contrapartida de um direito de exclusividade que, ao final de um determinado prazo de proteção, constituirá o domínio público, e, portanto, de uso de todos, é o que vindica a importância ao instituto, principalmente do ponto de vista utilitarista. Essa é uma contrapartida positiva (*positive spillover*) da divulgação, garantindo retorno social do sistema de propriedade intelectual (GUELLEC; DE LA POTTERIE, 2007).

Busca-se, a partir desse sistema, que a sociedade utilize os recursos intelectuais de forma economicamente eficiente e, por consequência, gere bem-estar social (*social welfare*). Há eficiência dinâmica quando o detentor de um direito de propriedade intelectual goza dos frutos do seu empreendimento sem que outros o façam à custa do seu esforço e, assim, proporciona incentivos para criar. E a eficiência estática, que busca o uso racional dos recursos, ocorre ao se evitar o uso excessivo ou congestivo da propriedade intelectual, o que poderia causar desperdício (POSNER; LANDES, 2003).

O benefício da eficiência na propriedade intelectual também é explicado pela tradicional teoria da tragédia dos comuns ou tragédia dos baldios (ARAÚJO, 2008). Propagada na atualidade por Garrett Hardin, no artigo intitulado *The Tragedy of the Commons*, publicado em 1968, o autor mostra como o indivíduo, no caso um pastor, frente ao uso de um bem comum, es-

pecificamente uma pastagem, ao tentar maximizar seus ganhos, pode causar prejuízos que serão suportados por todos que utilizam o bem, como o sobrepastoreio e o consequente desaparecimento do pasto. Com isso, Hardin pretende demonstrar que o uso livre e irrestrito, baseado somente na racionalidade individual, de recursos finitos num quadro populacional ascendente, não é a melhor alternativa em termos coletivos no uso dos bens comuns (HARDIN, 1968). Ressalva-se, no entanto, que o trabalho de Garrett Hardin é aplicado em bens comuns materiais, e que passa a constituir um marco na defesa da apropriação privada e de um sistema coercitivo para a defesa desses bens.

A criação da propriedade intelectual evitaria, dessa maneira, a tragédia dos comuns na seara dos bens imateriais, frente ao desperdício que poderia surgir do seu mau uso. A exclusividade privada, por meio do incremento do acesso à distribuição das obras audiovisuais nacionais para o público em geral, ao contrário da livre disponibilização, garante que o bem intelectual não sofra sobreutilização. O resultado final dessa alocação racional de recursos é maximizar o bem-estar da população, incentivando a criação e a inovação dentro da economia criativa, proporcionadas pela garantia que o criador terá do retorno dos custos do investimento quando do gozo dos direitos que titularizará. Reduzir os custos de transação entre desperdício e eficiência é a razão de existir desses direitos na concepção utilitarista (GUELLEC; DE LA POTTERIE, 2007).

A partir desses pressupostos — racionalidade, eficiência, utilitarismo, maximização de resultados — a análise econômica reveste o instituto da propriedade intelectual de uma logicidade e coerência aparentemente incontestáveis. Estaria, dessa forma, estabelecido um equilíbrio entre incentivo e acesso, no qual a propriedade intelectual internalizaria as externalidades advindas da proteção “cobrando um preço para um bem público se reduz o acesso a ele (um custo social), tornando-o artificialmente escasso, mas aumenta o incentivo para criá-lo, em primeiro lugar, que é possivelmente compensação de benefício social” (DRAHOS, 1996, p. 6-7).

Esse equilíbrio, no entanto, não é nada fácil de se perceber e de se conseguir na prática. Assim, desenvolve-se uma situação típica da análise econômica que — apesar dos economistas estarem interessados em relações lógicas e verdades dedutivas — apresenta grandes dificuldades no estudo do objeto por meio de pesquisa empírica em decorrência das muitas variáveis indepen-

dentes. Isso implica também na dificuldade de se estabelecer uma regulação ótima da propriedade intelectual sob esse ponto de vista (DRAHOS, 1996).

A propriedade intelectual é importante como incentivo à criação e retorno ao investimento, mas também pode trazer mais custos do que recompensas, restringindo o acesso de forma nociva e favorecendo apenas produtores (POSNER, 2005). Os custos sociais ou externalidades negativas advindos da propriedade intelectual transformam essa equação em um frágil quadro a ser considerado na elaboração de leis e políticas voltadas à inovação. Dentre tais custos sociais, Cyril Ritter pontua alguns que considera principais:

Esse custo é composto de (a) uma perda do peso morto causado pelo poder de mercado, mais (b) a redução dos incentivos à inovação causados pelo poder de mercado, mais (c) o custo da manutenção de um sistema de observância de PI, além de (d) o custo de proibir outra inovação que se baseie numa primeira inovação (embora algumas leis PI têm um mecanismo para lidar com isso), mais (e) o custo do desencorajamento de inovações que sejam muito próximas da inovação protegido (a questão da amplitude de patentes e a doutrina de equivalentes) (RITTER, 2005, p. 14, tradução nossa).

Vários dispositivos legais tentam minimizar os efeitos dos custos de transação, como, por exemplo, os usos livres, mas conhecidos por limitações e exceções do direito autoral, que nos países de *common law* e no direito internacional são estabelecidos por padrões gerais de análise, denominada, respectivamente, *fair use* e regra dos três passos e nos de *civil law* por uma listagem de casos. Consagra-se nos usos livres o que a sociedade, por via legislativa, considera como legítimo uso pela coletividade, ao mesmo tempo em que se mantém o reconhecimento do direito daquele que produziu determinada obra (WACHOWICZ, MEDEIROS, 2015). Há um sopesamento de custos e benefícios, ao permitir que em certos casos se possa utilizar uma obra sem a licença do autor (POSNER, 2005), que é permeada por uma ideia de proteção do interesse público (MARQUES, 2005) ou coletivo.

Em boa parte, as explicações apresentadas servem, se não como meio de legitimar a criação desses direitos, como justificativas plausíveis para a sua existência. No entanto, além do difícil arranjo exposto, a análise econômica falta em termos sociais, principalmente relacionados à equidade e à distribui-

ção, abrindo espaço para a elaboração de teorias que, em alguns casos, negam algumas das premissas aventadas, e, em outros, as complementam.

Andreas Rahmatian (2013) entende, inclusive, que, mesmo se todos os pressupostos e condições em uma análise da *law and economics* forem corretos e satisfatoriamente adaptados, as considerações econômicas, como eficiência, são, por definição, essencialmente irrelevantes para o jurista. Para o autor, isso ocorre porque o direito e a economia dispõem de um quadro institucional, metodologia e compreensão da sociedade humana totalmente diferentes, de modo que os critérios para a tomada de decisões são necessariamente de natureza distinta. E mesmo nas situações em que os resultados legais e econômicos são similares, tal semelhança é antes um fenótipo do que um genótipo. Além disso, considera que a abordagem econômica, tanto na aplicação da lei, como no processo legislativo, pode ter efeitos questionáveis e moralmente condenáveis.

#### **4. Conclusão**

Neste trabalho, de natureza introdutória, buscou-se demonstrar que o Brasil é um país cuja presença da indústria audiovisual ocupa papel de protagonismo, sobretudo diante do forte consumo no mercado interno das produções audiovisuais nos seus mais variados segmentos.

O modelo regulatório no Brasil, por sua vez, determina que os direitos autorais são estruturados como um direito de propriedade: é um direito que pode ser imposto contra todos, que consiste em usar, gozar e dispor da coisa e incide sobre um bem. A separação entre autoria e titularidade dos direitos que recaem sobre as obras do setor, entretanto, possibilita a manutenção da autoria moral conferida aos criadores das obras audiovisuais e incrementa os benefícios das produtoras audiovisuais em desenvolver, produzir e distribuir tais criações.

As características de imaterialidade e temporalidade dessa propriedade, cuja consequência é uma relação de posse diferente da propriedade física e muito mais limitada por uma função, tornam ainda mais fundamental uma política de progresso cultural e técnico do setor. A importância de garantir um instrumento semelhante à propriedade sobre um bem imaterial decorre da facilidade de reproduzi-lo. As tentativas de explorar economicamente um bem imaterial fora do pensamento proprietário é ineficiente, pois o cria-

dor, que frequentemente investe na criação desse bem, seria esmagado pela concorrência, que não encontraria barreiras para usá-lo. Economicamente, a propriedade intelectual é justificada para corrigir essa falha de mercado e recuperar os custos de criação.

No que se refere à proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual no setor audiovisual, observa-se que o avanço tecnológico proporcionou novas formas de acesso ao conteúdo, facilitando de maneira significativa sua produção. Se a demanda por um segmento do setor pode eventualmente enfraquecer, como ocorreu com as bilheterias de cinema no Brasil, a tecnologia tem possibilitado uma demanda crescente pelos sistemas de distribuição online de conteúdo audiovisual, assegurando o crescimento do mercado pelo ingresso de um número crescente de produtoras no mercado brasileiro.

Por fim, podemos perceber alguns questionamentos na relação entre a análise econômica da proteção proprietária conferida às obras audiovisuais e o interesse no desenvolvimento de uma sociedade informacional, que propugna uma economia voltada para inovações tecnológicas, informação e conhecimento. Vale dizer que a busca pelo incremento da eficiência da indústria do setor audiovisual não pode ser desassociada da função social inerente às produções do setor.

## **Referências**

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA (ANCINE). **Anuário estatístico do cinema brasileiro de 2018**. Rio de Janeiro: Ancine, 2019.

\_\_\_\_\_. **Recomendações da ANCINE para uma regulação da comunicação audiovisual sob demanda**. Rio de Janeiro: Ancine, 2017.

ARAÚJO, F. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema econômico do nível ótimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.

ASCARELLI, T. **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Barcelona: Bosch, 1970.

BALADRON, M.; RIVERO, E. Video-on-demand services in Latin America: Trends and challenges towards access, concentration and regulation. **Journal of Digital Media & Policy**, Bristol, v. 10, n. 1, p. 109-126, 2019.

BARBOSA, D. B. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2010.

BARBOSA, D. B.; MAIOR, R. S.; RAMOS, C. T. **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, P. M. N. **Direito civil da propriedade intelectual**: o caso da usucapião de patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BASIN, K. **The business of television**. Nova York: Routledge, 2019.

BLOCH, M. **Apologie pour l'histoire ou métier d'historien**. 2ª ed. Paris: Armand Colin, 1952.

BRANCO, S. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm). Acesso em: 14 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências., 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm). Acesso em: 14 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 2.228-1, de 06 de setembro de 2001**. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 10 set. 2001.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 13 set. 2011.

BRASIL AUDIOVISUAL INDEPENDENTE (BRAVI). 2016. Disponível em: <http://bravi.tv/bravi-e-a-nova-sigla-da-associacao-brasileira-de-produtoras-independentes-de-televisao-2/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRAUDY, L.; COHEN, M. **Film theory & criticism**: Introductory Readings. 7ª ed. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CERQUEIRA, J. G. **Tratado da propriedade industrial**: da propriedade industrial e do objeto dos direitos. (atualizada por Denis Borges Barbosa e Newton Silveira). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2010.

CHAVES, Antonio. **Cinema, TV, publicidade cinematográfica**. São Paulo: Leud, 1987.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (CNUCED). **Creative economy outlook**: Trends in International Trade in creative industries, 2018. Disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcted2018d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcted2018d3_en.pdf). Acesso em: 27 Mar 2020.

DE MARCHI, L. G.; LADEIRA, J. M. Audiovisual Diversity and Regulation in Brazil: The debate about on-demand audiovisual market. In: ALBARNOZ, L. A.; LEIVA, M. T. G. **Audiovisual industries and diversity**: Economics and Policies in the Digital Era. Nova York: Routledge, 2019. p. 169-184.

DRAHOS, P. **A philosophy of intellectual property**. Aldershot: Ashgate, 1996.

FRIEDBERG, A. The End Of Cinema: Multimedia and Technological Change. In: BRAUDY, L.; COHEN, M. **Film theory & criticism**: Introductory Readings. 7ª ed. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 802-813.

GUELLEC, D.; DE LA POTTERIE, B. V. P. **The economics of the european patente system**: IP policy for innovation and competition. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

HARDIN, G. The tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

HARGREAVES, I. **Digital opportunity**: a review of intellectual property and growth, 2011. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/digital-opportunity-review-of-intellectual-property-and-growth>. Acesso em: 29 jul 2016.

LESKIN, P. **Business insider**, 2018. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/most-popular-youtubers-with-most-subscribers-2018-2#4-kids-diana-show-46-million-subscribers-23>. Acesso em: 03 abr. 2020.

MANSO, E. V. **Direito autoral**: exceções impostas aos direitos autorais. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MARQUES, J. P. F. R. **Propriedade intelectual, exclusivos e interesse público**. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Direito Industrial. Coimbra, 2005.

MEDEIROS, H. G. **Medidas de fronteira TRIPS-Plus e os direitos de propriedade intelectual**. Curitiba: Juruá, 2012.

MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA (MPA). **O impacto econômico do setor audiovisual brasileiro**. São Paulo, 2016.

MUGUILLO, R. A. **Publicidad**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

NEWBIGIN, J. **British Council website**. Disponível em: <https://creativeeconomy.britishcouncil.org/guide/what-creative-economy>. Acesso em: 27 Mar 2020.

PALMER, A. Intellectual Property: a non-posnerian law and economics approach. **Hamlin Law Review**, v. 12, p. 261-304, 1988-1999.

PERINELLI NETO, H. Apresentação: cinema, educação e modernidade na perspectiva da extensão universitária. *In*: PERINELLI NETO, H. **Ver, fazer e viver**: experiências envolvendo curso de extensão universitária. São Paulo : Cultura Acadêmica, 2016. p. 15-27.

POLANYI, K. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000

POSNER, R. A. **Economic analysis of law**. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, R. A.; LANDES, W. M. **The economic structure of intellectual property law**. Massachusetts: Belknap, 2003.

POSNER, R. A. Intellectual property: the law and economics approach. **Journal of Economic Perspectives**, v. 19, p. 57-73, 2005.

RAGAZZO, C. E. J.; OLIVEIRA, I. C. V. D. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 37, p. 201-218, Dez. 2017.

RAHMATIAN, A. International intellectual property scholars series: a fundamental critique of the law-and-economics analysis of intellectual property rights. **Marquette Intellectual Property Law Review**, v. 191, 2013.

RITTER, C. Refusal to Deal and Essential Facilities: Does intellectual property require special deference compared to tangible property? **SSRN Scholarly Paper**, Rochester, Maio 2005.

SILVEIRA, N. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. Barueri/SP: Manole, 2011.

SOUSA, A. P. D. S. E. **Dos conflitos ao pacto**: as lutas no campo cinematográfico brasileiro no séc. XXI. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2018. 294 p.

VICENTE, D. M. **A tutela internacional da propriedade industrial**. Coimbra: Almedinda, 2008.

WACHOWICZ, M.; MEDEIROS, H. G. O contexto internacional da lei de direitos autorais no Brasil: Tratado de Marrakesh. In: CESNIK, F. D. S.; TEIXEIRA FILHO, J. C. M. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP**. São Paulo: Editora IASP, v. 2, 2015. p. 127-154.

# ***Capítulo 6. A intensificação do comércio eletrônico e das plataformas digitais com a Covid-19 e o reforço das preocupações antitruste na preservação da concorrência na economia digital***

*Humberto Cunha dos Santos*

## **1. Introdução**

O ponto de partida deste artigo é a leitura de que o enfrentamento do coronavírus pode propiciar um clima favorável a mudanças importantes na economia digital, especialmente por parte de empresas, com a abertura para práticas inovativas no âmbito do *e-commerce* e das plataformas digitais. Parte-se da premissa de que a crise gerada pela pandemia se caracteriza como uma “conjuntura crítica”, de acordo com a teoria da dependência, permitindo o surgimento de um novo arranjo de regras e consensos na compreensão da trajetória institucional das organizações.

Discute-se como esse cenário propício a mudanças deve vir, contudo, acompanhado de reforçadas preocupações de caráter antitruste, focadas na preservação da concorrência, tendo em vista o aumento da tendência a concentrações e práticas restritivas no meio virtual. Debate-se como a nova dinâmica de competição trazida pelas plataformas digitais já ensejava desafios ao antitruste antes mesmo do advento da pandemia, realçando os cuidados, em particular, que o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) deve ter no exercício de suas competências para preservação da concorrência nesse meio.

Na estruturação do artigo, no tópico inicial, além desta introdução, será feita uma breve explanação sobre a perspectiva utilizada para enfrentamento do tema, privilegiando uma abordagem interdisciplinar entre direito e economia. No seguinte, será discutido como o enfrentamento da COVID-19 se

mostra como uma oportunidade propícia a mudanças institucionais, tendo em vista a dinâmica concorrencial de longo prazo dos mercados. No último tópico, serão discutidas as particularidades das plataformas digitais e as preocupações do antitruste voltadas a esse segmento, apresentando, ao final, algumas recomendações para preservar as condições de competição nesse segmento e assim assegurar a geração de benefícios para a sociedade em geral.

## **2. O direito, a economia e a perspectiva interdisciplinar**

John Rawls (2008, p. 8) propõe instigante reflexão filosófica sobre o papel institucional a ser exercido pelo direito, a partir de sua teorização da justiça, tendo por ponto de partida a compreensão da estruturação básica da sociedade, ou mais precisamente, daquilo que ele chamou de “modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.” Nessa categoria, o autor inclui “a constituição política e os arranjos econômicos e sociais” reputados mais importantes. Na sua visão, a justiça de um arranjo social dependerá de como são atribuídos direitos e deveres fundamentais, assim como as oportunidades econômicas e as condições sociais dos diversos setores da sociedade.

A forma como uma sociedade organiza seus mercados se insere entre suas instituições fundamentais. Enquanto instituições sociais voltadas para regência das trocas, presentes e futuras (WEBER, 1995, p. 43), a reflexão sobre a justiça de seus arranjos perpassa, dentre outros aspectos, a análise de quais resultados são proporcionados a partir de sua estruturação de funcionamento. Adam Smith (2008, p. 29), em obra clássica, bem observara que pequeníssima parte das necessidades de um homem é suprida pelo produto de seu próprio trabalho, sendo a maior parte delas satisfeita pelas trocas nos mercados, o que lhe permitira concluir que: “todo homem, assim, vive pela troca ou se torna, até certa medida, mercador, e a sociedade cresce até ser uma sociedade comercial propriamente dita.” Se, de fato, os mercados existem para suprir necessidades e anseios da vida social humana, cabe à ordem jurídica a atribuição de estruturá-los e organizá-los.

Os dois principais direitos que alicerçam a estrutura de funcionamento dos mercados competitivos são a liberdade e a propriedade privada. Tive oportunidade de discutir mais detidamente como esses direitos se encontram

respaldados na nossa Constituição Federal (SANTOS, 2013). Nossa ordem constitucional também atribui um dever fundamental na estruturação geral dos mercados ao prescrever que sejam capazes de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, CF).

A partir, portanto, dessas grandes linhas de raciocínio, acredita-se que a melhor forma de endereçar a reflexão proposta por Rawls perpassa por discussões assentadas em evidências empíricas que permitam compreender como se dá o funcionamento efetivo de nossas instituições, através da dinâmica comportamental das pessoas em suas mais diversas interações, reunindo-se, assim, material capaz de permitir a avaliação dos resultados que vêm sendo gerados. Concluído o levantamento dos dados, se seguiria para uma etapa mais reflexiva, voltada a cotejar a pertinência dos achados empíricos com os objetivos almejados pela sociedade, prescritos abstratamente pela ordem jurídica.

Essa proposta de investigação também pode ser descrita em uma linguagem mais econômica. Admitindo-se que o principal objeto de estudo da economia recai na compreensão do amplo processo de tomada de decisão das pessoas diante de bens escassos (ROBBINS, 1932, p. 16), caberia, num olhar econômico, refletir de que forma as instituições fundamentais têm conferido os incentivos apropriados para que as decisões individuais possam maximizar o uso de recursos escassos em prol de resultados maximizadores do bem-estar social. Essa análise poderia ser feita com suporte num vasto instrumental econômico, como, por exemplo, a partir de uma matriz de *payoffs*, com auxílio da teoria dos jogos, tendo por objetivo incrementar a eficiência dos arranjos institucionais. Fernando Leal (2019) aborda como a teoria dos jogos pode se mostrar útil para modelar e conduzir processos de tomada de decisão jurídica orientados por considerações consequencialistas em situações de incertezas.

Também no campo econômico, a fim de embasar os prognósticos corretivos das estruturas e estimular os comportamentos humanos desejáveis, deveriam ser buscadas pesquisas empíricas que permitissem a compreensão da práxis, evitando-se, desse modo, enunciados especulativos vazios, aderentes somente a simplificações reducionistas de livro-texto, em que a racionalidade econômica é admitida como único atributo explicativo da conduta humana.

Assim percebidos, tanto o direito como a economia podem servir como poderosos campos prescritivos a serviço da mitigação de iniquidades e de correção de falhas institucionais, especialmente quando a abordagem investigativa

privilegiar o enfoque interdisciplinar entre ambos, valendo-se, por óbvio, do auxílio de todas as demais áreas do saber necessárias para a compreensão dos fenômenos analisados em cada caso. Essa rica perspectiva teria a capacidade de embasar posicionamentos jurídicos funcionais, enquanto “ferramentas para resolução de problemas concretos” (COUTINHO, 2013, p. 187), vocacionados a melhorar a qualidade de vida das pessoas por meio de ajustes institucionais.

Esse tipo de abordagem exige, especialmente do bacharel em direito, livrar-se de uma insistente tradição, excessivamente formalista, que marca a compreensão, o ensino e a prática do direito em nosso país, a qual transmite a compreensão do direito como sendo “um conjunto coerente de formas abstratas e autorreferenciadas” (CASTRO, 2012, p. 216), gerando, por consequência, estudos inócuos e conclusões impraticáveis, quase sempre dissociadas da realidade.

O abandono dessa excessiva tradição formalista se daria pela abertura interdisciplinar para efetiva compreensão dos fenômenos regulados pela ordem jurídica, com privilegiamento para a pesquisa empírica. Assim encarado, o direito seria menos conceitualista e mais pragmático (CASTRO, 2012), voltado a, de fato, enfrentar os problemas sociais que reclamam sua intervenção normativa, não se contentando com discussões com baixa capacidade explicativa, travadas exclusivamente num plano abstrato e distante do dever ser.

O enfrentamento do coronavírus apresenta-nos uma situação desafiadora, imprevisível, repleta de aspectos desconhecidos, com consequências ainda não vislumbradas, capaz de provocar mudanças significativa no conjunto de crenças refletidas em nossas instituições, com possível repercussão nos paradigmas atualmente vigentes. Carvalho (2020, p. 2) realça a potencialidade da COVID-19 reformular a “agenda de cooperação e convergência” que tem caracterizado o antitruste numa dimensão global. Trata-se, na verdade, de um verdadeiro “cisne negro”, na expressão cunhada por Taleb (2008), devidamente apropriada para realçar o nosso estágio de “desconhecimento sobre o desconhecido.”

Nos parágrafos que se seguem, propõe-se uma breve análise de como a crise da COVID-19 reúne atributos que permitem caracterizá-la como uma conjuntura crítica apta a ensejar mudanças institucionais. A discussão será travada tendo por pano de fundo a teoria da dependência, no âmbito da análise institucional, com um enfoque interdisciplinar entre direito e economia.

### **3. O enfrentamento da COVID-19 como momento propício a mudanças segundo a dinâmica concorrencial de longo prazo dos mercados**

De acordo com a teoria da dependência da trajetória (*path dependence*), reformas e mudanças nunca ocorrem sob uma *tabula rasa*, mas sim sob um contexto econômico, político e social que molda a evolução histórica de existência das instituições (PRADO & TREBILCOCK, 2009, p. 349).

Dada a concepção multifacetada do termo, o conceito de instituição que é utilizado ao longo deste texto coaduna-se com os trabalhos desenvolvidos por Douglass North (1991, p. 97), tendo o sentido amplo de abranger “*humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction*”, incluindo o conjunto de regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade) e também as restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) existentes em cada sociedade. Essa noção se mostra compatível com a utilizada por Rawls, referida na introdução, privilegiando um enfoque interdisciplinar de abordagem do tema que permita refletir sobre quais restrições impactam na estruturação política, econômica e social das interações humanas.

Nesse sentido, se presenciou ao longo de meses que as medidas de isolamento praticadas em todos os locais do mundo, enquanto estratégia de enfrentamento da pandemia do coronavírus, dificultaram e, em alguns casos mais extremos, impediram a realização das trocas em sua dinâmica presencial mais usual. O encontro físico de ofertantes e demandantes em diversos estabelecimentos foi interdito por imperativos de preservação da saúde pública, gerando uma das crises econômicas mais severas do capitalismo. Com particularidades em cada país e setor, em linhas gerais, somente algumas atividades, consideradas essenciais, como supermercados, padarias, farmácias, *pet shop* e assemelhados, tiveram autorização para continuar a funcionar com transações *in loco*, mas mesmo nesses últimos casos, com várias restrições e precauções sanitárias que impedem afirmar que continuaram a funcionar do mesmo modo antes da crise. Para a imensa maioria, restou como alternativa migrar ou intensificar os esforços de troca pelo meio virtual do *e-commerce*.

A migração para o meio virtual se deu, em geral, num curto intervalo de tempo, sem ensejar planejamento suficiente e condições pormenorizadas de adaptação das práticas à nova realidade imposta. Em poucos dias, a crise do coronavírus levou quase a totalidade da força de trabalho mundial associada ao segmento de educação ao trabalho remoto, por exemplo. Trata-se de uma verdadeira reação a um choque exógeno. Realidade semelhante ocorreu em diversos outros setores. Uma mudança dessa dimensão nas relações de trabalho provoca alterações não apenas nas trocas diretamente envolvidas na forma de prestação dos serviços, mas também em vários outros aspectos, como, por exemplo, na própria dinâmica de funcionamento das cidades, no fluxo do trânsito, de utilização dos serviços públicos e de espaços comuns. Repercute, ademais, em aspectos relacionados à saúde do trabalho. Ainda que não seja o objeto propriamente de discussão deste artigo, cabe destacar, numa perspectiva positiva, que o legado do coronavírus na ampliação da adoção do trabalho remoto pode ser um aumento da qualidade de vida para diversos trabalhadores. Domenico De Masi (2000) vem retratando esse tema há anos, destacando como muito tempo no dia útil das pessoas nas grandes cidades é perdido com o deslocamento entre residências distantes até o local de trabalho, podendo esse tempo ser poupado com o trabalho remoto e ser alocado em outras finalidades, como lazer, família e cultura, contribuindo para ganhos em outros aspectos da vida social.

As bruscas mudanças impostas pelo coronavírus também ocorreram na demanda, exigindo do consumidor a assimilação de novas experiências, as quais poderão vir a se tornar novos hábitos de consumo a depender de como as dinâmicas evoluirão. A Organização Mundial do Comércio destaca como o distanciamento social, *lockdowns* e outras medidas adotadas em resposta à pandemia da COVID-19 fizeram os consumidores “*ramp up online shopping, social media use, internet telephony and teleconferencing, and streaming of videos and films*” (WTO, 2020).

No comércio digital norte-americano, segundo estimativas iniciais, cerca de 75% dos consumidores que tiveram a primeira experiência de consumo digital pretendem continuar a fazer uso desse mecanismo quando a situação voltar à normalidade, segundo indica pesquisa de McKinsey (2020b).

No Brasil, a Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo (SBVC, 2020) apresentou estudo preliminar sobre comportamentos do consumidor nesse período e identificou que, dos 92% dos entrevistados que já realizaram com-

pras online, 8% fizeram sua primeira compra via *e-commerce* durante o período de quarentena, com incremento de 61% do volume de compra daqueles que já haviam comprado pelos meios digitais. Conclusões semelhantes são apresentadas pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABCCOM, 2020), sinalizando a ampliação da oferta de novas lojas virtuais entre os meses de março e maio deste ano e com registro de crescimento na comercialização de bens e serviços pelo *e-commerce*.

Sem minimizar os efeitos da crise para os mercados em geral, com fechamento de várias firmas e demissões em diversos setores, e repercussão, por óbvio, na retração do PIB dos países, a breve descrição fática sobre o incremento do comércio eletrônico, retratada em mudanças no comportamento do consumidor e das formas de se empreender como alternativas ao enfrentamento das medidas de isolamento, reúne atributos capazes de caracterizar a situação como uma conjuntura crítica (*critical juncture* — SKOCPOL & PIERSON, 2002), momento que favorece mudanças mais radicais no curso evolutivo das instituições, quando comparado a tempos normais.

Na literatura sobre *path dependence* (PIERSON, 2000), há diversos indicativos empíricos que demonstram como o contínuo reforço de um conjunto de arranjos, formais e informais, concebidos ao longo do tempo, caracterizando o chamado *self-reinforcing*, aumenta os custos de mudanças (*switching costs*) para as instituições, aprisionando-as (*locking-in*) nesses arranjos. De fato, devido a um conjunto de razões, as instituições costumam mudar de forma lenta e gradual, necessitando de incentivos para tanto, o que realça a importância de momentos críticos como o da pandemia da COVID-19 para alavancar alterações impactantes.

Prado & Trebilcock (2009) trazem rica revisão bibliográfica sobre a aplicação vasta que o conceito de *critical junctures* encerra na explicação histórica das instituições, o que também auxilia a compreender os diferentes estágios de desenvolvimento econômico de países e sociedades. Apesar de reconhecerem a inexistência de um sentido unívoco atribuível ao conceito, os autores realçam que sua noção exige a reunião da interação de efeitos decorrentes de distintas sequências causais que se juntariam em determinados momentos, realçando uma oportunidade crítica que possibilitaria a definição de novos arranjos institucionais em determinados caminhos ou trajetórias que, depois, também se tornarão difíceis de serem alterados no futuro. O processo de colo-

nização, por exemplo, bem retrata essa situação na trajetória de vários países, influenciando diversas estruturas de organização das antigas colônias.

Numa das obras clássicas das ciências sociais, Max Weber (2006) identificou na ética protestante um tipo ideal que contribuiu para o desenvolvimento qualitativo do capitalismo, em especial na disposição das pessoas em adotar “certos tipos de conduta racional prática”, o que poderia ser compreendido como um exemplo de aplicação da perspectiva institucionalista histórica ora discutida, sendo o modelo de “filiação religiosa” uma conjuntura crítica para compreensão de diferenciações entre economias ao redor do mundo.

Apesar de ser muito desafiador, *ex ante*, identificar quais fatos podem ser tratados como *critical juncture*, cabe destacar o impacto que o enfrentamento do coronavírus tem trazido para a sociedade global em geral. Em particular, chama atenção o abalo que foi provocado no conjunto de crenças e modos de atuação arraigados nas instituições, trazendo forte tendência de mudanças, em razão do incremento da digitalização de práticas, com o surgimento de novos aplicativos, desenvolvimentos de novas soluções, utilização de ferramentas alternativas, voltadas a substituir ou minimizar o contato físico entre pessoas, como formas de mitigar o risco de transmissão do vírus. Em comum, percebe-se um forte vetor de incremento do comércio eletrônico (*e-commerce*) e de espraiamento das plataformas digitais, acompanhados de práticas e mudanças que possibilitarão novos hábitos.

Douglass North (2005) destacara que um dos principais obstáculos à mudança se assenta justamente nesse conjunto “impermeável de crenças às mudanças”, seja porque as propostas caminham de forma contrária ao conjunto de crenças da instituição, seja porque as alterações ameaçam os líderes e empreendedores das organizações existentes. A velocidade de propagação do coronavírus sequer permitiu às empresas a escolha da adoção de práticas digitais. Muitas se viram obrigadas a tanto por imperativos de sobrevivência: ou adotavam esse caminho, ou restaria apenas o total fechamento das atividades enquanto durassem as medidas de restrição impostas pelo poder público. Ainda que não se possa prever como os mercados se comportarão após a superação das medidas mais bruscas de restrição, indicativos comportamentais de consumo na China têm apresentado padrões desiguais e variáveis por setor no antes e pós COVID-19, o que indica que seja provável que tenhamos um novo “normal” pela frente (MCKINSEY 2020a).

Ogburn (1922, p. 36) destacara que o *cultural lag* impede que a cultura, por meio de suas instituições e estruturas, acompanhe o ritmo de inovação tecnológica de uma sociedade. É preciso que haja o passar do tempo para que ocorra a assimilação de certas práticas que poderão, também com o transcurso do tempo, se transformar em hábitos culturais.

Sem desconsiderar que as práticas nos mercados se dão “imersas em sistemas concretos e contínuos de relações sociais” (GRANOVETTER, 1985), o que faz com que cada país ou sociedade confira particularidades locais aos arranjos de estruturação de seus mercados, vê-se que, tal como aqui postulado, o momento trazido pelo enfrentamento do coronavírus reúne características para ser tido como um momento favorável a mudanças com implicações globais e de longo prazo, o que também propicia situação adequada à inovação.

### 3.1 A inovação e a destruição criativa

O processo de inovação — tanto tecnológica como de práticas de governança das organizações — também costuma ser explicado pelo referencial da *path-dependence* e se beneficia de momentos disruptivos, como o vivenciado pela crise. Mazzucato (2015, p. 629) destaca que a inovação só pode ser compreendida como um longo processo cumulativo e fortemente *clustered (wave-like)*, atrelado a escolhas tomadas ao longo de um caminho incerto e fruto de produções coletivas, realçando a importância de momentos disruptivos, pois estes, inicialmente, rompem com o estado de equilíbrio inercial das organizações e das ideias e, depois, provocam mudanças que continuarão a ser sentidas com o passar do tempo.

Potts (2019) chama a atenção para o fato de que, na etapa gestacional do processo inovador — antes, portanto, de sua dimensão empresarial —, o cenário propício à inovação costuma ser aquele mais aberto possível, privilegiando arranjos formais e informais que propiciem a livre circulação das ideias que potencializarão a probabilidade de descobertas. Para o autor, nessa fase inicial o fenômeno é eminentemente coletivo e deveria receber o tratamento enquanto “*commons, an emergent, temporary institution that forms in the early phases of a new idea when uncertainty is highest with respect to the institutional form that innovation trajectory will best develop along*” (POTTS, 2019, p. 79).

O impedimento ao comércio físico tradicional por certo já gerou a maior crise sistêmica dos últimos anos. A gravidade e o impacto global da pandemia

podem ser sintetizados nas palavras do Secretário-Geral da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Sr. Angel Gurría: “*the coronavirus pandemic is causing large-scale loss of life and severe human suffering. It is a public health crisis without precedent in living memory, which is testing our collective capacity to respond*”. (OCDE, 2020b). O Banco Mundial estima a “mais profunda recessão global desde a Segunda Guerra Mundial” no porvir (WORLD BANK, 2020). Silveira (2020) destaca como a crise recolocará o debate sobre o papel do Estado na economia na pauta do dia, durante e após sua superação.

No Brasil, o CADE levou em conta a situação periclitante do pequeno e médio varejo atendido por Ambev, BRF, Coca-Cola, Mondelez, Nestlé e Pepsico, para anuir temporariamente com acordo proposto entre esses concorrentes, no âmbito do Projeto de Recuperação da Atividade de Pequenos Varejistas (*Small Trade Activity Recover* — “Projeto STAR”), que resultou no chamado “Movimento NÓS” (PROCESSO 08700.002396/2020-04), como forma de contribuir no enfrentamento dos efeitos da crise.

Não é possível fazer prognósticos de longo prazo para o pós COVID-19. Não sabemos ao certo como as instituições reagirão às mudanças provocadas por essa situação inesperada, com produção de efeitos ao redor do mundo. Logo após a tragédia de Chernobyl, em obra impactante, Beck (2010, p. 26) destacou como os riscos e ameaças da sociedade contemporânea se diferenciam daqueles vivenciados em outras épocas, por conta “da globalidade de seu alcance”, sem diferenciar classes ou fronteiras geográficas, além de serem dotados de um “efeito bumerangue”, que cedo ou tarde também alcança quem produziu ou lucrou com as situações sociais de ameaça.

A crise financeira de 2007-08 já havia se apresentado com nítidos contornos globais, dado o nível de integração das economias mundiais. Tooze (2018, p. 159) destacara que todos os 104 países para os quais a Organização Mundial de Comércio tinha informação sobre os mercados à época da crise *subprime* experimentaram quedas de importações e exportações durante o segundo semestre de 2008 e o primeiro semestre de 2009, envolvendo todos os tipos de bens transacionados.

Se, contudo, alguns aspectos menos tangíveis dos impactos gerados pela crise financeira exigiam algum esforço argumentativo para ressaltar sua dimensão global, as mortes causadas diretamente pelo coronavírus dissipam a necessidade de esforço semelhante no caso da pandemia e escancaram seu

impacto global. Por conta de todos esses efeitos globais, é razoável supor que o pós COVID-19 também provoque mudanças em consensos mais amplos, como a forma de compreensão do processo de globalização, com possível recrudescimento no controle de fronteiras, revisão de cadeias produtivas globais e o surgimento de outras políticas com maior influxo a vetores locais como resposta ao enfrentamento de situações indesejadas advindas da crise. A dificuldade enfrentada por diversos países para adquirir máscaras de proteção à COVID-19, mundialmente produzidas na China e nos países asiáticos, retrata, por exemplo, esse possível cenário de descrença nos benefícios da globalização, tal como suscitado por Jenny (2020, p. 5).

Mas a despeito de diversos impactos desastrosos provocados pela crise, é justamente por também trazer oportunidades para a promoção de mudanças de longo prazo, especialmente em razão de suscitar a dimensão reforçada de abalo no conjunto de crenças até então assentado, que o momento atual e o porvir se mostram tão oportunos para a reflexão sobre o surgimento de mudanças institucionais e como o ordenamento jurídico deverá lidar com tudo isso.

E, como destacam Skocpol & Pierson (2002, p. 698), os momentos que se sucedem às crises são cruciais, visto que *“path dependent processes can be highly influenced by relatively modest perturbations at early stages. Once actors have ventured far down a particular path, however, they are likely to find it very difficult to reverse course”*.

Novas práticas, acompanhadas da potencialização de outras que já estavam em curso, como a digitalização e a virtualização, poderão se apresentar como legado de longo prazo do enfrentamento da COVID-19, sendo reflexo daquilo que Schumpeter (2017) chamara de “destruição criativa”. Há um momento propício ao surgimento de inovações capazes de minimizar o contato físico entre as pessoas, objetos e serviços, com a consequente criação e diversificação de meios de pagamento e dos arranjos em geral no processo de interação entre oferta e demanda que poderão revolucionar a estruturação de diversos mercados. Mann (2020, p. 181) destaca como, além do evidente apelo pela substituição do uso do dinheiro em espécie em favor de cartões, o vírus também estimula o desenvolvimento do ambiente de meios de pagamentos sem contato, como *“phone-based transactions that are wholly contactless”*.

Na dimensão explicativa de funcionamento dos mercados, Schumpeter (2017, p. 119) destacara que “o capitalismo é, por natureza, uma forma

ou método de transformação econômica e não só não é, como não pode ser estacionário”, realçando a necessidade de compreensão ampliada da dinâmica de seus fenômenos, com inserção de momentos de mudanças e desequilíbrio como atributos inerentes ao sistema.

Daí que, ao refutar os prognósticos autodestrutivos que Marx atribuiu ao capitalismo, Schumpeter (2017, p. 55) assinala a resiliência como característica fundamental de funcionamento do sistema, a qual, tomada num contexto de adaptação e inovação de práticas, catalisa a dinâmica competitiva que realmente o alimenta, já que “produtos e métodos novos não concorrem com os produtos e métodos antigos em termos de igualdade, mas como uma vantagem decisiva que pode significar a morte destes. É assim que se dá o progresso na sociedade capitalista.”

Numa dimensão mais alargada de compreensão dos mercados, constata-se que os ciclos e as crises fazem parte da história econômica do capitalismo. Keynes (1996, p. 299-300) já havia chamado a atenção para esse fato, prescrevendo um conjunto de práticas interventivas para correção de disfuncionalidades dos mercados, chegando, inclusive, a prever uma ousada estrutura de incentivos que impedisse momentos de depressão por meio de políticas capazes de estimular quadros de “quasi-boom” como situação ótima de regência dos mercados.

Além de transitórios, os equilíbrios de mercado se mostram instáveis e precários, como bem os retrata Maurice Dobb (1997, p. 384). Esses atributos restam potencializados em situações de crise e ficam mais evidentes aos empreendedores em geral, permitindo, portanto, situação privilegiada para a promoção de mudanças ao estimular reações que estabelecerão novos patamares de equilíbrio no longo prazo. Deve-se ter em conta que, uma vez tomada a decisão de empreender num determinado sentido, a firma passa a estar, em algum sentido, atrelada àquele caminho tomado, com investimentos feitos naquela direção, o que dificulta o retorno à mesma situação pré-crise.

É possível, portanto, que estejamos a vivenciar o surgimento de um novo ciclo. Decerto, precisaremos do aval do teste do tempo para constatação empírica de como os mercados se organizarão e a refutação ou confirmação dos prognósticos ora aventados. Ainda que não se possa, no presente momento, concluir pelo surgimento deste novo ciclo, algumas preocupações voltadas para o direito, em especial para o antitruste, já se mostram evidentes. A defesa da concorrência deve se preocupar com o movimento de intensificação de uso das platafor-

mas e da economia digital que ora se constata, visto que as mudanças cogitadas ocorrerão acompanhadas de uma tendência mais acentuada de concentração de mercados no curto e médio prazo, já que nem todas as empresas conseguirão passar pela onda schumpeteriana de transformação e deverão ser absorvidas por agentes maiores, mais capacitados para lidar com o momento turbulento.

Além disso, em razão das particularidades da dinâmica competitiva das plataformas digitais, que possui elementos que incentivam monopolizações de mercados, práticas unilaterais restritivas deverão se mostrar mais frequentes, já que, num primeiro momento, os incumbentes aumentarão seu poder de mercado em decorrência do aumento do volume de transações, com novos agentes e usuários fazendo uso das plataformas existentes, devendo restar asseguradas condições não discriminatórias em benefício da competição em transações que se mostrarão mais frequentes e com um impacto mais significativo na receita das empresas. Ademais, é bem provável que a situação de incerteza gerada pela crise também aumente a agressividade dos incumbentes na preservação de seus mercados, aumentando a probabilidade de práticas contrárias ao desenvolvimento de alternativas inovadoras às plataformas existentes.

A seguir, passam a ser discutidas brevemente algumas características das plataformas digitais no contexto da economia digital a fim de aclarar as preocupações ora enunciadas. Muitas delas já existiam antes da crise, mas restarão amplificadas no pós COVID-19.

#### **4. As plataformas digitais, a economia digital e a amplificação das preocupações antitruste**

As plataformas digitais têm sido os principais instrumentos viabilizadores da chamada economia digital. Caracterizam-se por permitir a reunião de diferentes tipos de agentes num determinado ambiente, facilitando a celebração das trocas, com a percepção de incremento de bem-estar por todos os envolvidos na transação (EVANS, 2016).

Essa sensação compartilhada de ganhos de utilidade decorre de externalidades positivas propiciadas pelas plataformas. No caso clássico da reserva de uma mesa de restaurante, tanto o consumidor que busca um local para jantar, como o dono do restaurante, ambos possuem interesses convergentes

num instrumento que facilite a realização da transação. A redução de custos de transação, como fila e tempo de espera, entre outros, justifica a criação de uma plataforma capaz de unir os interessados, com extração de ganhos de utilidade para ambos os lados de usuários e lucratividade ao desenvolvedor do ambiente transacional. Nisso reside, em essência, a lógica da *OpenTable*, uma das plataformas digitais pioneiras nos Estados Unidos, como retratam Evans & Schmalensee (2013, p. 5-6).

Ganhos de conveniência, comodidade e bem-estar ajudam a compreender a relevância das plataformas digitais no mundo contemporâneo. Evans (2016, p. 5) ressalta que a origem das plataformas é remota. Um shopping center pode ser assim compreendido ao propiciar um local onde lados diferentes se encontrarão (compradores de um lado e vendedores lojistas do outro) com o objetivo de permitir as transações. O mesmo pode ser estendido à lógica de compreensão de um jornal ou revista, onde se tem o lado dos anunciantes, o dos provedores de conteúdo e o dos leitores, todos eles reunidos no corpo do jornal ou da revista.

O que é propriamente novo na economia digital é o incremento que as novas tecnologias conferiram a esse modelo de negócio, o qual vem acompanhado de uma intensa velocidade no surgimento e desaparecimento de diversas plataformas, revolucionando não somente indústrias tradicionais, mas também aquelas relativamente novas (EVANS & SCHMALEENSE, 2016). As plataformas de streaming, por exemplo, conferiram nova feição ao mercado audiovisual e têm sido a principal fonte de receitas desse mercado. Segundo o Global Music Report (2020), o segmento de streaming representou 56,1% da receita total da indústria da música no mundo em 2019. Essa fonte deve ter sua participação aumentada no pós COVID-19, já que o segundo meio mais importante para a indústria é o físico, mais suscetível a sofrer os impactos decorrentes das restrições de contato.

Ragazzo (2019, p. 572) destaca como o surgimento e o sucesso de várias plataformas digitais vêm associados à certa mudança paradigmática trazida pela economia compartilhada (*sharing economies*), em que a centralidade do consumo teria migrado da propriedade para o uso, em decorrência de um apelo maior pelo uso eficiente dos recursos, gerando nova configuração de modelos de negócios da economia tradicional.

Além de perplexidades trazidas no fator temporal, a dimensão espaço é também impactada pelas práticas nesse meio, visto que, usualmente, as no-

ções e limites que caracterizam os conceitos físicos se mostram de pouca serventia nesse ambiente. As plataformas digitais dão origem à criação de verdadeiros ecossistemas próprios, que serão mais ou menos abertos, a depender de estratégias empresariais, das práticas observadas nos diversos lados, e, por óbvio, das complexidades decorrentes dos comportamentos dos usuários, com importância fundamental dos dados para o funcionamento do algoritmo, da inteligência artificial e todos os atributos tecnológicos envolvidos nesse espaço virtual (CHISHOLM & JUNG, 2015).

Tive oportunidade de assinalar, contudo, que algumas práticas não são propriamente novas no *e-commerce*, devendo merecer, por exemplo, a extensão de alguns direitos já assegurados pela nossa legislação aos usuários, como é o caso do direito de arrependimento previsto para compras a distância pelo Código de Defesa do Consumidor (SANTOS, 2017) e as preocupações com investidas mais agressivas contra segmentos mais vulneráveis, como crianças e idosos. Já outros aspectos do comércio eletrônico possuem contornos novos, como, por exemplo, a dimensão de proteção à privacidade das pessoas. Nossos dados constituem o principal ativo das plataformas digitais. E como bem destacara Harari (2020, p. 3), “hoje, pela primeira vez na história da humanidade, a tecnologia possibilita monitorar todo mundo o tempo inteiro” e não sabemos ao certo como nossos dados vêm sendo utilizados por essas plataformas no dia a dia das transações, seja antes, durante, ou no pós COVID-19, exigindo mecanismos específicos para protegê-los. No julgamento iniciado da ADI nº 5527 e da ADPF nº 403, o Supremo Tribunal Federal (STF, 2020) sinaliza a construção de uma nova dimensão de proteção aos direitos digitais ao reconhecê-los como direitos fundamentais, nos termos dos votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Edson Fachin.

Alguns mercados sofreram brusca alteração com as medidas de distanciamento e isolamento impostas para mitigar a propagação do coronavírus, com a consequente migração e intensificação das práticas para as plataformas digitais e o comércio eletrônico. Todo o segmento de educação, ao redor do mundo, por exemplo, precisou fazer uso de plataformas digitais nesse período para continuidade das atividades, o que gerou impactos e consequências de várias ordens, e continuará a gerar efeitos, como, por exemplo, a necessidade de se assegurar condições adequadas de acesso à internet para que todas as famílias possam fazer uso satisfatório dessas novas ferramentas. Relatório do

McKinsey (2020c) para o setor de educação aponta como a crise do coronavírus deve impactar a desigualdade existente nos Estados Unidos, cenário que não parece ser muito diferente do brasileiro neste particular.

Em termos gerais, segundo a OCDE (2017), as plataformas digitais podem ser classificadas entre transacionais e não transacionais, de acordo com os objetivos propostos por cada uma delas. As plataformas transacionais seriam aquelas que intermedeiam relações entre dois ou mais lados do mercado, como aplicativos de transporte, hospedagem e cartões de crédito. Já as não transacionais, como as redes sociais e as plataformas de buscas, possuiriam monetização voltada apenas a um dos lados, usualmente por meio da comercialização de espaço de publicidade. No outro lado, o objetivo seria voltado a atrair atenção e a utilização do meio pelo usuário.

Ainda que não se possa delimitar um conjunto obrigatório de atributos a todas as plataformas digitais, a concorrência nesse meio costuma apresentar (i) mercados de múltiplos lados, com estratégias de subsídios cruzados entre os lados envolvidos, tornando mais complexa a identificação dos mercados relevantes considerados; (ii) ofertas de preço zero a um dos lados da plataforma, sem aspectos monetários, mas com implicações na qualidade, inovação e escolha, o que pode ensejar novas modalidades de restrições competitivas, decorrentes, por exemplo, do design atribuído à plataforma com o privilegiamento de exposição de alguns agentes; (iii) efeitos de rede diretos e indiretos que interferem na dinâmica de competição, aumentando o poder de mercado da plataforma; (iv) densas economias de escala e de escopo, com intensiva utilização de dados (*big data*) e tecnologias capazes de ensejar novas condutas exclusionárias (via obtenção ou retenção de dados ou mesmo impedindo o acesso à plataforma de potenciais concorrentes), tudo isso em ambiente transfronteiriço que caracteriza o espaço virtual da internet.

Essa dinâmica ocorre com práticas, sob a perspectiva da oferta, que se voltam muito mais à conquista de um segmento de mercado como um todo (*winner takes all*) que propriamente à competição dentro do mercado. E, vista do lado da demanda, observam-se vários comportamentos enviesados decorrentes do uso de tecnologias que se apresentam, em muitos casos, como mecanismos de *lock in* e de altos custos de substituição, elevando as barreiras à competição.

Esse território novo, forjado pelas plataformas digitais, além de desafiar as noções compartilhadas de tempo e de espaço, traz novas práticas que sus-

citam dificuldades ao antitruste para aplicação de seu ferramental tradicional de análise. Relatório da Comissão Europeia (2019, p. 3-4) destaca a dificuldade de identificação dos mercados relevantes nas plataformas digitais, mas assinala que, mais importante que bem defini-los, seria a ênfase a ser reservada na caracterização da teoria do dano e na identificação das estratégias anticompetitivas diante de condutas lesivas à concorrência.

Assim, essas novas roupagens das práticas nas plataformas, o nível de concentração empresarial da economia digital, o tamanho e o processo que levou ao crescimento dessas empresas, especialmente se consideramos as *big five* (Apple, Amazon, Google [Alphabet], Facebook e Microsoft), têm trazido preocupações à comunidade antitruste ao redor do mundo, antes mesmo da pandemia do coronavírus eclodir. Hearn & Tepper (2018, p. 103) destacam como o voraz apetite de aquisições das grandes plataformas tem possivelmente alterado o comportamento das startups, já que:

between Google, Amazon, Apple, Facebook, and Microsoft, they have collectively bought over 436 companies and startups in the past 10 years, and regulators have not challenged any of them. In 2017 alone, they spent over \$31.6 billion on acquisitions. Most small companies now do not expect to succeed on their own and their only goal is the 'exit' to one of the big tech companies before they are crushed.

As preocupações mundiais do antitruste sobre as particularidades desse mercado podem ser sintetizadas no Memorando de Entendimento Comum das autoridades de defesa da concorrência dos países pertencentes ao G-7 (2019), no qual a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Itália), a *Autorité de la Concurrence* (França), a *Bundeskartellamt* (Alemanha), o *Competition Bureau* (Canadá), a *Competition and Markets Authority* (Reino Unido), a *Department of Justice and Federal Trade Commission* (Estados Unidos), o *Directorate General for Competition* (União Europeia), e a *Japan Fair Trade Commission* (Japão) reconhecem e expressam que:

*The digital economy has transformed the way many goods and services are produced and sold. Those changes have reshaped industries, generated investment and innovation, promoted transparency for consumers, created new business opportunities, and reduced the costs of goods and services throughout the economy. (...)*

*Along with its benefits, the digital economy also presents challenges for competition enforcers as they seek to maintain an environment that fosters innovation, supports robust competition and promotes consumer welfare. (...) The challenges of digital transformation require competition authorities to ensure that their specific tools, resources and skills for competition law enforcement are up-to-date.*

A crise do coronavírus deverá amplificar essas preocupações, pois diversas plataformas tiveram incremento de transações por seus canais durante a pandemia, com repercussão no aumento do valor de suas ações e incremento de poder de mercado, o que parece sinalizar certa “imunidade ao vírus”, como indicam alguns dados destacados pela CNBC (2020).

#### **4.1 A amplificação das preocupações concorrenciais nas plataformas digitais com a COVID-19**

Por mais desafiador que seja formular prognósticos, o processo de intensificação da utilização das plataformas digitais decorrente do coronavírus deve vir acompanhado de acentuação do movimento de concentração num primeiro momento na economia tradicional, sendo esperada a incorporação de empresas menores por outras maiores, pois nem todos conseguirão superar os efeitos da crise provocada. Esse processo já se encontra em curso.

Além da perda de receita verificada durante a crise, a migração de atividades para o *e-commerce* exigirá algum investimento em tecnologia e, mesmo nos casos em que esse investimento seja baixo, o uso das plataformas importará num custo adicional de remunerar o dono da plataforma nas transações realizadas nesse meio, o que resultará na percepção de aumento de preço para os consumidores. Diversos consumidores também perderam renda por conta da crise, e podem restar mais sensíveis a qualquer aumento de preço. É provável, portanto, que muitas empresas quebrem no curso desse caminho. Além disso, nem todas as empresas conseguirão assimilar as mudanças na alteração da dinâmica competitiva no meio digital.

Um dos aspectos da redução de custos de transação promovida pelas plataformas é justamente a concentração da oferta em um dos lados da plataforma. Essa facilidade se traduz na ampla visualização das condições de oferta pelos usuários. Se tomarmos o exemplo de uma plataforma de entrega

de refeições, um pequeno restaurante que tenha passado a ofertar seu cardápio nesse meio passará a concorrer numa dinâmica diversa daquela que havia no mercado geográfico associado à locação de seu estabelecimento físico. Se antes esse restaurante se beneficiava por uma clientela cativa que não estava disposta a se deslocar para se alimentar, no comércio eletrônico essa variável não necessariamente se mostrará relevante, já que agora o deslocamento se operará em sentido inverso, pois o consumidor passará a aguardar a chegada da refeição demandada. Ainda que o restaurante local tenha aumentado seus potenciais clientes, que passarão a ser, no limite, todos aqueles que tenham acesso ao cardápio disponibilizado na plataforma até certo raio, esse restaurante também passará a competir com diversos outros restaurantes listados na plataforma pelas preferências de consumo.

Nesse novo ambiente, a concorrência passa a ser orientada por elementos da chamada “economia da atenção” que, como bem destaca Frazão (2018, p. 642), depende da alocação de tempo e atenção das pessoas. Assim, o *layout* na forma de apresentação dos restaurantes, as políticas de descontos, de notificação e envio de cupons aos usuários, os destaques de visibilidade dos ofertantes, os custos de transporte para entrega, o tempo de entrega, a avaliação dos usuários e outros componentes decorrentes da própria plataforma, como efeitos gerados pelo algoritmo, passarão a ser variáveis que importarão nessa nova dinâmica de competição. É de esperar, portanto, que nem todos consigam se adaptar a essas mudanças.

Ocorre que as concentrações na economia tradicional não poderão ser justificadas apenas sob a rotulagem de consequências da crise, pois, no médio e longo prazo, essas operações dificultarão as condições de competição em diversos mercados, trazendo mais danos à sociedade do que os aparentes benefícios temporários da concentração. Nesse sentido, a OCDE (2020c) indica possível cenário de pressão pela extensão de aplicação da teoria da *failing firm defense*, mas recomenda manutenção do entendimento restritivo de aplicação do referencial, só justificável “*if an asset would inevitably exit the market, the merger may be more pro-competitive than just letting the target firm go bankrupt, despite the increased market power of the resulting entity, since no less anti-competitive alternative is available*”.

Nessa mesma direção, em tempos de crise e recessão, a ICN (2009, p. 5) adverte que relaxar a política de defesa da concorrência se apresenta historica-

mente como um meio ineficaz e até contraproducente para impulsionar a economia e incentivar o processo de retomada, devendo os formuladores de políticas restarem alertas diante de pedidos com esse teor. A recente Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, contudo, já indica a sinalização de flexibilização de algumas obrigações concernentes ao regime concorrencial no Brasil enquanto durar o estado de calamidade pública causado pela pandemia ao estabelecer disposições de suspensão temporária de aplicação da Lei nº 12.529/11 durante esse período (conforme art. 14 da Lei nº 14.010/20).

De todo modo, na economia digital, apesar da concentração ser mais comum, dado que as práticas usualmente se voltam para a conquista de um segmento de mercado como um todo (*winner takes all*), há um fator adicional de preocupação que é a intensificação da aquisição de startups por grandes companhias dominantes de tecnologia como resposta a uma percepção de incremento de ameaça competitiva.

Esse tipo de aquisição, usualmente retratada na literatura como *killer acquisition*, pode se tornar mais frequente, sendo extremamente prejudicial para concorrência e a inovação em geral, por minar o desenvolvimento de novas ferramentas e práticas criativas. Na aquisição desse tipo, o potencial criativo da empresa adquirida, essencialmente contido no seu corpo técnico e nos atributos intangíveis que caracterizam o processo de conhecimento, passa a ser canalizado para o desenvolvimento do *core business* da adquirente, reduzindo o escopo e as possibilidades da inovação para a sociedade em geral.

E, em muitos casos, essa operação sequer é passível de escrutínio pela autoridade antitruste, porque ocorre numa fase ainda incipiente de desenvolvimento da empresa adquirida, o que não permite satisfazer o limite mínimo de faturamento exigido pela legislação para ensejar a sua obrigatoriedade de notificação. No Brasil, o art. 88 da Lei nº 12.529/11, combinado com a Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, estipula limites de faturamento bruto ou volume de negócios no país de, no mínimo, 750 milhões por um dos grupos, e 75 milhões pelo outro, registrados no balanço anterior à operação, para que haja obrigatoriedade de notificação do ato de concentração junto ao CADE.

Além disso, é muito comum que a solução de tecnologia desenvolvida na operação não envolva aspectos monetários, o que torna o requisito do faturamento inócuo para dimensionar a potencialidade de impacto da operação.

O bilionário caso de aquisição do Whatsapp pelo Facebook bem retrata esse cenário, como assim destacam Glick & Ruetschlin (2019).

Sem o estabelecimento de parâmetros específicos de notificação de operações no mercado digital, as concentrações, cuja tendência é de intensificação, ocorrerão de forma mais acentuada sem sequer se permitir à autoridade antitruste a possibilidade de acompanhar esse processo. E, sem a notificação dos atos, o CADE não tem como exercer a competência de controle preventivo das condições de competição. A OCDE (2020a, p. 17) reforça a importância de criação de parâmetros específicos de notificação para esse mercado, especialmente ancorados em valores das transações, dada a necessidade de o controle da operação projetar olhar para frente sobre como os mercados deverão se comportar; desse modo, o critério *“can help identifying mergers that might lessen competition in the future, even if they do not necessarily pose competitive concerns at present”*.

A Lei nº 12.529/11 possui dispositivo que faculta ao CADE requerer a apresentação de ato de concentração que fora dispensado de notificação pelo critério do faturamento, no prazo de até um ano (§ 7º do art. 88). Trata-se, contudo, de dispositivo de difícil operacionalização para a economia digital, pois exigiria instrumentos sofisticados de monitoramento desse mercado desde estágios incipientes. Além da forte assimetria informacional, nem todo ato de concentração deve ser tratado como potencial aquisição predatória, o que torna mais dificultoso balizar a correta atuação do CADE para exigir a apresentação de certos atos e outros não. Parece ser mais apropriado que, mediante consulta pública e prévia oitiva do mercado, da academia, dos especialistas em tecnologia e a comunidade em geral, o CADE proponha a criação de regulamento próprio, com filtros específicos de notificação de atos de concentração para a economia digital, assegurando tratamento isonômico a esse mercado. Trata-se de solução que já contaria com autorização legislativa para tanto, nos termos do § 1º do art. 88 da Lei nº 12.529/11, podendo ser materializada em portaria interministerial subscrita conjuntamente pelos Ministros da Economia e da Justiça e Segurança Pública.

De todo modo, ainda que essas questões remanesçam em aberto no controle de estruturas, na seara das condutas, também em decorrência do incremento de poder de mercado de alguns *players*, deverão se tornar mais corriqueiras discussões sobre infrações à ordem econômica por atos unilaterais restritivos, dado o cenário de intensificação das transações nesse meio.

E, aqui, cabe inicialmente destacar que, não obstante o nível de excelência reconhecido na atuação do CADE, o órgão não conta com amplo histórico institucional de enfrentamento de discussões sobre práticas de fechamento de mercado decorrentes de conduta unilateral. No relatório da OCDE (2019, p. 85-86), produzido para subsidiar o pedido de adesão do Brasil como membro permanente daquela instituição, é destacado que

desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas. (...) Para além das limitações de recurso, também tem faltado no Cade a expertise analítica necessária para conduzir a rigorosa análise quantitativa exigida em casos complexos de conduta unilateral.

Deve o órgão, portanto, redobrar seus cuidados ao lidar com o tema.

Dentre outras questões, merece destacar como será exercido o poder de autorregulação detido pelas próprias plataformas, especialmente o poder de excluir (*bouncer's right*) participantes sob a justificativa de descumprimento do conjunto de regras estabelecido pela própria plataforma digital para reger a participação naquele ecossistema (EVANS, 2019). Ainda que esse direito seja um desdobramento do direito de propriedade detido pela plataforma, por certo que a exclusão não poderá se mostrar desarrazoada ou desproporcional, visto que, em algumas hipóteses, tal agir poderá colidir com preceitos concorrenciais, especialmente considerando situação em que a plataforma se apresente dotada de *bottleneck power* (KIMMELMAN, 2019) e as justificativas para exclusão se mostrem excessivas em face dos prejuízos gerados à competição. Algumas dessas condutas poderão ensejar novas hipóteses caracterizadoras de fechamento indevido de mercados ou de discriminação injustificada, e a análise, para se mostrar aderente ao art. 36 da Lei nº 12.529/11, deverá se importar mais com os potenciais efeitos das condutas e menos com as justificativas motivadoras das exclusões.

E muito disso tudo se deve porque a caracterização do coronavírus como uma conjuntura crítica favorável às mudanças e, portanto, de incremento ao processo de inovação, contribuirá para aumentar a sensação de ameaça de perda de mercado pelos incumbentes, ensejando comportamentos mais agressivos para preservação de nichos de mercado, os quais poderão transbordar a arena da disputa saudável que a competição pressupõe.

Nesse contexto, práticas exclusionárias poderão se apresentar mais sofisticadas, muitas delas se valendo de aspectos da própria inovação para excluir rivais, e não necessariamente para melhorar a qualidade dos bens e serviços ofertados. Schrepel (2018, p. 22) adverte para a necessidade de o antitruste incorporar a noção de “inovação predatória” nos mercados tecnológicos, consistente num conjunto de práticas que, “sob a aparência de inovação real, são estratégias anticompetitivas alimentadas para eliminar competição sem beneficiar os consumidores.”

Tim Wu (2012, p. 4) chama a atenção para a variável de que o preço da exclusão de rivais tem um papel determinante no processo de inovação. Se o preço para excluir um concorrente for baixo, é bem provável que o processo de inovação caminhe em desenvolver técnicas voltadas para tanto, já que inovação e exclusão são respostas alternativas à competição atual ou futura nesses mercados.

Ao perceber que a dinâmica competitiva de uso de uma determinada plataforma está alterando os *payoffs* e beneficiando certos agentes que representam alguma ameaça, a plataforma poderá, por exemplo, modificar sua política de uso, valendo-se, para tanto, de técnicas aparentemente inovativas. Nesse caso hipotético, inovações orientadas para dificultar a participação ou excluir agentes do mercado, e não para melhorar produtos e serviços, podem emergir. Por mais difícil que seja o escrutínio sobre as características de uma inovação, não se pode admitir, aprioristicamente, que toda prática inovativa mereça proteção pela ordem jurídica. Práticas de *pay-for-delay agreements*, apesar de possuírem intuito voltado à proteção da inovação, podem ser danosas à sociedade em certos casos, como já tive oportunidade de realçar (SANTOS, 2019).

Quando o CADE teve oportunidade de lidar com temática semelhante, no recente caso “Google Shopping” (CADE — Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94), o colegiado do Tribunal restou dividido e coube ao presidente do órgão fazer uso do voto de minerva para desempatar o resultado e assentar o entendimento prevalecente de que o Google não praticou infração à ordem econômica no design atribuído à sua plataforma ao criar a plataforma temática “Google Shopping”, isentando a empresa, ao mesmo, da acusação de discriminação indevida por recusa de disponibilização de anúncios com fotos às plataformas rivais comparadoras de preços, ambas as condutas avaliadas no julgamento do processo.

Nesse precedente, o bloco dos votos que concluiu pela ocorrência de infração, inaugurado a partir do voto divergente proferido pelo Conselhei-

ro Paulo Burnier, identificou a presença de abuso de poder de alavancagem detido pelo Google, com transposição indevida do poder detido no mercado de buscas em geral para o mercado relevante de buscas temáticas, entendendo que a mudança de design implementada pela plataforma se caracterizou como prática inovativa lesiva à concorrência.

Apesar de se mostrar extremamente desafiadora, a tomada de decisão em mercados dinâmicos, em especial o receio de não incorrer em erro do Tipo I (intervenção errônea — falso positivo), ou abdicar de uma necessária intervenção antitruste capaz de corrigir abusos do agente dominante, o que ensejaria erro de Tipo II (ausência de intervenção necessária — falso negativo), é de esperar que esse tipo de discussão se torne mais frequente com a intensificação do uso das plataformas digitais no pós COVID-19, e que o CADE, aliado às boas práticas de outros órgãos de defesa da concorrência pelo mundo, tenha a sabedoria necessária para não prejudicar os melhores arranjos de equilíbrio dos mercados.

Caminhando para a conclusão deste artigo, vale rememorar que os entendimentos externados sobre a repressão ou não de condutas unilaterais, especialmente as mais agressivas, revelam a concepção que a autoridade de defesa da concorrência tem sobre os quadrantes que caracterizaram um processo competitivo justo (VERÍSSIMO, 2015, p. 348), permitindo, assim, a reflexão proposta por Rawls no início deste texto.

Kenneth Arrow (1962), há algumas décadas, já assinalava que um monopolista usualmente tem pouco a ganhar com a inovação que consideráramos atualmente com caráter disruptivo, pois ele já domina o mercado. As mudanças trazidas pelo coronavírus podem impactar vários arranjos de mercado. Além de particularidades inerentes ao processo de inovação, as formas e o tipo de transformação que resultarão desse momento dependerão da definição de quais práticas se mostrarão legítimas, segundo os entendimentos jurídicos sobre a matéria. Não se trata apenas de um processo natural de *survival of the fittest* (MAZZUCATO, 2013, p. 852), mas da combinação de elementos heterogêneos, cambiáveis e complexos que caracterizam as práticas nos mercados, tendo a ordem jurídica papel fundamental na definição dos resultados.

## **Conclusão**

As mudanças levam tempo para ocorrer. São gradativas e dependem de um amplo contexto social, econômico e político para vingarem, sendo cambiáveis conforme as complexas interações havidas entre instituições formais e informais ao longo do tempo, nos diversos mercados e países. Momentos de instabilidade, como as crises, representam cenários propícios para ensejá-las, pois, no fundo, as crises desestabilizam os entendimentos consolidados. Os impactos provocados pelo coronavírus já causaram diversas mudanças na dinâmica dos mercados e provavelmente continuarão a provocar outras tantas.

A intensificação do comércio eletrônico e da utilização de plataformas digitais são dimensões visíveis das mudanças trazidas pela crise da COVID-19 na estruturação de diversos mercados e no esforço de adaptação diante do choque impactante da nova realidade. São também resultados que revelam as características resilientes do capitalismo de longo prazo. Outras mudanças restarão mais evidentes com o passar do tempo e algumas poderão, inclusive, atingir camadas mais profundas, alterando o conjunto de crenças e paradigmas até então vigentes. Como as instituições reagirão às bruscas mudanças impostas pelo enfrentamento da crise se apresenta, portanto, como uma importante agenda de pesquisa, devendo-se levar em conta que as decisões tomadas nesse processo tenderão a repercutir no futuro das estruturas e das práticas dos mercados.

O direito tem papel relevantíssimo na conformação dos mercados. Para o antitruste, as plataformas digitais já traziam imensos desafios antes mesmo do surgimento do coronavírus. Relatório do George J. Stigler Center (2019, p. 4), coordenado por Fiona Scott Morton, concluía, antes do mundo virar de ponta cabeça com o surgimento da COVID-19, que as plataformas digitais impunham ao antitruste a missão de construção de novas análises e a necessidade de regulação específica desse novo ambiente, como formas de lidar com o que é descrito como “cenário único de combinação de forças econômicas”.

As preocupações do antitruste com a economia digital deverão ser redobradas a partir da crise do coronavírus. Dentre os diversos desafios que a crise suscita, para que os arranjos estruturantes de nossos mercados se mostrem justos, o antitruste deverá se atentar com possíveis comportamentos mais agressivos dos incumbentes, os quais tenderão a se tornar mais frequentes, tanto na intensificação de atos de concentração, com possíveis estratégias de

*killer acquisition*, como também diante de práticas unilaterais restritivas, com potenciais efeitos de fechamento de mercados e discriminações injustificadas. Tais práticas deverão aumentar em decorrência do incremento do poder de mercado de certas plataformas e como fruto de respostas estratégicas para preservação de mercados já conquistados.

Especificamente em relação ao CADE, mostra-se urgente a necessidade de criação de filtros específicos para possibilitar a notificação dos atos de concentração na economia digital, além do reforço de análise nos casos que envolvam discussão de práticas restritivas unilaterais pelas plataformas digitais.

Passada a tormenta, resta a esperança de que o momento se mostrará oportuno para o surgimento de novas plataformas e funcionalidades alternativas, que poderão desafiar as condições atuais em diversos mercados. Para que a sociedade se beneficie, de forma geral, dessa janela de oportunidades também trazida pela crise, deverão restar preservadas condições reais de contestabilidade e de livre entrada de novos agentes, tal como assegura o direito de livre exploração dos mercados, expressamente assegurado pelo art. 5º, XIII e reforçado no parágrafo único do art. 170 da CF/88.

## **Referências:**

ARROW, K. J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. *In: The rate and direction of economic activities: economic and social factors*, 609. Richard Nelson ed., 1962.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO — ABCCOM. **E-commerce de produtos e serviços durante a pandemia da COVID-19**. Maio de 2020. Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/ecommerce-coronavirus/>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BECK, U. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. Obra originalmente publicada em 1986, em Frankfurt.

CARVALHO, V. M. **Convergence in the time of cholera**: what lies ahead for the international antitrust agenda. Competition Policy International – CPI. Maio de 2020. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/convergence-in-the-time-of-cholera-what-lies-ahead-for-the-international-antitrust-agenda/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CASTRO, M. F. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHISHOLM, A.; JUNG, N. **Platform regulation** — ex-ante versus ex-post intervention: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges of the digital economy. 11 (1), 2015. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Platform-regulation.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — CADE. **Processo nº 08700.002396/2020-04**. Interessados: Ambev S.A., BRF S.A., Coca-Cola Indústrias Ltda., Mondelez Brasil Ltda., Nestlé Brasil Ltda. e Pepsico do Brasil Ltda. Homologa o Despacho nº 529/2020 (0757563) da Superintendência-Geral do CADE. Sessão Extraordinária de Julgamento de 28 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. O Plenário, por maioria, determinou o arquivamento do processo nos termos do voto do Conselheiro Relator. O Presidente do Cade fez uso do voto de qualidade previsto no artigo 135 do Regimento Interno do Cade. Vencidos os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira, João Paulo de Resende e Paula Azevedo que votaram pela condenação. Sessão de Julgamento de 26/06/2019.

CONSUMER NEWS AND BUSINESS CHANNEL — CNBC. **Big Tech's earnings prove it's immune to the coronavirus**. 4 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2020/05/04/big-techs-earnings-prove-its-immune-to-the-coronavirus.html>. Acesso em 10 jun. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Competition policy for digital area**. 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo e Rio de Janeiro: Editoras Unesp e Fiocruz, 2013, p. 181-200.

DE MASI, D. **O ócio criativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DOBB, M. **A evolução do capitalismo**. 9. ed., Rio de Janeiro: LTC, 1987.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. **The antitrust analysis of multi-sided platform businesses**. National Bureau Of Economic Research. MA, Cambridge, 2013.

\_\_\_\_\_. **Matchmakers: the new economics of multisided platforms**. Boston, MA: Harvard Business School Press, 2016.

EVANS, D. S. **Multisided platforms, dynamic competition and the assesment of market power for internet-based firms**. University of Chicago Law School, 2016.

\_\_\_\_\_. **Detering bad behavior on digital platforms**. Setembro, 2019.

FRAZÃO, A. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: **Direito, tecnologia e inovação**. PARENTONI, Leonardo (coord.). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 635-669.

**G-7. Memorando de Entendimento Comum das autoridades de defesa da concorrência dos países pertencentes ao G-7**. Junho de 2019. Disponível

em: [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/g7\\_common\\_understanding.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/g7_common_understanding.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

GEORGE J. STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. **Committee for the Study of Digital Platforms**. MORTON, F. S. (coord). Report. Maio de 2019.

GLICK, M.; RUETSCHLIN, C. Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine. The Case of Facebook. **Working Paper nº 104**. Outubro de 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.36687/inetwp104>. Acesso em: 15 maio 2020.

GLOBAL MUSIC REPORT. **Annual state of the industry – 2019**. Disponível em: <https://www.ifpi.org>. Acesso em: 20 maio 2020.

GRANOVETTER, M. **Ação econômica e estrutura social**: o problema da imersão. RAE-EAESP-FGV, v. 6, n.1. jan-jun/2007.

HARARI, Y. N. The world after coronavirus. **Financial Times**. 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/stream/el65f998-8465-31d4-9d19-f9064f8c3f69>. Acesso em: 10 abr. 2020.

HEARN, D.; TEPPER, J. **The myth of capitalism**: monopolies and the death of competition. Wiley, 2018.

HOVENKAMP, H. Schumpeterian competition and antitrust. **University of Iowa Legal Studies Research Paper Number 08-43**. October, 2008.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN. **The case for competition policy in difficult economic times**. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wpcontent/uploads/2018/07/ICNSGCase4competition.pdf>. Outubro de 2009. Acesso em: 10 jun. 2020.

JENNY, F. **Economic resilience, globalization and market governance: facing the COVID-19 test.** 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3563076](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3563076). Acesso em: 10 jun. 2020.

KEYNES, J. M. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KIMMELMAN, G. **Syncing antitrust and regulatory policies to boost competition in the digital market.** 28 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.cigionline.org/articles/syncing-antitrust-and-regulatory-policies-boost-competition-digital-market>. Acesso em: 10 jun. 2020.

LEAL, F. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? *In: Direito e economia: diálogos.* PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina P. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2019, p.85-113.

MANN, R. **Driver for Contactless Payments.** *In: Law in the Time of COVID-19.* PISTHOR, Katharina (Org). Columbia Law School, 2020, p.175-182.

MAZZUCATO, M. **Financing innovation:** creative destruction vs. destructive creation. In: *Industrial and corporate change*, Vol. 22, nº 4, 2013. Oxford Univ. press. p.851-867.

\_\_\_\_\_. **Innovation systems:** from fixing market failure to creating markets. *Revista do Serviço Público.* Brasília 66 (4). 627-640, out/dez 2015.

MCKINSEY. **The COVID-19 recovery will be digital: a plan for the first 90 days.** 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/the-covid-19-recovery-will-be-digital-a-plan-for-the-first-90-days>. Acesso em: 20 maio 2020. 2020<sup>a</sup>.

\_\_\_\_\_. **COVID-19 US digital sentiment survey**. 29 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/marketing-and-sales/our-insights/survey-us-consumer-sentiment-during-the-coronavirus-crisis>. Acesso em: 10 jun. 2020. 2020b.

\_\_\_\_\_. **COVID-19 and student learning in the United States: the hurt could last a lifetime**. 1º de junho de 2020. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-sector/our-insights/covid-19-and-student-learning-in-the-united-states-the-hurt-could-last-a-lifetime>. Acesso em: 10 jun. 2020. 2020c.

PRADO, M.; TREBILCOCK, M. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. **The University of Toronto Law Journal**. Vol. 59, Nº 3, 2009, pp. 341-379.

NORTH, D. **Institutional change and economic performance**, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

\_\_\_\_\_. **Institutions**. Journal of Economic Perspectives- Volume 5, Number 1-Winter 1991, p.97-112.

\_\_\_\_\_. **Understanding the process of economic change**. Princeton University Press, 2005.

OGBURN, W. F. **Social change with respect to culture and original nature**. New York: B. W. Huebsch, 1922.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Market definition in multi-sided markets**. 2017.

\_\_\_\_\_. **Revisão por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência: Brasil**. 2019. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Merger control in dynamic markets.** 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/merger-control-in-dynamic-markets-2020.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Tackling the coronavirus (COVID-19):** contributing to a global effort. Disponível em: [www.oecd.org/coronavirus/](http://www.oecd.org/coronavirus/). Acesso em 13 maio 2020. 2020b.

\_\_\_\_\_. **Merger control in the time of COVID-19.** 25 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020. 2020c.

PIERSON, P. **Increasing returns, path dependence, and the study of politics.** 2000. *American Political Science Review*, 94(2), 251-267. doi:10.2307/2586011.

POTTS, J. **Innovations commons: the origin of economic growth.** Oxford, 2019.

RAGAZZO, C. **O direito e a economia do compartilhamento.** In: **Direito e economia: diálogos.** PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina P. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2019, p.571-597.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça.** Trad.: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROBBINS, L. **An essay on the nature and significance of economic science.** 1932, New York: New York University Press.

SANTOS, H. C. O sistema capitalista de produção e a intervenção direta do poder público no mercado — o caso da SAB. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE.** Belo Horizonte, Ano 11, n. 42, Abr/Jun 2013.

\_\_\_\_\_. A proteção ao consumidor em tempos contemporâneos: novos e velhos dilemas trazidos pela contratação por meios eletrônicos. **Revista de Direito do Consumidor** – RT, v. 113, p. 335-375, 2017.

\_\_\_\_\_. Preços excessivos e a prática de pay-for-delay agreements no mercado farmacêutico: a aplicação do antitruste em mercados intensivos em inovação. *In*: ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Paulo Burnier da. (Org.). **Comércio Internacional e Concorrência** - Desafios e perspectivas atuais. Brasília: Universidade de Brasília, V.II, 2019.

SCHREPEL, T. **Predatory innovation: the definite need for legal recognition**. SMU Science and Technology Law Review, 2018.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad: Luiz Antônio de Oliveira Araújo. São Paulo: Unesp, 2017. Obra originariamente publicada em Londres em 1942 e em 1943 nos Estados Unidos.

SILVEIRA, P. B. **Coronavírus e direito econômico**: reflexões sobre desafios e perspectivas. Março de 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/20/coronavirus-direito-economico-reflexoes/> Acesso em: 13 abr. 2020.

SKOCPOL, T.; PIERSON, P. **Historical institutionalism in contemporary political science**. *In*: Katznelson I, Milner HV Political Science: state of the Discipline. New York: W.W. Norton; 2002. pp. 693-721.

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e a causas da riqueza das nações**. São Paulo: Hemus, 2008.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO — SBVC. **Novos hábitos digitais em tempos de COVID-19**. Disponível em: <http://sbvc.com.br/novos-habitos-digitais-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em: 18 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5527**. Relatora: Min. Rosa Weber. Decisão de julgamento do dia 28/05/2020: Após o voto do Ministro Edson Fachin, que acompanhava a Ministra Rosa Weber (Relatora), mas declarava a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do inciso II do art. 7º e do inciso III do art. 12 da Lei nº 12.965/2014, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403**. Relator: Min. Edson Fachin. Decisão de julgamento do dia 28/05/2020: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que julgava procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tanto do inciso II do art. 7º, quanto do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014, de modo a afastar qualquer interpretação do dispositivo que autorize ordem judicial que exija acesso excepcional a conteúdo de mensagem criptografada ponta-a-ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da internet; e do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Ministro Relator, mas dava interpretação conforme à Constituição a esses dispositivos, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TALEB, N. N. **A lógica do cisne negro** — O impacto do altamente improvável. Gerenciando o desconhecido. Trad: Marcelo Schild. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008.

TOOZE, A. **Crashed** — How a decade of financial crises changed the world. New York: Penguin, 2018.

VERÍSSIMO, M. P. **As condutas unilaterais e o mecanismo de consultas administrativas ao CADE**. In: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. CARVALHO, Vinicius Marques de (org.) São Paulo: Singular, 2015.

WEBER, M. **Economia e sociedade** — Volume I. Brasília: UnB, 1995.

\_\_\_\_\_. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

WORLD BANK. **Global economic prospects**. Junho de 2020. Disponível em <https://www.worldbank.org/pt/publication/global-economic-prospects>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. **E-commerce, trade and the COVID-19 pandemic**. Maio, 2020. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/ecommerce\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/ecommerce_report_e.pdf). Acesso em: 10 jun. 2020.

WU, T. **Hearing on digital economy**. 2012, OECD.



## **Capítulo 7. *Direito do trabalho de crise ou emergencial: o novo normal?***

*Janaína Vieira de Castro*

### **1. Introdução**

Dada a complexidade dos fenômenos jurídicos sociais e suas consequências, os intérpretes do direito, cada vez mais, se socorrem de ferramentas analíticas interdisciplinares para melhor compreender tais fenômenos. A ferramenta adotada como instrumento de análise nesse trabalho é a análise econômica do direito (AED), que tem como objetivo compreender os fenômenos jurídicos e sociais à luz das ferramentas econômicas. A economia será, portanto, utilizada como método de investigação aplicado ao problema. Com suporte na AED, pretende-se compreender, explicar e prever implicações fáticas do problema estudado no ordenamento jurídico, bem como a racionalidade do próprio ordenamento jurídico (PORTO, 2019).

A AED se caracteriza pela aplicação do conceito de eficiência das normas legais: “O Direito prescreve e regula o comportamento dos indivíduos e a economia estuda e infere como os indivíduos desenvolvem o processo decisório e como decidem diante de circunstâncias de escassez de recursos” (PORTO, 2019).

A tomada de decisão dos agentes econômicos é baseada naquilo que vai acontecer após a sua tomada de decisão, e não nas causas que levaram à necessidade de tomada de decisão, tudo de acordo com as preferências do agente e com as informações disponíveis, no momento da avaliação, visando sempre o seu bem-estar. O processo decisório é puramente consequencialista e está intrinsecamente relacionado à avaliação do custo benefício.

As preferências serão exercidas dentro de um contexto que se traduzirá no nível de bem-estar de cada agente. “O bem estar individual é medido pela utilidade que o agente retira de sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou” (PORTO, 2019). Não obstante, o conceito econômico de utilidade é abrangente e, na prática, não é possível aferir, objetivamente, a medida da utilidade, nem o nível de satisfação do agente.

Pode-se pensar na utilidade como algo concreto: bens materiais ou dinheiro, por exemplo, ou algo abstrato, tal como altruísmo, amor ou alegria (PORTO 2019). O bem-estar social, por sua vez, é representado pela composição do bem-estar dos indivíduos.

Para a AED, o direito deve promover a eficiência, contribuir para melhorar o bem-estar social e não deve ser utilizado para corrigir aspectos distributivos ou de desigualdade social, porque existem outros mecanismos para tanto, tais como as políticas orçamentárias e fiscais.

A AED busca a utilização do critério da eficiência na avaliação das normas e preceitos legais, sempre objetivando o uso eficiente dos recursos. A dicotomia entre a noção de justiça em termos de análise econômica do direito e a noção de eficiência é crucial para ela.

Esses conceitos serviram como referencial teórico para a AED das MPs editadas pelo governo federal para tratar da preservação do emprego e da renda e do enfrentamento do estado de calamidade. São elas:

(i) MP 927/20, que dispõe sobre as medidas trabalhistas que podem ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020 e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Em especial, a MP 927 prevê que, durante o estado de calamidade pública, empregado e empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição<sup>1</sup>;

(ii) MP 936/20<sup>2</sup>, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências, a qual prevê novas regras para reduções temporárias de jornada e salário e para a suspensão temporária dos contratos de trabalho, seguidas de períodos de estabilidade e

1 A MP não foi convertida em lei e sua vigência foi, portanto, encerrada.

2 MP convertida em lei (Lei nº 14.020/2020)

atreladas ao pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm), cujo valor é calculado como base no montante que o trabalhador teria direito a receber como parcela do Seguro-Desemprego; e

(iii) MP 944/20<sup>3</sup>, que trata das linhas de crédito concedidas no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, destinadas a cobrir as despesas de folha de pagamento. Em contrapartida, as empresas beneficiárias não poderão dispensar seus empregados imotivadamente, pelo período de 60 dias, após o recebimento da última parcela da linha de crédito.

A problemática que se coloca é a seguinte: tais medidas são de fato eficientes? Eficientes ou não, elas contribuem para melhorar o bem-estar social? E o que dizer sobre as decisões do STF em relação às MPs 927/20 e 936/20?

Estabelecido o problema, passa-se à hipótese de pesquisa. Tais medidas não se mostram eficientes, nem melhoram o bem-estar social. E mais: acredita-se que as práticas flexibilizadoras instituídas por tais MPs tendem a se perpetuar no tempo, constituindo mais uma onda de flexibilização do direito do trabalho. Outra hipótese é que o STF, por intermédio das decisões que autorizaram a celebração de acordos individuais para redução de salário ou suspensão do contrato de trabalho, sem a participação dos sindicatos, dá indícios de que ratifica a existência de um direito do trabalho dito emergencial ou de crise.

Para analisar essas hipóteses, o conteúdo de cada uma dessas MPs será analisado, a seguir, à luz da AED. Dadas as limitações deste trabalho e também por opção da autora, o conteúdo das MPs não será esgotado. A critério da autora, apenas alguns pontos das MPs serão comentados para fundamentar a conclusão.

## **2. AED das MPs**

A MP 927/20 dispõe sobre o teletrabalho, antecipação de férias e de feriadões, banco de horas, concessão de férias coletivas, diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), dentre outros temas. O ponto mais controvertido da MP diz respeito à possibilidade de empregado e empregador, durante o estado de calamidade pública, celebrarem acordo individual escrito a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, o

---

3 MP convertida em lei (Lei nº 14.043/2020).

qual prevalecerá sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição Federal (CF).

Ao se exigir que sejam respeitados os limites constitucionais, a MP reconhece a importância do artigo 7º da CF, do qual decorrem os princípios da proteção e da norma mais favorável. No entanto, ao privilegiar o acordo individual entre empregado e empregador, em detrimento das leis e instrumentos coletivos de negociação, está em desacordo com o caput do artigo 444 da CLT, segundo o qual as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos (acordos coletivos e convenções coletivas) que lhes sejam aplicáveis.

A par disso, a MP 927/20 também não se harmoniza com o artigo 4º da Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (Decreto 10.088/2019), de acordo com o qual devem ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

Não obstante, no julgamento de medida liminar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas contra a MP 927/20<sup>4</sup>, o STF entendeu que empregado (embora tenha sido utilizado o termo “prestador de serviço”, cujo conceito é completamente diverso) e empregador estão em pé de igualdade para negociar os termos e condições do contrato de trabalho durante o período da pandemia. Tudo em nome da preservação do emprego. É nesse sentido que aponta o trecho da decisão monocrática em questão, proferida em caráter liminar nas ADI, que nesse ponto foi referendada pelo Pleno do STF:

O preceito sobrepõe o acordo individual a possíveis instrumentos normativos e remete aos limites revelados na Constituição Federal. A liberdade do prestador dos serviços, especialmente em época de crise,

---

4 As ações foram ajuizadas pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), pela Rede Sustentabilidade (ADI 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346), pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 6348), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) conjuntamente (ADI 6349), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354).

quando a fonte do próprio sustento sofre risco, há de ser preservada, desde que não implique, como consta na cláusula final do artigo, a colocação em segundo plano de garantia constitucional. É certo que o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal, pedagogicamente, versa o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, quando então se tem, relativamente a convenções, ajuste formalizado por sindicato profissional e econômico e, no tocante a acordo coletivo, participação de sindicato profissional e empresa. O preceito não coloca em segundo plano a vontade do trabalhador. Sugere, isso sim, que o instrumento coletivo há de respeitar, há de ser formalizado em sentido harmônico com os respectivos interesses. Descabe, no que ficou prevista a preponderância do acordo individual escrito, voltado à preservação do liame empregatício - repita-se - ante instrumentos normativos legais e negociais, assentar, no campo da generalidade, a pecha de inconstitucionalidade” (STF, MC-ADI 6.342/DF, relator ministro Marco Aurélio, j. 26.03.2020, DJe 30/3/2020).

O relator, ministro Marco Aurélio, votou pela manutenção do indeferimento das liminares, por entender que não há na norma transgressão a preceito da CF. A seu ver, a edição da medida “visou atender uma situação emergencial e preservar empregos, a fonte do sustento dos trabalhadores que não estavam na economia informal”. Ele foi acompanhado integralmente pelos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que votaram pela suspensão da eficácia da expressão “que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos” contida no artigo 2º da MP. Para eles, os acordos individuais entre empregado e empregador celebrados durante o período da pandemia, inclusive sobre regime de compensação e prorrogação da jornada de trabalho, serão válidos nos termos do entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADI 6363, quando foi mantida a eficácia da MP 936/2020. “A Constituição e as leis trabalhistas não podem ser desconsideradas nem pelos empregados nem pelos empregadores, mesmo em tempo de situação emergencial de saúde”, disse o ministro Fachin<sup>5</sup>.

Os ministros vencidos prestigiaram a CF e se revelaram contrários à adoção de um direito do trabalho emergencial ou de crise.

5 STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da COVID-19. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>. Acesso em: 12 set. 2020.

Nota-se, portanto, que os ministros do STF ao optarem por flexibilizar a gramática constitucional, para acomodar uma situação emergencial, com o objetivo de preservar empregos fizeram uso das ferramentas da AED. O STF, representado pela maioria dos seus ministros, decidiu que validar um direito do trabalho emergencial seria mais eficiente. A tomada de decisão foi norteadas pelas preferências dos ministros, conforme as informações disponíveis, no momento da avaliação.

A MP 936/20, por sua vez, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda, que assegura o pagamento do BEm, face à redução da jornada de trabalho ou a suspensão temporária do contrato de trabalho. De acordo com esta MP, as empresas podem negociar com os trabalhadores a suspensão de contratos por até 60 dias ou redução de jornada e salários por até 90 dias. As medidas também podem ser combinadas, desde que juntas não extrapolem os prazos individuais nem a duração máxima total de três meses.

Muitas são as críticas em relação à MP 936/20. A começar pela violação explícita de dispositivos da CF, especialmente do artigo 7º, incisos VI (irredutibilidade salarial), XIII (redução da jornada do trabalho), XXVI (reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho) e artigo 8º, incisos III (cabe aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias) e IV (obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas).

A inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da MP 936/20 culminou na judicialização do tema. Foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) 6363 (Partido Rede Sustentabilidade) e 6370 (PT, PSOL e PCdoB), perante o STF. De início, o Ministro Ricardo Lewandowski, na ADI 6363, deferiu medida liminar, tornando obrigatória a comunicação da celebração dos acordos individuais, seja para a redução da jornada de trabalho, seja para a suspensão temporária do contrato do trabalho, ao sindicato dos trabalhadores. A liminar previa que, se o sindicato não se manifestasse, o acordo seria validado. Era clara ao exigir a submissão prévia do acordo ao sindicato dos empregados, para sua validação e tão somente no seu silêncio ocorreria uma espécie de homologação tácita.

Não obstante, a referida decisão não prevaleceu. A maioria dos Ministros do STF (7 votos a 3) decidiu que as regras estabelecidas na MP 936/20 prevalecem por conta do estado de calamidade decorrente da COVID-19; ou seja, que, a despeito das restrições impostas pela CF para a negociação individual entre empregado e empregador, o estado de calamidade justificaria

uma interpretação constitucional mais flexível e que, portanto, os acordos individuais teriam validade, independentemente da participação da entidade sindical. Durante o período em que a decisão liminar do Ministro Ricardo Lewandowski estava vigente, há notícia de que os sindicatos organizaram forças-tarefa para negociar condições de trabalho, fizeram assembleias por meio de videoconferência, improvisaram mecanismos de votações por aplicativos, buscando estabelecer contato direto com suas bases (FIGUEIREDO, 2020). Há evidências, portanto, de que, a despeito da crise sanitária, a negociação coletiva poderia ser viabilizada.

A decisão do STF restringiu os limites da proteção constitucional ao trabalhador, em razão de uma situação excepcional, acerca da qual sequer se tem conhecimento sobre o tempo que vai perdurar, mas que, certamente, produzirá efeitos a longo prazo. O aval do STF em relação à não obrigatoriedade da participação dos sindicatos nessas negociações cria um ambiente favorável à fraude nas negociações entre empregado e empregador. Ainda mais considerando o cenário atual, no qual o governo federal extinguiu o Ministério do Trabalho, transformou-o em uma Secretaria do Ministério da Economia e incentivou o sucateamento das Superintendências Regionais do Trabalho (SRT), que deveriam fiscalizar as condições de trabalho.

A CF estabeleceu quem são os atores sociais indicados para atuar em nome dos trabalhadores (art. 8º, III e VI, da Constituição Federal) e, a partir do momento que o STF escolheu utilizar outra gramática para a interpretação da CF, o futuro do direito do trabalho foi colocado em disputa, seja em relação ao conteúdo das normas, seja no que se refere ao protagonismo dos atores sociais.

É nesse contexto que desponta a importância tanto da atuação sindical como das orientações da OIT, da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Ministério Público do Trabalho (MPT), específicas para esse momento de pandemia, em relação à fiscalização das relações de trabalho e, especialmente, das condições de saúde e segurança do trabalhador.

Uma análise superficial da problemática poderia enaltecer a autonomia dada pelo STF aos empregados para negociarem as suas próprias condições salariais. Não obstante, a decisão em questão ignorou a assimetria de informações e de posições entre empregado e empregador, intrínseca a esse tipo de relacionamento.

A vulnerabilidade e a subordinação inerentes ao contrato de trabalho, ainda mais evidentes em época de crise, impedem que a vontade do trabalhador

seja manifestada de forma livre e autônoma, em face do empregador, detentor do poder de direção.<sup>6</sup> Não se pode ignorar a posição de hipossuficiente dos empregados abarcados pela MPs ora em análise. Isso porque quando o legislador quis reconhecer a autonomia dos empregados, o fez expressamente, criando a figura do hiperssuficiente, por exemplo (art. 444, § 2º, da CLT). Até mesmo a MP 936/20 levou em consideração a diferença entre hipo e hiperssuficientes<sup>7</sup>.

A despeito da decisão do STF, muitas empresas têm procurado os sindicatos para negociar planos diferenciados de redução de salarial ou a suspensão de contratos de trabalho. Da mesma forma, algumas empresas, com o aval dos sindicatos, já estão implementando planos de redução de salário e jornada de trabalho, desenhados especificamente para hiperssuficientes e altos executivos. Acredita-se que essa procura se justifique não apenas pela segurança jurídica que a intermediação da negociação pelo sindicato pode oferecer, mas também pelo fato de as medidas flexibilizadoras do governo terem duração limitada (em geral, 90 dias). Essas empresas optam, portanto, por uma solução a longo prazo, o que demonstra a efetividade desse tipo de negociação, se bem elaborada e conduzida. A par disso, a participação dos sindicatos em referidas negociações pode evitar eventuais arguições de

6 Prevalência de acordo individual sobre coletivo é questionável. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/gustavo-garcia-acordo-individual-acordo-coletivo>. Acesso em: 12 set. 2020.

7 Art. 12. As medidas de que trata o art. 3º serão implementadas por meio de acordo individual ou de negociação coletiva aos empregados:

I - com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais); ou

II - portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Parágrafo único. Para os empregados não enquadrados no caput, as medidas previstas no art. 3º somente poderão ser estabelecidas por convenção ou acordo coletivo, ressalvada a redução de jornada de trabalho e de salário de vinte e cinco por cento, prevista na alínea “a” do inciso III do caput do art. 7º, que poderá ser pactuada por acordo individual. Nesse sentido também a Lei 14020/2020: Art. 12. As medidas de que trata o art. 3º desta Lei serão implementadas por meio de acordo individual escrito ou de negociação coletiva aos empregados:

I - com salário igual ou inferior a R\$ 2.090,00 (dois mil e noventa reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais);

II - com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil, cento e trinta e cinco reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); ou

III - portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

nulidade de ajustes individuais entre empregados e empregadores e futuros passivos trabalhistas daí advindos (LAURA, 2019).

Uma das hipóteses ora investigadas é de que as concessões feitas durante o período da pandemia, por meio das MPs, tendem a se manter mesmo após o retorno à normalidade ou ao “novo normal” (como muitos preferem denominar o futuro próximo) — o que se confirma com a conversão das MPs em leis, e a conversão da MP 936/20 em lei confirma a hipótese levantada.

Superado esse ponto, é importante refletir sobre o cabimento, ou melhor, a eficiência de um direito do trabalho emergencial ou de crise.

Até que ponto a solução dada pelo Poder Judiciário, por meio das decisões do STF acima comentadas, se colocam como uma resposta efetiva e eficiente a uma situação emergencial? Em que medida ela não estaria apenas dando continuidade à um projeto anterior, de supressão dos direitos trabalhistas ancoradas no argumento do mal menor? O mesmo se questiona em relação à atuação do Poder Legislativo.

O argumento do mal menor é comumente utilizado para justificar alguns retrocessos sociais na área trabalhista. Cita-se como exemplo a seguinte afirmação: “é melhor ter o salário reduzido a perder o emprego”. Será realmente melhor?

A ministra Cármen Lúcia, em seu voto na ADI 6363, destacou que, “apesar da importância dos sindicatos, o momento ‘prescinde’ da atuação das entidades. Porque a alternativa, justificou, seria o ‘não emprego’. A ministra considera o momento ‘grave, sofrido, perturbador’”<sup>8</sup>.

De acordo com o DIEESE, o salário mínimo nominal era, em julho de 2020, de R\$1.045,00 (um mil e quarenta e cinco reais); enquanto que o “salário necessário” para a sobrevivência do trabalhador e de sua família era de R\$ 4.420,00 (quatro mil quatrocentos e vinte reais).<sup>9</sup> Se tomado como parâmetro

8 STF derruba liminar e valida medida provisória de suspensão dos contratos de trabalho. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2020/04/stf-derruba-liminar-e-valida-medida-provisoria-de-suspensao-dos-contratos-de-trabalho/>. Acesso em: 12 set. 2020.

9 A Constituição Federal define o salário mínimo como aquele fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas (do trabalhador) e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. (Constituição Federativa do Brasil, art. 7º - IV). Para calcular o salário mínimo necessário, o DIEESE considera o preceito constitucional de que o salário

apenas o salário mínimo, o seu valor já não é suficiente para atender as necessidades do empregado, eventual redução deixará o trabalhador em situação ainda mais vulnerável. Do ponto de vista econômico, a redução salarial, ainda que acompanhada do pagamento do BEm, tem impacto negativo no tecido social, porque, além de reduzir o poder aquisitivo do trabalhador, cria um ônus para o Estado.

A assimilação do “menos pior” afasta a sociedade progressivamente do modelo de Estado social adotado pela CF, especialmente dos princípios da solidariedade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

As MPs não representam, de forma alguma, uma novidade em termos de flexibilização do direito do trabalho. A recente reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que alterou substancialmente a legislação trabalhista é um exemplo. Não se pretende aqui tratar as MPs como se fossem algo inovador, mas tão somente como mais uma medida flexibilizadora de direitos trabalhistas.

Nesse contexto, a pergunta que se coloca é sobre a necessidade de, nesse momento, “criar” um novo direito do trabalho. Questiona-se, inclusive, a efetividade de MPs para tratar de matéria trabalhista e a insegurança jurídica que a efemeridade de tais medidas normativas pode trazer.

A sociedade atravessará um período de grande recessão econômica, principalmente em razão da necessidade de isolamento social e a consequente proibição de trabalho presencial em atividades não essenciais, além das dispensas de empregados que decorrerão dessa nova realidade<sup>10</sup>. Embora pesquisas apontem que os trabalhadores informais são os mais afetados pela pandemia<sup>11</sup>, os seus

---

mínimo deve atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família e cujo valor é único para todo o país. Usa como base o Decreto-Lei nº 399, que estabelece que o gasto com alimentação de um trabalhador adulto não pode ser inferior ao custo da cesta básica de alimentos. A família considerada para o cálculo é composta por 2 adultos e 2 crianças, que, por hipótese, consomem como 1 adulto. Utilizando-se o custo da maior cesta, dentre as 27 capitais que pesquisam a cesta básica de alimentos e multiplicando-se por 3, obtém-se o gasto alimentar de uma família. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 31 ago. 2020.

10 **Brasil Pós COVID-19.** Contribuições do Instituto de Economia Aplicada. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36143](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143).

11 “Os trabalhadores mais prejudicados pela crise são aqueles que possuem empregos informais ou trabalhavam por conta própria e aqueles que estavam procurando emprego ou já estavam em desalento. Embora envolva todos os estratos de renda, esse grupo está presente predominantemente nos estratos intermediários e inferiores, o que significa que será a população mais pobre a mais prejudicada. Ademais, por não terem acesso. crédito e não terem poupança acumulada, este grupo

efeitos negativos certamente atingirão os trabalhadores assalariados.<sup>12</sup> Seria mesmo eficiente lançar mão de um direito do trabalho de crise regulado por MPs? O direito do trabalho e seus princípios não seriam suficientes para regular o mercado de trabalho, mesmo em tempos de pandemia?

Aliás, o dito direito do trabalho da crise já ganha adeptos: as principais entidades sindicais do país advogam pela manutenção dessas medidas para além dessa crise. Nesse sentido, comenta TOMAZELLI:

Força Sindical e União Geral dos Trabalhadores (UGT), que representam um quarto dos trabalhadores sindicalizados, defendem transformar em política permanente para momentos de crise a possibilidade de redução de jornada de trabalho e de salário, em troca da preservação do emprego. Na atual crise, já foram celebrados mais de 6,5 milhões de acordos para suspensão de contrato e redução de jornada e salários. Força e UGT reivindicam maior participação dos sindicatos nos acordos e mais benefícios para os trabalhadores. A adesão de empresas e trabalhadores ao programa de manutenção de empregos com carteira em meio à pandemia do novo coronavírus está motivando duas das maiores centrais sindicais a defenderem que a política se torne um instrumento permanente para momentos de crise no País.

Reconhecer a legitimidade das entidades sindicais para dialogar com as empresas e negociar condições de trabalho em situações de crise é decorrência lógica da prerrogativa que lhes foi assegurada constitucionalmente. Nesse momento, o diálogo ético e parcimonioso deveria prevalecer entre sindicatos, empregados e empregadores.

As MPs até aqui comentadas se revelam paliativas, na medida em que privilegiam o mal menor; ou seja, parte-se da premissa de que é melhor ter um

---

sofrer de sobremaneira com a paralisação necessária das atividades para o combate ao COVID-19. A análise dos dados da PNAD permite concluir que, devido às políticas de isolamento, a perda de renda dos trabalhadores informais e por conta própria superaria R\$ 50 bilhões. O efeito disso sobre a economia, analisado a partir das Matrizes Insumo-Produto do IBGE permite concluir que o efeito seria ainda mais perverso, pois esses trabalhadores deixariam de consumir, desencadeando perdas para toda a cadeia produtiva. Estima-se que haveria redução de R\$ 78,1 bilhões em termos do PIB por mês e a destruição de 17,0 milhões de postos de trabalho.” Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28982>. Acesso em: 31 ago. 2020.

12 Número de desempregados diante da pandemia teve alta de 31% em 12 semanas aponta IBGE. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/14/numero-de-desempregados-diante-da-pandemia-teve-alta-de-27percent-em-12-semanas-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 13 ago. 2020.

emprego, ainda que com salário reduzido, que não atende as necessidades básicas do trabalhador, a não ter emprego. Essa não parece ser a melhor solução.

Não seria mais eficiente deixar que as empresas decidissem manter ou não a sua força de trabalho sem qualquer incentivo para a manutenção do emprego? Consequentemente, aqueles que fossem dispensados sem justa causa pleiteariam o seguro-desemprego, tal como sempre existiu, que, somado ao pagamento das verbas rescisórias, fomentaria a injeção de dinheiro na economia.

A pergunta que se faz é: qual a verdadeira vantagem que o governo obterá em assumir parte dos salários dos empregados?

De um lado, há diversas razões porque essa não era a melhor opção. Primeiro, porque seria destrutivo para o capital organizacional e tornaria mais difícil retomar os negócios após a pandemia. Além disso, os trabalhadores desempregados têm, depois, mais dificuldade de serem reincorporados ao trabalho. Some-se a isso que pessoas demitidas reduzem seus gastos de consumo, já que não sabem se terão renda após o período do seguro desemprego. E pessoas demitidas sofrem mais com receios sobre o futuro do que aquelas com carga de trabalho reduzida. Pesquisas apontam que essa situação pode até mesmo causar o adoecimento psíquico do trabalhador<sup>13</sup>. Por essas e outras razões, não seria uma boa opção.

De outro lado, acredita-se que, se os incentivos fossem direcionados apenas àquelas empresas que mantivessem os vínculos de emprego na sua integralidade, os custos da pandemia seriam divididos entre governo e empregador, de forma mais equânime, sem gerar tanto ônus para o governo federal, o que é, inclusive, defendido pelo próprio liberalismo, que prega menor intervenção estatal.

Nesse mesmo sentido concluiu o estudo do IPEA<sup>14</sup>, que, levando em conta a deterioração do cenário fiscal para o governo federal, propõe a renovação da maior parte dos termos da MP 936/2020, com alterações que reduzam parcialmente e de forma gradual os aportes de natureza imediata feitos pelo governo. Essa redução pode ser compensada por uma combinação de maior

13 Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/05/14/onu-alerta-para-risco-de-crise-de-saude-mental-com-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2020.

14 O IPEA, no material *Brasil Pós COVID-19. Contribuições do Instituto de Economia Aplicada*, apresentou diversas propostas que poderiam ser adotadas pelo governo, a curto e médio prazo, que seriam capazes de preservar a saúde da população e apontar o melhor caminho possível para a economia considerando-se concomitantemente a questão das desigualdades. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36143](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143). Acesso em: 04 ago. 2020.

aporte dos empresários e acesso a linhas de crédito com condições favorecidas, principalmente para as micro e pequenas empresas.

E, mais importante, não seriam repassados ao empregado os custos da atividade econômica, (o que é vedado pelo art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT). Entende-se que a redução salarial é uma forma de empregado e empregador dividirem os prejuízos causados pela pandemia. . Ademais, em razão disso, e do provável endividamento das famílias no pós-crise<sup>15</sup> a contribuição do trabalhador para o crescimento econômico do país ficará prejudicada<sup>1617</sup>. Esses seriam algumas dos motivos pelos quais essa opção não seria a melhor.

Com alguns ajustes, especialmente a redução das despesas do governo com auxílio emergencial, a manutenção das medidas previstas na MP 936 para evitar as demissões pode trazer externalidades positivas, porque reduzirá a frequência de trajetórias profissionais oscilantes entre o desemprego e empregos de baixa qualidade/produtividade. Além disso, poderá facilitar a saída da economia do período de crise<sup>18</sup>. Esses recursos poderiam ser mais bem alocados se fomentassem novas contratações. Um instrumento que poderia ser utilizado para incentivar contratações em momentos de recuperação que sucedem uma crise aguda é a concessão de subsídios ao custo do trabalho. Esse tipo de programa concede um subsídio temporário às empresas, atrelado ao salário relativo à novas contratações, mediante redução temporária de tributos.

15 Atrelado ao provável comportamento mais precavido dos consumidores em períodos pós-crise. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/07/endividamento-das-familias-bate-recorde-e-2-milhoes-pedem-para-adiar-pagamentos.htm>. Acesso em: 04 ago. 2020.

16 “(...) os efeitos do vírus sobre o desemprego e o desenvolvimento econômico, poderia haver um adicional de 8,8 milhões de trabalhadoras(es) em situação de pobreza em todo o mundo, mais do que o inicialmente previsto (se registrou uma redução de apenas 5,2 milhões de trabalhadoras(es) em situação de pobreza em 2020 em todo o mundo, comparado com uma redução de 14 milhões prevista antes do surto da COVID-19). Nos cenários estudos de incidência média ou alta, haverá, respectivamente, de 20,1 a 35 milhões de trabalhador(as) em situação de pobreza, valor acima das previsões feitas para 2020, antes do surto de COVID-19. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_740753/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_740753/lang-pt/index.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

17 “Os impactos no emprego implicam grandes perdas de renda para as(os) trabalhadoras(es). Prevê-se uma perda geral de renda do trabalho entre 860 e 3.440 bilhões de dólares. A perda de renda do trabalho se traduzirá em menor consumo de bens e serviços, o que é prejudicial para a continuidade dos negócios e para garantir que as economias sejam resilientes.” Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_740753/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_740753/lang-pt/index.htm). Acesso em: 04 ago. 2020.

18 **Brasil Pós Covid-19.** Contribuições do Instituto de Economia Aplicada. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36143](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143). Acesso em: 04 ago. 2020.

O IPEA traz uma série de medidas de caráter indicativo e propositivo, que propiciarão aos tomadores de decisão a realização de escolhas robustas para melhor alocação dos recursos, as quais não serão comentadas porque fogem do escopo desse artigo.

A tomada de decisão, a avaliação da relação custo-benefício e até da relação custo oportunidade se desenvolve em contextos completamente diferentes para empregados e empregadores. Não se trata aqui tão somente da assimetria de informações, mas principalmente do fato de que ao empregado só resta escolher a opção menos pior (teoria do mal menor).

A AED propõe que as decisões sejam tomadas com fundamento nas preferências de cada um. Ocorre que, em relação aos trabalhadores, as suas opções são restritas. Trata-se de escolher entre não ter emprego ou ter um emprego com o salário reduzido. Por isso, questiona-se em que medida se trata de uma legítima tomada de decisão, com fundamento em preferências, como propõe a AED, seja no nível do bem-estar individual ou social, em se tratando do conjunto de trabalhadores. Por certo, tem-se conhecimento de que, em qualquer tomada de decisão, nem sempre as opções são ideais, que muitas vezes elas costumam ser limitadas, mas o contexto em que os trabalhadores estão inseridos os tornam ainda mais vulneráveis.

Qual é a utilidade que os trabalhadores aproveitam nesse tipo de situação, a não ser aquela que parece ser a menos pior, qual seja: um emprego — ainda que precário?

Nesse contexto, a MP 944, que institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, oferece crédito às empresas para o pagamento da folha de salários e atrela os seus termos e condições à manutenção do emprego, e parece ter sido a regulação mais eficiente até agora adotada. Embora essa MP, na teoria, seja eficaz, na prática não tem efetivamente viabilizado o acesso ao crédito, na medida em que as instituições bancárias não têm concedido o financiamento previsto, haja vista a falta de garantias oferecidas às instituições bancárias por parte do governo. Essa MP tem potencial teórico, mas na prática não se concretizou.

Não se discute aqui a medida adotada pelo governo para a garantia de renda mínima à parte da população, chamada de auxílio emergencial, instituído pela MP 956/20, que destina crédito extraordinário de R\$ 254.2 bilhões ao Ministério da Cidadania e cujos recursos foram utilizados no pagamento

do auxílio emergencial de R\$ 600,00 a pessoas em situação de vulnerabilidade em decorrência da pandemia da COVID-19<sup>19</sup>.

Embora estudos apontem que tão somente essa medida não seja suficiente para mitigar os efeitos da crise sobre a renda e o emprego<sup>20</sup>, ela é, sim, uma medida louvável, que injeta dinheiro na economia e recompõe a renda dos trabalhadores por conta própria, informais, intermitentes, desempregados e em desalento, desde que satisfaçam os critérios de renda<sup>21</sup>. Essa parcela da população já enfrentava problemas de colocação no mercado de trabalho, principalmente no mercado formal, e certamente será uma das mais afetadas ao final da crise. Dada a desigualdade econômica e as condições de vida e trabalho da população beneficiada com o auxílio emergencial, é muito difícil imaginar que terão condições de se qualificar durante esse período. Até porque, quando a preocupação é de sobreviver, geralmente não sobra espaço para a criatividade, para a realização de curso de capacitação e cuidados de bens

19 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/custo-do-auxilio-emergencial-vai-a-r-254-bi-apos-prorrogacao.shtml>. Acesso em 04 ago. 2020.

20 “Com essa análise estática propomos um modelo de Renda Básica Emergencial que contemple a população mais impactada pela crise do COVID-19. No cenário em que trabalhadores informais, por conta própria e desempregados receberiam 1 (um) salário mínimo brasileiro (R\$ 1.045,00) por mês durante o tempo em que o isolamento social se mantiver no Brasil, verifica-se que os efeitos da crise sobre a renda e o emprego seriam praticamente mitigados, no entanto, o custo fiscal seria na ordem de R\$ 50 bilhões por mês. Porém, por meio da análise Insumo-Produto, verificou-se que este programa seria capaz de manter R\$ 76,5bilh.es do PIB por mês, além de gerar 16,7 milh. es de postos de trabalho. Este impacto se traduziria na prevenção da perda equivalente a 3,1% do PIB no ano de 2020 caso este programa se mantenha apenas num período de três meses. Em um cenário menos ambicioso, onde a renda seria de R\$ 600,00 (exceto para mães solteiras, cuja renda seria de R\$ 1.200,00) e há restrições mais amplas para o acesso ao benefício, a sustentação líquida da renda se restringiria apenas aos 40% mais pobres e haveria uma perda líquida em termos do PIB de 1,9%, além de 16,7 milhões de postos de trabalho. Sugerimos, frente a esses cenários, que essas políticas sejam complementadas por outros programas que visem a manutenção do emprego e salário, de maneira a não agravar o problema (ainda que não tenham sido objetos desta análise).” BRANCHER, M. C.; MAGACHO, G.; Leão, R. A. R. **Impactos econômicos da crise do COVID-19 e dos programas de renda básica emergencial**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28982>. Acesso em 31 ago. 2020.

21 “Como já amplamente reportado em análises feitas pelo instituto desde o início da crise, a pandemia e as suas necessárias medidas de enfrentamento atingem mais fortemente os segmentos sociais e os territórios mais vulneráveis, que tendem a possuir menor capacidade de absorção dos variados impactos que as medidas de enfrentamento à crise podem provocar”. **Brasil Pós Covid-19**. Contribuições do Instituto de Economia Aplicada. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36143](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143). Acesso em: 04 ago. 2020.

estar. Diante da escassez de recursos e de um conjunto tão restrito de opções a tomada de decisão é limitada. .

Por fim, resta avaliar se a COVID-19 pode ser considerada como uma externalidade negativa.

Conceitualmente, as externalidades podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo ou pela empresa em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros. As externalidades podem interferir no equilíbrio de mercado e gerar resultados ineficientes. Sob esse ponto de vista, as consequências da COVID-19 acarretam uma falha no mercado, que precisa ser corrigida para que haja uma alocação eficiente de recursos.

### **3. Conclusão**

Apesar do texto deixar mais questionamentos do que respostas, há indícios de que as MPs para manutenção do emprego e da renda e enfrentamento do estado de calamidade acima comentadas não promovem a alocação eficiente de recursos. Elas se propõem a manter o emprego a um custo elevado, gerando um ônus considerável para o Estado, não fomentam novas contratações deixando, portanto, a desejar no quesito eficiência.

Entende-se que tais MPs não promoveram a eficiência, nem contribuíram para a melhoria do bem-estar social, já que sequer garantem o salário necessário para a subsistência do trabalhador e de sua família. Foram editadas com o propósito de corrigir aspectos distributivos ou de desigualdade social, o que nem se coaduna com objetivos da economia, que talvez sequer tenham sido atingidos, e que poderiam ter sido alcançados por outros mecanismos.

Apesar da ausência de dados suficientes para uma análise empírica da situação a curto e longo prazo, conclui-se que a principal medida até então adotada pelo governo federal foi a MP 944, porque, embora ainda precise de ajustes, tem potencial de promover a manutenção integral do emprego. A uma, porque fornece subsídios para o empregador arcar com o pagamento da sua folha de salários sem onerar o Estado com o pagamento de benefícios, como faz a MP 936, e a duas, porque atrela a concessão da linha de crédito à manutenção do emprego.

As demais MPs não são eficientes, visto que os recursos alocados poderiam ser melhor utilizados sem gerar tanto custo para o governo. Ainda que as MPs possam ser consideradas economicamente eficientes, a depender do ponto de vista que se analise a questão, elas não podem ser encaradas como ideais, por desconsiderarem outros interesses juridicamente protegidos.

As decisões do STF ora comentadas, ao validarem o direito do trabalho de crise ou emergencial aumentam o ambiente de insegurança jurídica. Os ministros utilizaram-se dos instrumentais da AED, analisaram o custo benefício envolvido na questão a ser decidida e optaram por reconhecer a autonomia da negociação individual em detrimento da coletiva, em nome da proteção do emprego durante o estado de calamidade. Se, de um lado, a negociação coletiva poderia frustrar a proteção ao emprego, a ausência dela limita as opções do trabalhador já em situação vulnerável. Trata-se de uma escolha em relação a qual bem jurídico deve-se tutelar.

O ambiente político de crise dificulta ainda mais a diferenciação entre o que é circunstancial e o que é emergencial. Acompanhar a movimentação do Poder Legislativo em matéria trabalhista não é tarefa simples, mas necessária. Diante da atual crise sanitária, acredita-se que a chance de superação da crise econômica sem vacina é pequena. Por isso, tratar a situação como emergencial é temerário.

## **Referências**

BRANCHER, M C.; MAGACHO, G.; Leão, R. A. R. **Impactos econômicos da crise do COVID-19 e dos programas de renda básica emergencial**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28982>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Departamento intersindical de estatística (DIEESE). **Pesquisa nacional de cesta básica de alimentos: Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 31 ago. 2020.

IPEA INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA. **Brasil pós Covid-19**. Contribuições do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36143](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143). Acesso em 4 ago. 2020.

FIGUEIREDO, B. Sem a participação dos sindicatos, negociação individual facilita fraudes. **Revista Consultor Jurídico**. 14 maio 2020.

FERNANDES, A. Endividamento das famílias bate recorde e 2 milhões pedem para adiar pagamentos. **Estadão**. São Paulo, 07 abr. 2020.

GARCIA, G. F. B. **Prevalência de acordo individual sobre coletivo é questionável**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/gustavo-garcia-acordo-individual-acordo-coletivo>. Acesso em: 12 set. 2020.

LAURA, I. Empresas adotam planos próprios de reestruturação e redução de salários. **Valor Econômico**. São Paulo, 14 maio 2020, p. E1.

Organização Mundial do Trabalho (OIT). **Como a COVID afetará o mundo do trabalho**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_740753/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_740753/lang-pt/index.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. *In*: PINHEIRO, A. C.; PORTO A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. (Coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 25 a 50.

PUPO, F. Custo do auxílio emergencial vai a R\$ 254 bi após prorrogação. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/custo-do-auxilio-emergencial-vai-a-r-254-bi-apos-prorrogacao.shtml>. Acesso em: 4 ago. 2020.

SABOIA, J. Cadê o CAGED? **Valor Econômico**. São Paulo, 7 maio 2020, p. A11.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da COVID-19. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>. Acesso em 12 set. 2020.

TOMAZELLI, I. Força e UGT propõem corte de salário como política para a crise. **O Estado de S. Paulo**. 12 maio 2020, p. B1.

## ***Capítulo 8. A função social do contrato e a teoria do adimplemento substancial sob a ótica da Análise Econômica do Direito***

*Juliana Marques Salles*

### **1. Introdução**

O estudo do direito contratual pode ser feito de vários ângulos, desde uma análise principiológica, a uma análise de cada espécie contratual. O que se pretende com o presente trabalho é um estudo interdisciplinar entre direito e economia, procurando meios de relacionar os dois discursos e, além disso, verificar a possibilidade de utilização da análise econômica do direito enquanto meio de garantir a segurança jurídica na aplicação da teoria do adimplemento substancial sem olvidar da observância do princípio da função social dos contratos.

Com o objetivo de demonstrar que a teoria do adimplemento substancial por vezes traz insegurança jurídica aos contratantes, posto que não está positivada em nosso ordenamento jurídico e dá ao juiz a possibilidade de julgar o caso concreto sem padrões pré-estabelecidos, o que se propõe é uma análise interdisciplinar, buscando conceitos econômicos como forma de trazer maior segurança jurídica na aplicação de tal instituto civilista. Não se pretende, aqui, o esgotamento do tema, mas sim instigar a curiosidade pela aplicação da análise econômica do direito na esfera contratual, mais especificamente, sua influência na aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Para a confecção deste artigo, fez-se uso do método dedutivo, partindo de uma compreensão geral para, por fim, chegar à conclusão das questões especificadas. O trabalho foi apoiado no levantamento bibliográfico, utilizando como fontes obras jurídicas, livros, artigos científicos e jurisprudência. O material selecionado e utilizado foi voltado às questões da aplicabilidade da função social do contrato em conjunto com a teoria do adimplemento substancial e a correlação com a análise econômica do direito.

O presente trabalho será dividido em três tópicos para fins didáticos, os quais observarão e estão diretamente relacionados aos objetivos específicos anteriormente delineados. No primeiro tópico, serão abordadas as breves considerações sobre os princípios da função social dos contratos; no segundo tópico, far-se-á uma reflexão sobre a teoria do adimplemento substancial; no terceiro tópico, analisar-se-á a relação entre a análise econômica do direito e a teoria do adimplemento substancial, na qual serão vislumbradas as implicações da utilização da análise econômica do direito enquanto garantidora da segurança jurídica na aplicação da teoria do adimplemento substancial.

## **2. O princípio da função social dos contratos**

Na atualidade, há uma forte ascensão dos valores, dos princípios jurídicos, percebe-se que está ocorrendo o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos humanos e fundamentais; assim, o direito, em seus fundamentos e premissas normativas, relaciona-se intimamente com a ética, conduzindo diuturnamente à superação do positivismo.

É nos princípios que o direito moderno se socorre quando a própria lei não acompanha as mudanças pelas quais a sociedade passa; assim, uma análise dos princípios que norteiam e embasam a teoria do adimplemento substancial se faz necessária.

Os princípios são classificados como sendo normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas, e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, sendo que, para sua aplicação, se necessita que seja feita uma avaliação da correlação existente entre o estado de coisas promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2009, p. 78 e 79).

Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. (...) Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido.

(...) Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica na qualificação positiva de um estado

de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico (...), os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento (ÁVILA, 2009, p. 80).

Uma das grandes contribuições da doutrina civil moderna foi conseguir trazer para a teoria clássica do direito contratual determinados princípios e conceitos outrora esquecidos pelos civilistas. Tratam-se de conceitos abertos ou cláusulas gerais, indeterminadas, que, à luz do princípio da concretude, o juiz deve preencher no caso concreto, com a finalidade de tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa (GAGLIANO, 2005, p. 49).

A ideia de um contrato absolutamente paritário é inerente ao direito privado, sendo evidente que esse tipo de contrato perfaz uma imensa minoria no mundo negocial. Os contratos estão ficando cada vez mais massificados, genéricos, e se tornaram instrumentos fundamentais no mundo negocial, na geração de recursos e na propulsão da economia. Sendo assim, o novo direito privado exige do juiz e dos juristas soluções imediatas e adequadas aos novos desafios da sociedade, residindo aqui a importância do interesse social do contrato (VENOSA, 2014, p. 398 e 399).

Os princípios, além de explicitarem valores, indiretamente estabelecem espécies precisas de comportamentos (ÁVILA, 2009, p. 25) e são esses comportamentos que serão esperados do julgador quando do conflito entre a normatização do adimplemento e os princípios que norteiam a teoria do adimplemento substancial, cabendo a análise do caso concreto para se cumprir o ideal de justiça.

Não se pode negar, na atualidade, que os contratos, nos ditames da visão social do Estado democrático de direito, deverão se submeter ao intervencionismo estatal feito com o propósito de superar o individualismo e buscar a implantação de uma sociedade governada pelo bem-estar e com efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 6).

Com o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil houve uma nova percepção do contrato, onde não basta apenas a manifestação de vontade dos contratantes, devendo-se também levar em conta os efeitos deste na sociedade, assim como as condições sociais e econômicas dos participantes da relação jurídica. Visando buscar esse novo equilíbrio, o direito se destacará no encontro da delimitação pela lei imposta, que também legitimará a auto-

nomia de vontade das partes, onde passará a proteger determinados interesses, não mais os de cunho individual, mas sim os de interesse social, em que se valoriza a confiança do vínculo de contratação, as expectativas e a boa-fé (ROTTA; FERMENTÃO, 2008, p. 207).

O princípio da função social dos contratos encontra-se positivado no artigo 421 do Código Civil brasileiro, que determina que a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social dos contratos.

A inserção do princípio da função social consiste na mais conhecida inovação do Código Civil no campo contratual. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil consta que um dos objetivos do novo código é explicitar que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, sendo este princípio condicionador de todo processo hermenêutico, o que implica nos valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de um preceito fundamental que é essencial à adequação das normas particulares à concretude ética da experiência jurídica, talvez dispensável apenas numa estreita compreensão do direito (REALE, 2009, p. 71).

Esta menção à liberdade de contratar feita pelo Código Civil em seu artigo 421 abre uma nova perspectiva no universo contratual, o que representa uma clara preocupação com a tutela dos interesses sociais daqueles que se veem contratando (VENOSA, 2014, p. 399 e 400).

Desta feita, a interpretação dos contratos deve ser de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, de forma que não tragam onerosidade excessiva às partes contratantes, visando garantir que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando as relações sem que haja a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Há a valorização da equidade, da razoabilidade, do bom-senso, sendo afastado o enriquecimento sem causa, ato unilateral expressamente vedado pelos artigos 884 a 886 do Código Civil. Assim, conclui-se que a função social dos contratos visa a proteção da parte vulnerável da relação contratual (TARTUCE, 2014, p. 60).

Importante salientar que, sob o ponto de vista econômico, igualdade e liberdade não se equivalem, visto que as sanções de normas de ordem pública servem para amparar o economicamente mais fraco diante da desproporcionalidade econômica entre as partes contratantes, assim, ao mais fraco deve ser dado um mínimo de bem-estar social e econômico, sendo que é toda a

sociedade que ganha com essa proteção legal à parte mais fraca da relação contratual (SANTOS, 2004, p. 195).

Nessa nova concepção do contrato, “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico social em que está inserido” (ROPPO, 2009, p. 11). Assim, de acordo com a personalização e constitucionalização do direito civil, pode-se afirmar que a verdadeira função do contrato é atender aos interesses da pessoa humana, não apenas a segurança jurídica (TARTUCE, 2014, p. 61).

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a função social do contrato é matéria de ordem pública, constitucionalmente protegida no artigo 5º, XXII e XXIII, que traz a função social da propriedade no sentido amplo, englobando a função social da propriedade em sentido estrito e a função social do contrato (TARTUCE, 2014, p. 64).

A função social dos contratos possui a característica de cláusula geral, de forma que o contrato atenderá à sua função social quando as partes vierem a se pautar, por exemplo, nos valores da solidariedade (art. 3º, I, CF) e da justiça social (art. 170, *caput*, CF), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), dentre outros (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 336).

Haverá a violação desse princípio nas ocasiões em que seus efeitos prejudiquem os interesses da sociedade ou até mesmo os de terceiros alheios ao pacto contratual. A título de exemplo, a função social do contrato será desatendida quando a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, quando se quebrar as bases objetivas ou subjetivas dos contratos, ou quando houver vantagem nitidamente maior para uma das partes (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 336).

Insta observar que o Enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil preceitua que “A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Por princípio da conservação dos contratos entende-se como sendo a busca de se preservar tudo o que for possível num negócio jurídico concreto, em todos os planos jurídicos, quer sejam o da existência, da validade e da eficácia. Está fundamentado na própria razão de ser do negócio jurídico, na autonomia da vontade, e essa vontade manifestamente expressada, representa algo juridicamente útil (AZEVEDO, 2002, p. 66-67).

O ponto central ainda não solucionado de maneira definitiva pela doutrina consiste em precisar como devem ser conciliados os interesses individuais, sociais e econômicos no interior do contrato. Percebe-se que os reflexos sobre os interesses metaindividuais se projetarão com maior frequência e de maneira mais evidente nos contratos destinados a regular relações de massa, como, por exemplo, aqueles de adesão a cláusulas gerais.

### **3. A teoria do adimplemento substancial**

A teoria do adimplemento substancial, para ser compreendida, necessita de uma série de conceitos advindos do direito civil, bem como da compreensão de princípios jurídicos.

É na nova teoria contratual, baseada em um ideal de justiça, de isonomia, que não se preocupa apenas com a livre manifestação da vontade dos contratantes, mas também com os efeitos práticos que o contrato acarreta que a teoria do adimplemento substancial vem a ganhar força e destaque, pois o contrato, diferentemente de tempos atrás, deixou de gerar efeitos apenas aos contratantes, de uma forma que os interesses individuais destes devem ser protegidos apenas quando não vierem a afrontar direitos sociais relevantes (BUSSATTA, 2007, p. 2).

Por outro lado, é necessário que o Estado passe a intervir nas relações que ocorrem entre os particulares, mesmo que seja na economia do contrato, com a finalidade de proteger os interesses em jogo. É nesse Estado Social que o princípio da boa-fé volta a adquirir relevância, onde o ideal de segurança jurídica perde espaço para o ideal de justiça contratual (BUSSATTA, 2007, p. 2).

A dificuldade de se estudar a teoria do adimplemento substancial reside no fato dela vir sendo pouco tratada pela doutrina pátria, posto que, nem o Código Civil de 1916, nem o Código Civil de 2002, ou legislações posteriores chegaram a positivar o instituto. Assim, para uma melhor compreensão dessa teoria, mais adiante será feita uma comparação entre alguns países que fazem amplo uso teoria do adimplemento substancial em seus ordenamentos.

### 3.1 Evolução histórica da teoria do adimplemento substancial

A fim de que se tenha uma melhor compreensão do instituto, há de ser feito um breve estudo da história da resolução do contrato por adimplemento.

Em Roma, não havia uma ação específica de resolução dos contratos, ela apenas ocorria quando havia pacto expresso entre as partes, aí sim era permitida a dissolução do vínculo contratual e a restituição patrimonial (BUSSATTA, 2007, p. 34).

A resolução somente veio a ser considerada subentendida aos contratos de prestações recíprocas com o direito canônico, sendo este entendimento justificado em decorrência do valor dado à interdependência das obrigações e por razões de equidade. Ao considerar essa interdependência das prestações é que surgiu o instituto da causa do contrato, em que a prestação a ser realizada pelo comprador é a causa da prestação a ser realizada (BUSSATTA, 2007, p. 31).

A grande maioria dos códigos oitocentistas seguiu a orientação da doutrina da condição implícita e, após ser estabelecida a possibilidade de resolver o contrato diante do descumprimento da prestação por parte dos contratantes, resta saber qual adimplemento seria suficiente para dar ensejo a essa resolução. Tal questão adquire maior relevância na ocorrência de um cumprimento parcial, em que apenas uma parcela do contrato não foi cumprida (BUSSATTA, 2007, p. 34-35).

O direito inglês trouxe os conceitos de *conditions* e *warranties*:

Distinguiam-se, então, *conditions* e *warranties* a partir de dois critérios: o primeiro, baseado na vontade das partes, que podiam estabelecer o que eram *conditions* e o que deveria ser considerado *warranties*; o segundo em que se tomava em conta a relevância do pacto considerado em si mesmo. Assim, seriam considerados *conditions* os deveres que, uma vez descumpridos, afetassem diretamente a economia do contrato. Aqueles deveres que são tão essenciais que seu descumprimento acarreta o descumprimento do contrato **em** sua totalidade, de forma que poderá a outra parte buscar a resolução do contrato (BUSSATTA, 2007, p. 36).

Tal conceito é relevante para a compreensão do instituto do adimplemento substancial pois, uma vez violada uma *condition*, seria atingido o equilíbrio contratual, cabendo à parte lesada pedir a resolução do contrato. Por outro lado, caso uma *warranty* fosse violada, a relação contratual não seria desfeita e o credor estaria legitimado apenas a pedir o adimplemento omitido e o ressarcimento pelos danos que veio a sofrer (BECKER, 1993, p. 62).

Com o tempo, houve uma evolução no instituto, na medida em que deixou de considerar a natureza do dever descumprido, valorando a gravidade do dever que foi descumprido e as consequências no contrato, surgindo o critério da *substantial performance*, que foi recepcionado pelo direito europeu (BUS-SATTA, 2007, p. 37 e 38).

Assim, passa-se ao estudo de alguns ordenamentos que recepcionaram o instituto do adimplemento substancial.

### **3.2 O adimplemento substancial em outros ordenamentos jurídicos**

Em razão de não existir a positivação da teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro, é necessária a análise do instituto em outros ordenamentos jurídicos, onde não será feito um estudo exaustivo, mas sim ressaltar-se-ão alguns pontos relevantes ao presente estudo.

#### **3.2.1 Direito italiano**

No direito italiano, o instituto do adimplemento substancial está disposto expressamente no artigo 1.455 do Código Civil italiano, do ano de 1942, que dispõe que “o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardando o interesse da outra parte”. Essa limitação autoriza a resolução do contrato apenas quando o inadimplemento for grave, sendo considerado um dispositivo fundamental do instituto da resolução dos contratos (BUSSATTA, 2007, p. 39).

Ante tal disposição legal, cabe ao juiz analisar a gravidade do inadimplemento não apenas em relação à obrigação principal, mas também em relação à acessória, e a tudo aquilo que for relevante para a economia contratual (BUS-SATTA, 2007, p. 40).

A jurisprudência italiana vem considerando o inadimplemento de escassa importância, criando um critério quase objetivo na mensuração do inadimplemento, entendendo-se como de escassa importância aquele que não afeta o fim econômico-social do contrato, observando as circunstâncias relevantes em cada relação contratual (BUSSATTA, 2007, p. 41).

Esta disposição é fundamental no instituto da resolução dos contratos, impondo a observância da boa-fé contratual e mantendo o contrato, ainda que parcialmente inadimplido, sempre que a sua função econômico-social for preservada (BUSSATTA, 2007, p. 42).

### **3.2.2 Direito alemão**

O direito alemão também possui uma regra expressa tratando da avaliação da gravidade do inadimplemento, a fim de possibilitar a resolução do contrato. Tal positivação veio a acontecer somente no ano de 2002, com a reforma realizada no direito das obrigações do Código Civil alemão. Em seu § 323 estabelece a possibilidade de resolução de contratos bilaterais pelo credor quando ocorrer do devedor não adimplir o contrato, ou nos casos de adimplemento que estejam em desacordo com este, desde que tenha sido fixado pelo credor prazo adequado ao devedor, a fim de que cumpra a obrigação (BUSSATTA, 2007, p. 42 e 43).

Assim como ocorre no direito italiano, a disposição legal é intencionalmente vaga, permitindo que a doutrina e a jurisprudência fixem seu conteúdo, o que traz uma dinamicidade maior às relações contratuais, sem que se delimite muito a atuação dos juízes, permitindo a análise do caso concreto (BUSSATTA, 2007, p. 45).

Preservar o contrato é a prioridade no direito alemão, sendo a resolução dos contratos excepcionalmente admitida em casos extremos; assim, a opção clara do legislador é por manter o contrato (BUSSATTA, 2007, p. 45).

### **3.2.3 Direito português**

Em Portugal, o Código Civil de 1966 também veda a resolução do contrato quando o inadimplemento for de escassa importância.

Nos artigos 802, n. 2<sup>1</sup> e 808, n. 2<sup>2</sup>, são impostos limites normativos ao direito de resolução, sendo vedado caso o inadimplemento parcial de escassa importância implicar na manutenção do interesse objetivo por parte do credor em ver a prestação adimplida, ou seja, se mantida a finalidade do contrato (BUSSATTA, 2007, p. 45).

O legislador português importou um critério objetivo do direito italiano, contudo, não definiu um princípio geral para a valoração da gravidade do inadimplemento. O interesse do credor deve ser resguardado de forma objetiva, aquele que corresponde à utilidade concreta da prestação (BUSSATTA, 2007, p. 46).

O tratamento legal que o ordenamento jurídico português dá ao instituto do adimplemento substancial em muito se assemelha ao tratamento do ordenamento italiano, contendo norma legal que veda a resolução em caso de inadimplemento de escassa importância (BUSSATTA, 2007, p. 46).

### 3.2.4 Direito espanhol

No direito espanhol, ao contrário dos sistemas analisados anteriormente, não há regra específica sobre a gravidade do inadimplemento que acarrete a resolução do contrato. No entanto, os tribunais firmaram a jurisprudência no sentido de que a resolução do contrato somente é admitida quando o descumprimento é grave, de importância econômica e que tenha força suficiente para impedir a satisfação econômica das partes (BUSSATTA, 2007, p. 46 e 47).

A doutrina e a jurisprudência admitem como fundamento para impedir a resolução do contrato ante o descumprimento de pouca importância os princípios da boa-fé objetiva, do *pacta sunt servanda* e da conservação dos contratos (BUSSATTA, 2007, p. 47).

Portanto, a vedação da resolução do contrato ante o inexpressivo descumprimento advém de construção doutrinária e jurisprudencial, que se vale de um critério objetivo, baseado na economia contratual, na utilidade do contrato e da prestação executada parcialmente (BUSSATTA, 2007, p. 48).

---

1 O credor não pode, todavia, resolver o negócio se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

2 A perda no interesse da prestação é apreciada objetivamente.

### 3.2.5 Direito inglês

No direito inglês, como já visto, vige a teoria da *substantial performance*, onde apenas um descumprimento suficientemente grave permite o uso da faculdade de resolver o contrato, cabendo, nos demais casos, perdas e danos (BUSSATTA, 2007, p. 49).

O princípio geral é o da gravidade das consequências do inadimplemento, o que possibilita avaliar também as obrigações acessórias. Os parâmetros para a aplicação no direito inglês são a insignificância do inadimplemento, a satisfação dos interesses do credor e a diligência por parte do credor (BUSSATTA, 2007, p. 49).

Assim, verifica-se que também o direito inglês veda o desfazimento do vínculo contratual quando o inadimplemento inexato satisfaz os interesses do contratante, tal qual os ordenamentos jurídicos anteriormente citados. Contudo, faz especial referência à conduta do devedor, mantendo, assim, não obstante inegável contradição, o direito do credor de buscar a resolução do contrato mesmo que o inadimplemento seja de escassa importância quando o devedor não se valeu da diligência que lhe era exigível, o que importa dizer, o devedor não agiu de boa-fé (BUSSATTA, 2007, p. 50).

Uma vez feitas essas considerações, passa-se à recepção da doutrina do adimplemento substancial pelo direito brasileiro.

### 3.3 A recepção da teoria do adimplemento substancial pelo direito brasileiro

Nos ordenamentos jurídicos analisados anteriormente fica claro que a gravidade do inadimplemento é fator determinante para a resolução ou não dos contratos. Em todos eles há a necessidade de que o inadimplemento seja grave a ponto de afetar a economia contratual para se permitir a resolução dos contratos.

No Brasil, a recepção do instituto vem ocorrendo de forma gradual. Ainda não há positivação e mesmo a doutrina e a jurisprudência ainda demonstram certo receio na recepção desse instituto. Por óbvio que a recepção pura e simples pode trazer diversos problemas, porém, todo novo instituto causa rupturas, e estas devem corresponder aos anseios da cultura jurídica do siste-

ma jurídico que o recepciona, razão pela qual deve ser este amoldado àquele (BUSSATTA, 2007, p. 87).

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 475<sup>3</sup>, dá ao credor a possibilidade de resolver o contrato quando a outra parte descumprir a prestação ou dever contratual a que estava legalmente obrigada. Com relação ao fundamento para a resolução, a doutrina pátria vem se posicionando no sentido de que seja a boa-fé objetiva, tendo o devedor descumprido com o dever contratual estabelecido, violou o dever de colaboração que lhe era esperado, frustrando o fim econômico-social do contrato. Importante salientar que o legislador pátrio não determinou qual o inadimplemento que fundamentaria a resolução do contrato, fazendo com que a doutrina e os tribunais fiquem vacilantes (BUSSATTA, 2007, p. 88).

Parte da doutrina defende que apenas o descumprimento definitivo, considerado objetivamente, é que daria ensejo à resolução, fundamentando-se na manutenção do vínculo contratual e no direito do devedor em purgar a mora enquanto a prestação for apta a ser cumprida e satisfazer as necessidades e interesses do credor (BUSSATTA, 2007, p. 88 e 89).

Assim, na ocorrência de inadimplemento relativo o credor pode optar em manter o vínculo contratual, exigindo o cumprimento da prestação mais as perdas e danos ou, se assim desejar, buscar a resolução, extinguindo o vínculo e recebendo as perdas e danos que o caso importar (BUSSATTA, 2007, p. 89).

Esta faculdade denota a importância da teoria do adimplemento substancial como limite do direito de resolver o contrato conferido ao credor, sendo que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, em especial naquelas onde a obrigação foi cumprida em quase sua totalidade pelo contratante, tendo o credor obtido quase a integralidade da prestação que almejava quando do contrato (BUSSATTA, 2007, p. 91).

A teoria do adimplemento substancial funciona como limite ao direito de resolver o contrato, impedindo que um pequeno descumprimento por uma das partes seja motivo para o desfazimento do vínculo. Assim, mantém-se o contrato, com sua carga de direitos e obrigações outrora estabelecidas, uma vez que o inadimplemento de escassa importância permite a

---

3 A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

sobrevivência do vínculo, porém, sem afastar a responsabilidade da parte inadimplente (BUSSATTA, 2007, p. 95).

Quando, no uso da autonomia privada, os contratantes criam regras que regularão o contrato em caso de descumprimento, podem elevar à condição de principal obrigação que outrora era acessória. Sendo a boa-fé objetiva norma de ordem pública, é certo que as partes não podem estabelecer cláusula que a contrarie, sob pena de ser considerada abusiva, podendo-se dizer que a autonomia de contratar não é ilimitada. Nesses casos, quando ocorre inadimplemento, num primeiro momento o contrato será resolvido de pleno direito. Contudo, se a cláusula resolutiva for contrária à boa-fé, será nula ou ineficaz, por se mostrar uma sanção excessiva em relação ao inadimplemento insignificante (BUSSATTA, 2007, p. 95-97).

Resta claro que a valoração da gravidade do inadimplemento deve ser avaliada ante o caso concreto, visto que são diversos os interesses que movem as partes, fazendo cada negócio jurídico uma relação contratual única. A garantia de segurança jurídica na aplicabilidade do instituto do adimplemento substancial será analisada no tópico seguinte, e neste ponto já se pode deduzir que sua aplicação vem ganhando a atenção tanto dos doutrinadores quanto dos tribunais pátrios.

#### **4. A análise econômica do direito como um meio de trazer segurança jurídica para a aplicação da função social do contrato e da teoria do adimplemento substancial**

Os fenômenos jurídicos e sociais estão sendo cada vez mais complexos e por muitas vezes não se consegue compreender tais fenômenos somente pela análise das normas jurídicas e princípios gerais do direito. Assim, faz-se necessário o uso de ferramentas que permitam uma melhor análise e compreensão desses fenômenos. É aí que surge a análise econômica do direito, que pode ser traduzida como um ramo da ciência jurídica marcado pela sua interdisciplinaridade com a ciência econômica.

A teoria econômica do direito desenvolveu-se com os trabalhos de Ronald Coase (1960), Guido Calabresi (1970), e Richard Posner (1972). Com vinculação à escola do pensamento denominada *law and economics*, “diversos

estudiosos passaram a analisar situações concretas e, logo após, as de viés jurídico, de forma que se pudesse prever resultados que confirmariam a existência das teorias propostas” (MENDONÇA, 2017, p. 9).

Neste sentido lecionam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 83):

Nesta segunda parte, começamos a abordar a inter-relação entre as duas disciplinas, tratando dos temas cobertos pela teoria de Direito & Economia, nossa tradução para a expressão da língua inglesa *Law & Economics*. Essa teoria aplica algumas premissas econômicas – como a de que, em geral, as pessoas procuram aquilo que consideram melhor para si – para analisar como a legislação afeta a conduta dos agentes econômicos e as relações sociais. Ao sobrepor à superestrutura legal as suposições tradicionais da análise econômica, a escola de Direito & Economia é capaz de utilizar o ferramental econômico não apenas para teorizar e analisar o impacto do direito sobre a economia, mas também para avaliar a própria qualidade dos instrumentos legais, de acordo com métricas econômicas predefinidas.

Portanto, a análise econômica do direito busca nas ferramentas e conceitos da economia o instrumental necessário, com a finalidade de compreender em que medida o comportamento dos indivíduos é influenciado pelas normas jurídicas e quais os efeitos que as regras legais podem ter sobre a conduta dos agentes econômicos (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88).

Quando há um aprofundamento nos estudos acerca da análise econômica do direito contratual, pode-se observar que os indivíduos têm preferências sobre resultados e que tais preferências são satisfeitas com base em limitações orçamentárias. Ainda, pode-se concluir que, ao contratar, as partes visam investir em um projeto com mútuos benefícios (POSNER, 2010).

No momento da elaboração de um contrato, as partes determinam qual o objeto deste contrato, elaboram suas cláusulas e especificam os valores dos riscos que alteram a obrigação contraída. Contudo, mesmo com auxílio de profissionais da área, geralmente esses contratos elaborados por particulares são incompletos, havendo ausência de cláusulas essenciais para resolver futuros litígios, sendo assim necessário que os particulares se utilizem de princípios e dos usos e costumes comerciais a fim de complementar o que se busca por meio do contrato pactuado (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2017, p. 10).

Deve-se ressaltar que um dos maiores desafios da ideia de contrato substancialmente adimplido é que a análise deve ser feita levando-se em conta a finalidade econômico-social do contrato e dos negócios envolvidos. A respeito dos critérios para a aplicação da teoria, o desafio atual da doutrina é estabelecer parâmetros que permitam que o judiciário diga, em cada caso, se o adimplemento foi substancial ou não significativo. Essa ausência de suporte teórico tem feito com que os tribunais brasileiros venham a invocar o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. Desta feita, o reconhecimento judicial da teoria do adimplemento substancial ocorre, nos dizeres de Schreiber, quando o cumprimento do contrato “com a falta apenas da última prestação”, ou o recebimento pelo credor de “16 das 18 parcelas do financiamento”, ou a “hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito”. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nas hipóteses “em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas”, ou de pagamento “que representa 62,43% do preço contratado” (2008, p. 140).

É neste ponto que a análise econômica do direito pode ser invocada para solucionar o problema de adequação prática da função social do contrato vista dentro da teoria do adimplemento substancial, vez que a falta de um padrão para o juiz aplicar tal teoria traz insegurança jurídica. Pode ocorrer desta intervenção judicial vir a causar externalidades negativas, pois mero risco de perda ou perda efetiva do litígio pela parte mais forte tende a causar efeitos ou a ser transmitido à coletividade, que pode acabar arcando com os custos pela parte mais fraca e juridicamente protegida (a exemplo das taxas de juros bancárias), contudo, sem receber o benefício compensatório de maior bem-estar. Deve-se considerar que a excessiva intervenção judicial nos contratos pode acarretar, além da insegurança jurídica, instabilidade ao ambiente econômico, tendo como consequência um maior custo de transação às partes para que negociem e façam cumprir os pactos (TIMM, 2012, p. 6).

Fazendo uma metáfora, pode-se considerar o contrato individualizado como sendo uma árvore e o espaço público do mercado (assim como o conjunto das interações sociais) como sendo a floresta. Nesse sentido, em um contrato de financiamento habitacional a coletividade é representada pela cadeia de mutuários (e possíveis mutuários), que dependem daquele indivíduo cum-

prir integralmente o contrato para que se consiga fomentar o sistema financeiro habitacional, tornando, assim, viáveis novos empréstimos para aqueles que necessitam. Isto posto, no caso de haver uma quebra nessa cadeia, na forma de inadimplementos contratuais, a coletividade perderá, pois não haverá recursos suficientes e os juros serão mais altos. Tal fato se explica de maneira muito simples, pois os bancos não fazem empréstimo do seu dinheiro, mas sim da moeda que captam junto ao mercado (TIMM, 2012, p. 31).

Não se pode olvidar que o mercado é o ambiente onde a relação contratual é celebrada, e não se pode pensar em interesses sociais nessa relação, descuidando do mercado. De um modo geral, o objetivo dos tribunais é maximizar o bem-estar social. Ou seja, geralmente os tribunais agem para promover o bem-estar das partes contratantes. Por outro lado, quando existem outras partes afetadas pelo contrato, ainda que estas não participem do pacto, o bem-estar delas deduz-se ser levado em consideração pelos tribunais (TIMM, 2012, p. 32). Neste mesmo sentido, para Williamson (1985), o mercado faz parte da sociedade e não pode ser separado dela.

Na análise econômica do direito prega-se que a melhora da eficiência e do bem-estar dos agentes se dá em razão da lei ou de sua aplicação, sendo que essa escolha quem faz são os tribunais, que visam definir qual é o contrato ideal ou como aplicar a custo zero. Assim, o objetivo central é o de motivar os agentes a cooperar e transformar situações sem solução não cooperativa em situações factíveis (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 109).

Diferentemente da nova economia institucional que privilegia os mecanismos privados para o desenho contratual, na teoria econômica do direito o foco da atenção se dá sobre a operação dos tribunais de justiça. Permite que se considerem os contratos incompletos, mas em vez de admitir-se que os agentes privados farão esforços *ex ante* para desenhar mecanismos para completar os contratos, focaliza-se o papel da justiça como provedora de soluções a custo zero. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 109).

A premissa do teorema de Coase é a de que os custos de transação são endógenos do sistema jurídico e que as normas jurídicas podem diminuir os custos de transação, assim, o direito pode incentivar a negociação ao diminuir esses custos.

Alguns custos de transação são endógenos ao sistema jurídico, no sentido de que as regras jurídicas podem reduzir os obstáculos à barganha entre as partes. O teorema de Coase propõe que a lei pode incentivar a barganha pela

diminuição dos custos de transação. A diminuição dos custos de transação lubrifica a barganha. (...) Podemos formalizar este princípio como o teorema normativo de Coase: Estructure a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados. (...) Assume-se que as trocas privadas podem alocar eficientemente os direitos. (...) Além de incentivar a barganha, o sistema jurídico tenta minimizar os desajustes e as falhas à cooperação, que são custosas à sociedade. (...) Estructure a lei de modo a minimizar o dano causado pelas falhas nos acordos privados (COOTER; ULEN, 2003, p. 93).

O resultado dessas intervenções, na prática, é que ocorre o aumento dos custos de transação sem que haja a resolução dos problemas que lubrificariam o mercado quando da existência de situações de imperfeição, que acabam por afastar ainda mais as partes de uma alocação eficiente. Quando ocorre esse aumento dos custos de transação, em uma visão mais conservadora do direito contratual, pode até mesmo haver a retirada de algumas práticas negociais do mercado ou, por vezes, a elevação preços de bens e serviços sem que exista um benefício proporcional em contrapartida, gerando uma externalidade nos contratos em cadeia (*i.e.* os contratos de seguro), contribuindo, assim, para uma diminuição de riqueza na sociedade (TIMM, 2012, p. 46).

Obviamente, não se pode sustentar que todos os contratos são completos e que, invocando a eficiência, os tribunais tem o dever de fazê-los cumprir de forma literal. O que se sustenta é que os tribunais deveriam evitar a interpretação discricionária das cláusulas do contrato livremente entabulado, fazendo-o em nome de termos muito genéricos, como justiça social e função social, com a visão da justiça distributiva. Não poderiam agir assim sem levar em conta as consequências de uma cadeia de eventos. A razão para tanto é que os tribunais não dispõem de estatísticas para medir quem se está de fato beneficiando e quem está verdadeiramente perdendo. Como já mencionado, em que pese não ser impossível a convergência entre justiça redistributiva e eficiência nos contratos, a baixa probabilidade de os tribunais acertarem a medida correta em cada caso concreto faz exsurgir grande presunção em favor do *pacta sunt servanda*. O sistema tributário seria, presumivelmente, mais eficiente em redistribuir a riqueza produzida na sociedade, enquanto os direitos dos contratos e propriedade são cumpridos (TIMM, 2012, p. 48).

Deve-se ter em consideração que toda problemática do direito contratual, da crise contratual, não será resolvida única e exclusivamente pela eco-

nomia. Nem sempre a análise econômica do direito e o direito econômico, de forma isolada, conseguem evitar que haja frustração das expectativas dos contratantes, o que acaba por tornar o contrato estabelecido entre eles juridicamente inexecutável (POSNER, 2010).

Desta forma, ainda que a análise econômica do direito contratual proporcione uma orientação de normas que podem modificar e reformar esse ramo do direito, sozinha ela não é capaz de vencer a crise do contrato, surgindo, assim, com o intuito de tentar dar efetividade e trazer a noção de justiça, novas teorias e dispositivos legais, “como é o caso da função social do contrato e da justiça social, que devem ser verificadas juntamente com o direito econômico e a análise econômica do direito” (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2017, p. 12).

A fim de exemplificar como os tribunais pátrios vem aplicando a teoria do adimplemento substancial, passar-se-ão a ser feitas breves considerações acerca da aplicabilidade desta teoria especificamente com relação aos contratos de seguros.

O artigo 763<sup>4</sup> do Código Civil estabelece que o segurado não terá direito à indenização se estiver em mora no pagamento do prêmio. Esta norma claramente entra em conflito com a teoria do adimplemento substancial. Julgados anteriores ao atual Código Civil se posicionaram no sentido de considerar que a ausência de quitação da última parcela, na data do sinistro, não autoriza a companhia seguradora a extinguir o contrato, pois o contrato havia sido cumprido substancialmente. Assim decidiu o STJ no REsp 76.362/MT<sup>5</sup> e no REsp 286.472/ES<sup>6</sup> (TARTUCE, 2014, p. 625-626).

4 Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes da purgação.

5 SEGURO - INADIMPLENTO DA SEGURADA - FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO - ADIMPLENTO SUBSTANCIAL - RESOLUÇÃO - A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. (STJ - REsp 76.362-MT - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - J. 11.12.95).

6 CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO. VEÍCULO DE CARGA. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA OU RESCISÃO JUDICIAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE DE AUTOMÁTICO CANCELAMENTO DA AVENÇA PELA SEGURADORA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. COBERTURA DEVIDA. I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em

Cumprе salientar que, apesar da alteração legislativa, alguns tribunais mantiveram o entendimento da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos de seguro, sendo invocados os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, dando uma interpretação restritiva a esse artigo do Código Civil (TARTUCE, 2014, p. 626).

Na IV Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 371 C/JF/STJ<sup>7</sup>, disciplinando a aplicabilidade do artigo 763 do Código Civil, que traz de volta o princípio da boa-fé objetiva em prol da manutenção do vínculo contratual. Tal Enunciado pode ser complementado pelo Enunciado n. 361 C/JF/STJ<sup>8</sup>, que traz o adimplemento substancial como realizador da função social do contrato e da boa-fé objetiva (TARTUCE, 2014, p. 626).

Ainda, com relação ao artigo 763 do Código Civil, na mesma Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 376 C/JF/STJ<sup>9</sup>, que estabelece que mora do segurado não é automática, pois necessita de notificação prévia. Assim, não se admite a manutenção da interpretação literal da regra do Código Civil, sendo novamente invocado o princípio da boa-fé objetiva a fim de que a seguradora notifique o segurado da mora e estipule prazo razoável para que o segurado possa purgá-la (TARTUCE, 2014, p. 627).

O critério a ser utilizado a fim de considerar o inadimplemento como de escassa importância deve levar em conta a economia do contrato, a relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento, abstendo-se de qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer em relação ao seu interesse. Tal entendimento vem sendo adotado majoritariamente pelos doutrinadores italianos e se percebe uma recepção desses conceitos nos julgados acima estudados (BUSSATTA, 2007, p. 103).

---

desfazimento automático do contrato, para o que se exige ou a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação, ou o ajuizamento de ação judicial competente. II. Matéria pacificada no âmbito da C. 2ª Seção do STJ (REsp n. 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 09.10.2002) III. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 19/11/2002, T4 - QUARTA TURMA)

- 7 A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.
- 8 O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.
- 9 Para efeito de aplicação do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação.

O direito deve aprovar e proteger a autonomia privada, não na medida em que segue um capricho momentâneo, mas naquela que almeja um objetivo e típico interesse para a modificação do estado de fato, alcançando as funções sociais dignas de tutela (BETTI, 2003, p. 258).

Essa finalidade prática do direito, socialmente relevante e buscada pelos contratantes é a causa final do negócio jurídico. Assim, os negócios jurídicos sinalagmáticos tem na sua função de troca a causa final do negócio. Esse conceito tem natureza híbrida e faz com que se confronte a vontade concreta dos sujeitos e os fins que perseguem com a função jurídica do negócio (BUSSATTA, 2007, p. 107).

Trazendo essa noção de causa à avaliação da insignificância ou não do adimplemento, pode-se afirmar que irá ocorrer adimplemento de escassa importância quando, ainda que haja lesão ao direito do credor, o contrato continue mantendo a sua função social, ou seja, o resultado prático perseguido pelas partes efetivamente se realiza, ainda que haja parcela inadimplida. Desta feita, o adimplemento poderá ser considerado como substancial quando esse fim prático previsto contratualmente não foi alcançado, de forma que a prestação realizada não conserva a utilidade para o credor (BUSSATTA, 2007, p. 107).

Pode-se, também, levantar o questionamento acerca das diferenças do tratamento dado aos contratos quando estes têm de ser discutidos no judiciário. Pelo nosso direito romano-germânico, os juízes se mostram mais tendenciosos que os anglo-saxônicos a “reescrever ou extinguir os contratos *ex post* quando esse resultado não foi expressamente contemplado pelas partes.” (PARGENDLER, 2018). Deste modo, existe na *civil law* uma maior manipulação subjetiva da norma, fazendo com que os tribunais possam adotar uma interpretação contratual mais ou menos intervencionista.

Os juízes desempenham um papel mais forte quando estão mais dispostos a (i) considerar provas extrínsecas relativas à fase de tratativas e (ii) depreender obrigações contratuais além daquelas expressas no acordo escrito, a fim de fazer jus à verdadeira intenção das partes. Por outro lado, desempenham um papel mais modesto quando se recusam a olhar para além da moldura do contrato escrito e a reescrever o instrumento para refletir melhor os desejos presumidos das partes. (PARGENDLER, 2018)

Dessa forma, considerando essa disposição estatal de intervir nos contratos dentro do *civil law*, interferindo nas cláusulas contratuais e até mesmo complementando ou suplantando a escolha das partes, tem-se remédios contratuais

mais fortes para o caso de inadimplemento (PARGENDLER, 2018) e talvez daí venha essa certa resistência dos tribunais pátrios em aplicar a teoria do adimplemento substancial, posto que não existem parâmetros legais para essa aplicação.

Partindo-se da premissa de que judicializar não é eficiente economicamente, e, apesar de não se poder idealizar uma fórmula matemática na aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, tem-se o desafio para a doutrina e a jurisprudência: estabelecer, no campo dessa teoria, em cada caso concreto, qual é o adimplemento capaz autorizar a resolução do contrato, tendo em vista o fim econômico-social deste. Como visto anteriormente, diferente do que ocorre nos códigos civis alemão (§ 323, 5), português (art. 802) e italiano (art. 1.455), não há no Código Civil Brasileiro previsão específica sobre o tema.

A aproximação entre economia e direito é uma necessidade imposta por conta das novas e relevantes questões que emergem na literatura econômica. Essa aproximação, contudo, ainda está em seu início, e há muitos ganhos decorrentes de uma pesquisa que articule conhecimentos do direito e economia. Em especial no Brasil, há um descolamento entre a pesquisa em economia, baseada em grande medida nas contribuições de autores anglo-saxões, e o ambiente jurídico local, cujas práticas e modo de funcionamento têm referências mais fortes no direito romano. Economistas ainda ignoram quais são as implicações do ambiente jurídico brasileiro, de suas particularidades institucionais, sobre o estudo de contratos. É possível que essa deficiência da perspectiva econômica dos contratos tenha algumas implicações sobre os resultados até agora alcançados. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 132-133)

A análise econômica do direito pode ser a resposta, trazendo a aplicabilidade dessa teoria com as devidas ressalvas, ponderações, possibilitando ao judiciário brasileiro uma mudança e uma quebra de paradigmas sem se olvidar da segurança jurídica necessária para o bom andamento das relações contratuais.

## **5. Conclusão**

Diante da pesquisa realizada foi possível ter uma noção básica acerca da função social do contrato, da teoria do adimplemento substancial e da correlação entre a análise econômica do direito e as teorias ora em comento.

Por todo o exposto no presente trabalho, concluiu-se, na seção 2, com relação ao princípio da função social dos contratos, que ainda não foi solucionado de maneira definitiva pela doutrina o ponto central, que consiste em precisar como devem ser conciliados os interesses individuais, sociais e econômicos no interior do contrato, percebendo-se que os reflexos sobre os interesses metaindividuais se projetarão com maior frequência e de maneira mais clara nos contratos destinados a regular relações de massa, como, por exemplo, aqueles de adesão a cláusulas gerais. Na seção 3 foi analisada a teoria do adimplemento substancial, onde se concluiu que a valoração da gravidade do inadimplemento deve ser avaliada ante o caso concreto, visto que são diversos os interesses que movem as partes, fazendo cada negócio jurídico uma relação contratual única. Por fim, na seção 4, foi concluído que fazer uso da análise econômica do direito não é afastar do direito o seu objetivo de perseguição de justiça, sendo importante o diálogo entre o direito e a economia para que se consiga analisar o caso concreto de forma a se verificar a melhor solução aplicada, sem se olvidar da segurança jurídica.

Assim, a solução adequada é a utilização da função social do contrato e da teoria do adimplemento substancial de forma conjunta com a análise econômica do direito, buscando conduzir as partes da relação jurídica contratual a comportamentos honestos e cooperativos que minimizem as falhas do contrato, garantindo a efetividade das cláusulas contratuais e fomentando o mercado como um todo, posto que há maior segurança jurídica na aplicação desses institutos.

O objetivo deste trabalho não foi o de esgotar o tema, mas sim o de despertar a curiosidade pela análise econômica do direito enquanto meio de garantir uma aplicação da teoria do adimplemento substancial de forma mais justa e equânime, buscando a segurança jurídica nas relações contratuais. Por conseguinte, essa nova visão traz novas abordagens sobre antigas teorias, enxergando o direito como uma ciência mutante e sujeita a questionamentos e mudanças de pensamento.

## 6. Referências

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, A. J. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECKER, A. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, n.1, p. 60- 77, Nov. 1993.

BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Gomes Gama. Campinas: LTM, 2003.

BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 1916. Lei 3.071/1916**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Conselho da Justiça Federal. Enunciados Aprovados – I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Conselho da Justiça Federal. Enunciados Aprovados – IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BUSSATTA, E. L. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COOTER, R.; ULEN, T. *Law & economics*. Boston: Addison Wesley, 2003.

FIGUEIREDO, E. F.; GIBRAN, S. M. **A Análise Econômica do Contrato e as Implicações do Princípio da Função Social do Contrato no Comércio Internacional. Percurso** [S.l.]. v. 2, n. 19, p. 37, fev. 2017. ISSN 2316-7521. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/14>. Acesso em: 06 maio 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v2i19.1751>.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDONÇA, A. L. P. Análise Econômica Da Aplicação Da Teoria Do Adimplemento Substancial Aos Contratos De Arrendamento Mercantil Sob A Êgide Do Sistema Civil-Constitucional Brasileiro. *Revista da AMDE* [S.l.]. v. 15, p. 120 - 137, set. 2017. ISSN 2175-5590. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/295>. Acesso em: 07 maio 2020.

NERY JÚNIOR, N. NERY, R. M. de A. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PARGENDLER, M. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. *Revista Direito GV* [S.l.]. v. 13, n. 3, p. 796-826, jan. 2018. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73326/70468>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, E. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

REALE, M. **O projeto do Novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROPPO, E. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROTTA, M. FERMENTÃO, C. A. G. R. O Pacta Sunt Servanda - Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Mestrado, v. 8, n. 1, p. 194-218, jan./jul. 2008.

SANTOS, A. J. **Função social do contrato. Lesão, imprevisão no CC/2002 e no CDC**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SCHREIBER, A. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. *Direito contratual. Temas atuais*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D.; AZEVEDO, P. F. **Economia dos contratos**. In: **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARTUCE, F. *Direito civil*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, L. B. *Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: Justiça Distributiva VS Eficiência Econômica*. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/06/2012\\_06\\_3733\\_3789.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/06/2012_06_3733_3789.pdf). Acesso em: maio 2020.

VENOSA, S. S. *Direito civil*. v. 2. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WILLIAMSON, O. *The economic institutions of capitalism*. Nova York: Free Press, 1985.



## Capítulo 9. Os efeitos econômicos da reversão de bens nos contratos de concessão

*Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves*

### 1. Introdução

A reversão de bens constitui um capítulo do tema dos serviços públicos, “um dos mais controvertidos do direito administrativo” (SAMPAIO; GUERRA, 2019, p. 374). Sinteticamente, a reversão de bens pode ser definida como a passagem ao poder concedente dos bens reversíveis, definidos como aqueles pertencentes à concessionária e que são necessários ao exercício do serviço público (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 696).

Questão relevante dentro do tema da reversão de bens nas concessões é a amortização e indenização da concessionária pelos investimentos realizados em bens reversíveis. Indaga-se, nesse sentido, se a reversão de bens vinculados ao serviço concedido somente deve ocorrer após a prévia indenização da concessionária pelos investimentos por ela realizados em tais ativos ou se essa indenização pode ser garantida por meios ordinários, após a assunção do objeto da concessão pelo poder concedente.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.307/PR<sup>1</sup>, manifestou o entendimento de que

Extinto o contrato de concessão (...), por decurso do prazo de vigência, cabe ao poder público a retomada imediata da prestação do serviço (...) a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público. A efetividade do direito à indenização da concessionária, caso devida, deve ser garantida nas vias ordinárias.

---

<sup>1</sup> A decisão mencionada foi proferida em julgamento de Agravo Regimental pela Corte Especial do STJ, em 06.12.2004. Posteriormente, o entendimento foi confirmado pelo mesmo tribunal no julgamento do Recurso Especial nº 1.059.137/SC pela Primeira Turma, em 29.10.2008; no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.197.430/SC pela Primeira Turma, em 02.12.2010; e, finalmente, no julgamento do Recurso Especial nº 1.314.050/RJ pela Segunda Turma, em 06.12.2012.

A razão subjacente ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça é a de que, ao tornar a reversão de bens um fato automático ao fim da concessão do serviço, o poder público assegura o controle e a continuidade do serviço com o domínio sobre os ativos a ele vinculados. Nesse sentido, é sustentado no acórdão do STJ que a ausência de reversão automática dos bens afetados ao objeto da concessão tem potencial para prejudicar o fornecimento regular de serviço público concedido, visto que dificilmente a concessionária investirá recursos próprios na execução de obras de melhoria uma vez encerrado o período de vigência do contrato de concessão.

Há críticas à posição do Superior Tribunal de Justiça na doutrina.

Sampaio e Guerra (2019) refletem sobre as condições para a reversão dos bens ao fim da concessão, inclusive citando o entendimento jurisprudencial mencionado. De acordo com os autores, a posição do Superior Tribunal de Justiça pode ser questionada com fundamento em analogia com o instituto da desapropriação. Para Sampaio e Guerra, a reversão sem o pagamento de prévia indenização “pode caracterizar verdadeira expropriação por parte do poder público, especialmente se considerando a *via crucis* que o administrado poderá ter que percorrer até o trânsito em julgado de ação judicial que requeira a respectiva indenização e o recebimento do correspondente precatório” (p. 383).

Outra crítica à reversão automática de bens nas concessões é a de Eros Roberto Grau. Para Grau (2012, p. 43-44), o poder concedente desrespeita o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão se proceder unilateralmente à reversão sem o pagamento da indenização prevista na lei para investimentos em bens reversíveis ou caso não prorrogue o prazo de vigência do contrato como alternativa compensatória. Por essa razão, o autor sustenta que, ao proceder desse modo, o poder público estaria incorrendo em enriquecimento sem causa.

No contexto da discussão acima, propõe-se neste artigo uma investigação sobre os possíveis efeitos econômicos causados pela reversão de bens no fim do prazo de vigência dos contratos de concessão sem garantia de pagamento de prévia indenização à concessionária pelos investimentos realizados e não amortizados ou depreciados. No trabalho, serão buscadas respostas à seguinte indagação: que efeitos econômicos possivelmente produz a reversão de bens vinculados ao contrato de concessão sem garantia do prévio pagamento de indenização à concessionária?

A hipótese de pesquisa é a de que a reversão automática de bens nos contratos de concessão provoca ineficiência econômica, dado que constitui uma falha na delimitação dos direitos de propriedade da concessionária sobre os bens reversíveis. A reversão automática de bens dificulta as transações envolvendo os ativos vinculados ao objeto do contrato de concessão, principalmente as transações que envolvem investimentos para construção, operação e manutenção dos bens.

A investigação proposta é relevante porque uma das causas apontadas para a dificuldade brasileira em retomar os investimentos por meio de concessões nos setores de infraestrutura (energia, transportes, saneamento etc.) relaciona-se com o componente institucional, sendo indicadas pela doutrina como travas institucionais as mudanças ilógicas de políticas públicas (controles, regulação etc.), insegurança jurídica, entre outras (GONÇALVES, 2019, p. 58-67). Na nossa compreensão do tema, a controvérsia sobre o pagamento da indenização de investimentos realizados pela concessionária em função da reversão dos bens pode ser considerada uma das fontes de insegurança jurídica nas concessões.

Do ponto de vista teórico, o estudo sobre os efeitos econômicos da reversão automática de bens nas concessões pode contribuir não somente para o aperfeiçoamento da interpretação atual da regra vigente — art. 35, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 —, mas até mesmo para o aperfeiçoamento da própria legislação, posto que se encontra tramitando no Congresso Nacional projeto de lei para instituir uma Lei Geral de Concessões, no qual se propõe uma disciplina para o tema<sup>2</sup>.

Para executar a pesquisa, realizou-se a revisão de literatura sobre a teoria da reversão de bens no direito administrativo brasileiro, aplicando-se a análise econômica do direito como método de investigação para buscar respostas ao

---

2 Em 27.11.2019, a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7.063/2017, aprovou parecer do relator com proposta de substitutivo para a nova Lei Geral de Concessões. No texto aprovado pela comissão, é previsto: a) no art. 101, XIV, cláusula essencial do contrato dispondo sobre a metodologia detalhada para cálculo do valor e momento de pagamento da indenização referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados; b) no art. 144, § 1º, antes do advento do termo do contrato, a realização de levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária nos casos de extinção por advento do termo do contrato ou encampação, relativa às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. A obrigatoriedade da indenização prévia somente é expressamente prevista na proposta aprovada nos casos de encampação e rescisão contratual, conforme o art. 144, § 2º.

problema proposto (PORTO, 2019, p. 26-27). Nesse ângulo, utilizou-se a perspectiva interdisciplinar da análise econômica do direito para, a partir da formulação proposta no teorema de Coase, investigar e descobrir quais são os possíveis efeitos econômicos da ausência de garantia do prévio pagamento de indenização de investimentos não amortizados na reversão de bens nas concessões<sup>3</sup>.

Para a consecução do objetivo proposto, o artigo é estruturado em quatro seções, sendo a primeira destinada à sua introdução.

Na segunda seção serão descritos os principais pontos da teoria da reversão dos bens aplicados nas concessões. Na terceira seção será apresentada a perspectiva dos custos de transação do teorema de Coase e a caracterização das concessões como instrumentos jurídicos que operam num mundo de custos de transação positivos. Em seguida, com apoio no citado referencial teórico, serão apontados os possíveis efeitos econômicos da reversão de bens vinculados à concessão sem a garantia de prévio pagamento de indenização à concessionária por investimentos não amortizados.

Na última seção serão apresentadas as considerações finais.

## **2. Elementos da teoria da reversão de bens nos contratos de concessão**

### **2.1 Conceito e regimes de reversão de bens**

A reversão de bens constitui um capítulo do tema dos serviços públicos, “um dos mais controvertidos do direito administrativo” (SAMPAIO; GUERRA, 2019, p. 374). Sinteticamente, a reversão de bens pode ser definida como a passagem ao poder concedente dos bens pertencentes ao concessionário necessários ao exercício do serviço público (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 696). A reversão pressupõe a existência de uma concessão e a sua realização

---

3 Sobre a aplicação de raciocínios econômicos no direito, observa Marrara (2007): “Em várias discussões e ainda que se guie por um vetor de legalidade, o direito absorve teorias econômicas. Na realidade, ‘em diversos casos, o direito (lei) obriga a que se fundamente uma decisão tanto no cálculo de eficiência quanto nos resultados esperados’. Pode ocorrer, portanto, que a realização da legalidade, a prática da conduta legal, exija a ponderação sobre questões de natureza econômica” (p. 195).

deve ocorrer ao fim do prazo de vigência do pacto existente, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato (art. 35, § 1º, da Lei nº 8.987/1995).

Meirelles (2002, p. 376) sustenta que as cláusulas de reversão nos contratos concessórios devem prever quais são os bens que serão objeto de reversão e em que condições ela ocorrerá. O autor destaca que a cláusula dispondo sobre a reversão é essencial ao contrato de concessão, conforme o art. 23, I, da Lei nº 8.987/1995, mas a sua ausência não impede que o citado fato jurídico-administrativo ocorra, hipótese na qual deverá abranger “o serviço com todo o acervo aplicado na sua prestação” (p. 376).

A reversão de bens utilizados por concessionárias na execução das atividades concedidas é sujeita a dois regimes de reversibilidade (SUNDFELD; CÂMARA, 2016).

O primeiro deles é o regime de *reversão patrimonial*, aplicado às concessões tradicionais, como nos monopólios naturais de transmissão e distribuição de energia elétrica, gás canalizado, saneamento básico, ferrovias, aeroportos, entre outros. Neste regime de reversão os ativos afetados ao serviço concedido (bens reversíveis) integram formalmente o patrimônio da concessionária, mas do ponto de vista contábil são considerados ativos integrados ao serviço e devem ter o seu custo de investimento e manutenção amortizado antes da reversão. Investimentos realizados para a aquisição de bens reversíveis devem sempre ser determinados, quantificados, exigidos e acompanhados com antecedência pelo poder concedente. Há, no dizer dos autores, “minuciosa antecipação de consequências econômicas”, ainda que o “previamente estabelecido comporta[re] alteração no curso da execução do contrato” (SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 155).

Já o modelo de *reversão funcional* é o tipo aplicado para regular a passagem dos bens reversíveis do patrimônio da concessionária para o domínio do poder concedente nas concessões em que a concorrência no serviço é admitida, como no caso das concessões do Serviço de Telefonia Fixa Comutado. Na reversão funcional, os bens reversíveis têm natureza jurídica de propriedade privada, estão sujeitos a uma condição cambiante e limitam-se aos estritamente indispensáveis à prestação do serviço.

Nesse regime, a concessionária (e não o poder concedente) é legal ou contratualmente designada como a responsável pela definição dos bens que são considerados indispensáveis à prestação do serviço concedido. Os bens que não se incluem entre os estritamente necessários são “os bens sem utili-

zação atual, os bens usados para fins de renda, os bens usados em atividades meramente administrativas, os bens usados na prestação de serviços outros que não os concedidos, etc.” (SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 163).

Comparativamente, o regime de reversão funcional de bens é mais flexível que a reversão patrimonial, permitindo que a concessionária tenha mais liberdade para definir a estrutura patrimonial e os ativos que receberão investimentos. Para viabilizar a prestação do serviço, a estrutura patrimonial da concessionária é composta por bens de terceiros utilizados mediante contratos ou instrumentos jurídicos alternativos à propriedade, evitando assim a internalização do ativo no patrimônio da concessionária.

De outro lado, na reversão patrimonial a internalização dos bens reversíveis no patrimônio da concessionária e os respectivos investimentos são definidos antecipadamente pelo poder concedente, ainda na fase da licitação e seus regulamentos. Por esse motivo, recai sobre a concessionária a prévia obrigação de investir em bens reversíveis que serão amortizados e indenizados em decorrência da reversão dos ativos ao poder público.

De acordo com Mattos (2016), o regime de reversão patrimonial dá maior certeza na definição dos ativos que serão objeto de reversão no fim do contrato, enquanto no tipo funcional existe a necessidade de se verificar no curso do contrato o que é essencial ao objeto da concessão ou, em outras palavras, o que será revertido ao poder concedente.

## **2.2 Natureza jurídica dos bens sujeitos à reversão**

A identificação da natureza jurídica dos bens sujeitos à reversão é “um dos temas do Direito Brasileiro que gera perplexidade” (ARAGÃO, 2008, p. 618) porque tais bens não são facilmente enquadráveis nas categorias jurídicas clássicas, como bens públicos ou bens privados.

Em estudo realizado na década de 1950, abordando o tema sob a perspectiva da reversão patrimonial, Carvalho (1956a; 1956b) enquadra os bens reversíveis como objeto de propriedade privada do concessionário resolúvel a termo. O concessionário pode utilizar tal direito inclusive para levantar crédito a fim de financiar a construção das instalações destinadas à prestação do serviço público concedido. Com o advento do termo — evento futuro e certo

coincidente com a extinção da concessão, o poder concedente passa então a exercer plenamente o direito de propriedade preexistente.

Carvalho afirma que “durante o prazo da concessão, alguns bens, que originalmente são empregados no serviço dela podem deixar de sê-lo, por terem se modificado as condições que tornavam úteis em determinada finalidade” (p. 32). Nesse sentido, a natureza pública ou privada do bem não tem relevância para a sua identificação como bem reversível, porque a utilidade do bem ao serviço público e o fato de fazer parte de uma universalidade patrimonial é o fator determinante para que seja revertido ao poder público no fim da concessão.

Na vigência do contrato de concessão, modificações no escopo do serviço são possíveis e a estas modificações podem corresponder a retirada de bens do uso especial, perdendo neste caso a natureza de bem reversível. A justificativa, segundo Carvalho (1956b, 32), pode ser “a superveniente inadequação técnica, o deslocamento do eixo de operação do serviço e assim por diante”.

Contemporaneamente, a doutrina aponta maior dificuldade para realizar um enquadramento dos bens reversíveis em categorias de propriedade já consolidadas (ARAGÃO, 2008, p. 618).

Justen Filho (2005, p. 515-516) sustenta que a concessão de um serviço público dá origem a uma estrutura material indispensável à execução de atividades necessárias, sendo a sua organização definida no contrato de concessão, inclusive no tocante ao destino final dos bens no fim da concessão. Segundo o autor, o patrimônio afetado pode ser público ou privado e a afetação produz um regime peculiar, somente podendo ter destinação diversa ao fim da afetação se isto não prejudicar a continuidade do serviço público. O autor considera que os bens reversíveis estão entre os bens privados, sendo considerados nessa categoria os não-consumíveis, isto é, aqueles que tem vida útil inferior ao do período da concessão.

Aragão (2008, p. 620) observa que, no curso da concessão, os bens reversíveis têm natureza privada, mas são gravados pela inalienabilidade (salvo prévia autorização do concedente), impenhorabilidade e destinação predeterminada, além de estarem sujeitos a uma condição resolutiva ao fim da delegação. O autor destaca a impossibilidade de ocorrer a reversão de bens de terceiros utilizados na prestação do serviço pela concessionária, através de contratos de locação, por exemplo. Para ele, a concessionária tem a faculdade gerencial de escolher prestar o serviço concedido utilizando bens próprios ou de terceiros, mas neste último caso, o bem não será considerado reversível.

Sampaio e Guerra (2019, p. 376-377), após revisão de doutrina, esclarecem que os bens pertencentes às concessionárias de serviços públicos podem ser enquadrados em três categorias distintas: a) *bens públicos afetados à concessão*: os de propriedade do poder concedente que foram recebidos pela concessionária no início da execução contratual, sobre os quais a concessionária exerce somente a posse; b) *bens privados afetados e reversíveis*: aqueles que são propriedade privada da concessionária, sujeitos a um regime jurídico especial, os quais são adquiridos pelo poder público ao fim da concessão na modalidade aquisição originária (reversão); e c) *bens privados não afetados*: são os bens adquiridos pela concessionária durante a execução contratual sem afetação ao serviço público, portanto, não reversíveis.

Finalmente, Grau (2016, p. 37-38) segrega as naturezas jurídicas do bem e do direito de propriedade sobre ele exercida, classificando os bens reversíveis como bens públicos de uso especial, de propriedade privada resolúvel da concessionária até o termo do prazo da concessão, razão pela qual o poder concedente pode regulamentar o uso de tais bens pelo concessionário desde que resguardados o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e a continuidade e a qualidade da prestação do serviço público concedido.

## 2.3 Funções jurídicas da reversão de bens

Pode-se afirmar que a reversão de bens nas concessões de serviços públicos possui duas funções. Tais funções estão identificadas nos artigos 35, § 1º, e 36 da Lei nº 8.987/1995:

Art. 35...

§1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

(...)

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Ou seja, são inerentes à reversão as seguintes funções: a) transferir a propriedade do bem reversível ao poder concedente, garantindo a continuidade do serviço concedido; e b) garantir ao concessionário a correspondente indenização por parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Sundfeld e Câmara (2016, p. 152) sustentam que a reversão tem dupla função: de um lado, constitui prerrogativa do Estado para preservar a continuidade dos serviços públicos e, de outro, também funciona como garantia econômica dos prestadores, pois garantem a amortização do valor por eles investido nos bens vinculados ao serviço.

Por sua vez, Grau (2012, p. 39-40) caracteriza a dupla função da reversão ao afirmar que os bens de propriedade do concessionário, nos quais tenham sido feitos investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, somente serão [re]vertidos ao domínio público após a solução de desequilíbrios econômico-financeiros, com a amortização de investimentos ainda não indenizados. De acordo com o autor, a realização da [re]versão de bens de propriedade do concessionário na pendência de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato constitui enriquecimento sem causa do poder concedente, em clara violação ao art. 884, do Código Civil.

### **3. Efeitos econômicos da reversão de bens vinculados aos contratos de concessão**

Apresentados os conceitos jurídicos relacionados ao caso objeto de estudo, passa-se nesta seção a identificar e discutir as possíveis consequências econômicas levadas a efeito pela reversão de bens sem a garantia de pagamento prévio de indenização à concessionária pelos investimentos realizados e não amortizados.

Antes disso, porém, será apresentado o referencial teórico utilizado para a investigação.

### 3.1 Teorema de Coase, custos de transação, direito e eficiência

Para realizar a investigação proposta neste trabalho parte-se da noção de que há um equilíbrio Pareto eficiente em mercados perfeitamente competitivos (PORTO, 2019, p. 32-33). Por outro lado, assume-se que geralmente mercados não operam em competição perfeita e, além disso, existem custos de transação positivos para realizar trocas econômicas, razões pelas quais o sistema jurídico tem um efeito profundo no funcionamento do mercado e talvez o seu controle em certos aspectos (COASE, 2005, p. 36-37).

A ideia de uma economia com custos de transação positivos foi publicada inicialmente em 1937, por Ronald Coase, no artigo *The nature of the firm*. Até então, o pensamento econômico girava em torno da ideia de que os sistemas econômicos seriam normalmente competitivos e autorreguláveis e que, em tais situações, a coordenação da produção por um sistema de preços [mercado] levaria a uma produção de bens e serviços que consumidores mais valorizassem (COASE, 2005, p. 33).

Coase (2005, p. 34) partiu da constatação de que existem custos de utilizar o mercado como meio para organizar a produção: custos de descobrir os preços, das negociações, de redação dos contratos, de inspeções e dos meios de solução de disputas. Nesse quadro, a existência de firmas (empresas) seria explicada com o argumento de que de que elas seriam mecanismos utilizados para afastar os referidos custos existentes nas trocas realizadas no mercado (p. 34).

Em 1960, Coase desenvolveu a sua ideia sobre a relação entre custos de transação e o sistema econômico, publicando o artigo *The problem of social cost*. No texto, o economista discutiu o papel dos direitos de propriedade e dos custos de transação para a alocação eficiente de recursos por meio do mercado “a partir da análise de alguns casos emblemáticos da jurisprudência norte-americana e inglesa” (PORTO, 2019, p. 44). Após a publicação de 1960, Coase direcionou seus estudos para o tema dos “direitos de propriedade e seu elo com os custos de transferência de tais direitos” (FERREIRA; FERREIRA, 2016, XLIII).

Coase sustenta que, nas situações nas quais *não* há custos de transação, a barganha conduz ao uso eficiente dos recursos, independentemente da atribuição inicial de direitos de propriedade. De outro lado, o argumento traz

implícita a conclusão de que, *com* custos de transação elevados, o uso eficiente de recursos depende da atribuição inicial dos direitos de propriedade, isto é, de como tais direitos são definidos no sistema jurídico (PORTO, 2019, p. 46).

Coase (2005, p. 37) define direitos de propriedade não como o domínio exercido sobre corpos físicos, mas como titularidade de direitos — obrigações e liberdades — para realizar certas ações que são especificadas no sistema jurídico. Assim, o relevante é que as pessoas transacionam pacotes de direitos, que podem incidir sobre objetos físicos ou não. Ele observa ainda que, em termos de eficiência, é desejável que esses direitos sejam delimitados com clareza pelo sistema jurídico, permitindo que eles possam ser alocados a um menor custo de transação para as pessoas que possam conferir-lhe maior produtividade.

Um fator relevante para a identificação do nível dos custos de transação é a quantidade de pessoas que negociam. Quanto menor a quantidade de pessoas e quanto mais próximas estas pessoas são, menores são os custos transacionais (para negociar, desenhar um contrato e monitorar o seu cumprimento) e, portanto, maior é a probabilidade de que a negociação privada resulte numa alocação eficiente dos direitos. Em sentido oposto, as negociações entre muitos indivíduos possuem elevada assimetria informacional e altos custos (de transação) para viabilizar uma negociação privada entre os envolvidos (COOTER; ULEN, 2010, p. 117-118), razão pela qual a alocação eficiente de recursos depende de maior intervenção do sistema jurídico.

### **3.2 Contratos de concessão são parte do mundo dos custos de transação positivos**

Os contratos de concessão fazem parte do mundo dos custos de transação positivos, no qual, segundo Coase, o sistema jurídico possui relevante papel para promover a eficiência das trocas mediante a delimitação adequada dos direitos de propriedade.

Spiller (2013, p. 234) aponta as características das concessões (especialmente as equivalentes às *utilities* norte-americanas) que criam problemas transacionais entre o poder concedente (governo) e os concessionários (investidores privados): a) seus produtos são largamente consumidos; b) possuem economias de escala e escopo com níveis relevantes de demanda; e c) os inves-

timentos são altamente específicos, no sentido de que envolvem altos custos afundados, com pouco ou nenhum uso alternativo.

A associação entre altos investimentos específicos (em bens reversíveis) com pouco ou nenhum uso alternativo e a necessidade de alta demanda por um grande número de usuários eleva os custos transacionais porque é difícil a negociação entre a concessionária (investidor privado) e aqueles. Por isso, é necessária a intervenção do poder concedente (governo) para viabilizar essas negociações, seja delimitando e garantindo o cumprimento dos direitos de propriedade da concessionária no contrato de concessão, seja representando coletivamente os interesses dos usuários nas negociações com a concessionária.

Portanto, dado que os custos de transação são positivos, a alocação inicial de direitos de propriedade importa para a eficiência do contrato de concessão. De outro lado, para compreender como a alocação inicial de direitos opera para diminuir os custos transacionais nas concessões é preciso descrever a atuação do poder concedente, da concessionária e demais envolvidos no funcionamento do objeto da concessão.

Em contratos de concessão, o governo delega à concessionária um conjunto de direitos — entre eles a propriedade resolúvel dos ativos vinculados, fato que viabiliza a exploração econômica do ativo e a amortização dos investimentos realizados. Nesta relação, o poder concedente tende a se apropriar do valor investido pela concessionária por meio de condutas oportunistas (*ex post*).

O comportamento do governo tendente à apropriação do valor dos investimentos da concessionária é exercido tanto de formas drásticas como sutis, e decorre do exercício da discricionariedade política e administrativa, isto é, quando promove mudanças legislativas e alteração das regras aplicáveis aos contratos ou quando pratica atos em processos administrativos, como de imposições de sanções por deficiência de qualidade e indeferimento de revisões e reajustes das condições econômico-financeiras para a exploração do bem reversível.

Desse modo, a exploração econômica do bem reversível e a realização dos investimentos pelas concessionárias por meio de contratos de concessão depende da redução dos custos de transação originados pelos riscos de oportunismo *ex post* do governo, o que é levado a efeito pela alocação inicial de direitos na relação firmada entre o poder público e o prestador privado. Diante da característica do objeto do contrato de concessão, eventuais problemas na alocação inicial dos direitos têm potencial para elevar os custos de transação,

gerando ineficiências e, em certos casos, inviabilizando economicamente os investimentos e a exploração do bem vinculado à concessão.

### **3.3 Efeitos econômicos da reversão de bens vinculados aos contratos de concessão sem garantia do prévio pagamento de indenização à concessionária**

Diante de riscos de atuação oportunista do poder concedente, concessionários tendem a exigir garantias para investir. Tais garantias são, basicamente, arranjos jurídicos que limitam a discricionariedade do poder concedente, afastando o risco de apropriação dos investimentos privados vinculados ao objeto da concessão (SPILLER, 2013, p. 236).

Sem garantias, como a efetiva indenização pela reversão de bens ao fim do contrato de concessão, ineficiências podem surgir em várias frentes. Spiller (2013) explica que,

*In the absence of safeguards investment inefficiencies may arise in several fronts. First, under investment will be the norm. Second, investments may take place exclusively in segments whose market return is very high and where the payback period is relatively short. Third, maintenance expenditures may be kept to the minimum, thus degrading quality. Fourth, investment may be undertaken with technologies that have a lower degree of specificity, even at the cost of, again, degrading quality. Fifth, up-front rents may be achieved by very high prices which although may provide incentives for some investment, may be politically unsustainable (p. 236).*

No artigo, Spiller (2013, p. 236) cita três exemplos para as ineficiências por ele categorizadas.

O primeiro exemplo trata da forma de mitigar o risco dos investimentos específicos em mercados com incerteza na demanda, ou seja, com incerteza relacionada ao retorno tempestivo para investimentos projetados. São mencionados os casos de antecipação do valor do financiamento dos investimentos pelos próprios demandantes, como ocorrido no serviço público de água de Santa Cruz, na Bolívia. No caso da Lei Geral dos Serviços de Eletricidade do Chile, de 1982, o autor observa que o regime jurídico possibilita a cobrança de uma taxa de antecipação de investimentos ou a realização direta destes pelos demandantes.

No Brasil, a antecipação de recursos à concessionária é prevista no art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004, na forma de aporte do poder concedente em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis. Mas também há outras formas aplicadas para antecipar recursos, como o financiamento dos investimentos por meio de empréstimos subsidiados, muito utilizada em governos passados, como no caso da concessão da ferrovia Transnordestina, financiada com recursos da Companhia Siderúrgica Nacional, da estatal VALEC, do Finor, BNDES, BNB e da Sudene (GONÇALVES, 2018, p. 168-169).

O segundo exemplo trazido pelo autor refere-se à ineficiência correspondente à utilização de tecnologias inespecíficas nos ativos vinculados à concessão, com o custo gerado pela queda na qualidade do serviço prestado. De acordo com o texto, no Leste Europeu e na África houve uma corrida pela telefonia celular antes da disponibilização de *links* fixos, resultando na diminuição da magnitude dos investimentos realizados pelas concessionárias e na transferência de parte destes para os consumidores.

Este tipo de ineficiência é possível no Brasil se imaginarmos que a concessionária pode desvirtuar o objetivo do regime de reversão funcional de bens, que é o de viabilizar a competição no setor com maior flexibilidade na decisão dos investimentos. Nesse sentido, a concessionária pode priorizar investimentos em ativos inespecíficos, evitando a sua incorporação à base de ativos necessários ao serviço concedido e, desse modo, diminuir a base de ativos reversíveis. Mattos (2016) cita um exemplo possível nas concessões do Serviço de Telefonia Móvel Comutado (STFC): “uma rede de fibras óticas para oferta de serviço de banda larga também pode carregar serviços de voz (...), sendo integrada ao STFC. No entanto, o concessionário pode optar por não fazê-lo tão somente para não arriscar torná-la ‘essencial’ para o STFC(...)” (p. 12-13).

O terceiro exemplo diz respeito à antecipação de investimentos ao custo do estabelecimento de elevadas taxas iniciais de retorno no contrato firmado entre o governo e a concessionária. Segundo o autor, antes da privatização dos serviços de telecomunicações na Argentina houve uma elevação do preço dos serviços acima dos níveis cobrados internacionalmente, de forma que, ainda que tenham sido negados reajustes tarifários em seguida, o retorno dos investimentos continuou positivo.

Tais ineficiências são respostas racionais do concessionário para compensar os elevados custos de transação criados pela falta de clareza na delimitação das regras que asseguram a utilização da propriedade sobre bens necessários para a produção dos serviços objeto dos contratos de concessão. Como há dúvida razoável sobre efetividade da compensação do concessionário pela valorização do ativo com investimentos privados, tais investimentos tendem a ocorrer em nível de eficiência abaixo do projetado.

No limite, como acentua Spiller, simplesmente a concessão com investimentos privados em ativos específicos (bens reversíveis) pode se mostrar inviável, sendo a operação pública o único modo viável para que os investimentos ocorram.

Todavia, deve-se questionar se realmente é possível que ocorra a inviabilidade de toda a concessão como cogitados por Spiller, considerando o fato de que a reversão “automática” de bens ocorre somente no fim do prazo de vigência do contrato. Em outras palavras: a ausência de garantia de prévia de indenização pela reversão de bens não amortizados não seria um problema circunscrito ao fim do contrato de concessão ou é possível que este problema se projete sobre toda a relação contratual?

Sampaio e Guerra (2019, p. 383-384) explicam que nos casos das concessões de energia elétrica há geralmente a necessidade de investimentos adicionais no curso do contrato, investimentos estes que não foram previstos no momento da formação do pacto. Para os autores, com a reversão automática, os “investimentos adicionais feitos pela concessionária podem ser insuscetíveis de amortização no prazo estabelecido inicialmente. Desse modo, somente se for garantido à concessionária o retorno da totalidade dos investimentos efetuados ela os fará” (p. 384).

Nesse sentido, a ausência de garantia de compensação por investimentos na reversão de bens no fim do prazo de vigência do contrato encurta o horizonte dos investimentos iniciais (para dar margem à concessionária) e dificulta a realização de investimentos não previstos inicialmente, cuja necessidade surge no curso contratual. Mattos (2016) observa, ao comentar o caso das concessões do STFC, que os riscos relacionados à reversão de bens nas concessões não têm grandes efeitos no início do contrato, mas os tem a partir de dez anos antes do fim da relação, passando a pesar de forma mais significativa nos incentivos criados para a realização de investimentos da concessionária.

Nesse quadro, as necessidades de reinvestimento que surgirem serão mais significativas, os concessionários tendem a cobrar mais por eles (ainda mais se forem antecipados para o início do contrato) e sempre serão negociados com a perspectiva de que o concessionário pode vir a não receber o que lhe é devido no momento da reversão dos bens.

### **3.4 A reversão de bens, em si, pode ser uma causa de ineficiência econômica nas concessões**

A ineficiência econômica como efeito da regra de reversão “automática”, com claro problema de incentivo ao subinvestimento privado em ativos vinculados a concessões, não significa que a previsão de pagamento prévio de indenização no fim do contrato por investimentos não amortizados tenha como efeito inequívoco um equilíbrio Pareto eficiente.

Mattos (2016) publicou um trabalho para a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, no qual discute a questão no âmbito das concessões do Sistema de Telefonia Fixa Comutado. No seu texto, o autor desenvolve o argumento de que a regra da reversibilidade, por si só, gera ineficiências, pois “enfraquece os direitos de propriedade e, por conseguinte, reduz a capacidade de gerar riqueza, especialmente incentivos ao investimento” (p. 14).

O autor lista quatro direitos de propriedade: 1- usar o ativo como bem entender; 2- impedir o uso do ativo por terceiros; 3- transferir os direitos de propriedade para um terceiro; e 4- auferir renda do ativo, indicando como cada um desses direitos gera riqueza e as limitações impostas a estes direitos nos contratos. O instituto da reversibilidade é uma limitação temporal do usufruto dos quatro direitos de propriedade elencados que restringe a transferência dos bens reversíveis a terceiros que lhe atribuam um valor produtivo maior e remove o direito de auferir renda no futuro.

Segundo o autor, a remoção do direito de auferir renda no futuro operada pela reversão dos bens vinculados à concessão pode ser compensada com a indenização efetiva por investimentos realizados e não amortizados, como se fosse dono dos ativos. Teoricamente, essa medida resolveria o problema da ineficiência decorrente dos incentivos (isto é, custos de transação) criados para a realização de investimentos.

Entretanto, ainda assim não se teria como resultado um equilíbrio Pareto eficiente, pois

O incentivo é para que o concessionário coloque apenas o esforço de manutenção que seja suficiente para maximizar o lucro enquanto exercer todos os direitos de propriedade até a data da reversibilidade. Quanto mais próximo desta última, menores os retornos derivados do cuidado sobre estes ativos. O incentivo é o exauri-los ao máximo. Note-se que isto vale tanto para os ativos amortizados como para os não amortizados (MATTOS, 2016, p. 9).

O autor, então, passa a trabalhar a hipótese de uma indenização pela limitação temporal dos direitos de propriedade da concessionária, calculada, não sobre a capacidade de auferir renda como se fosse dono dos ativos, mas sobre o “valor presente do fluxo total de lucros futuros esperados (...), ‘como se o negócio continuasse sendo seu’ ou, de forma equivalente, ‘como se a concessão não tivesse fim’(...)” (p. 9). Considera-se nesse método de cálculo da indenização, não o custo do investimento, mas o custo de oportunidade de deixar de ter os direitos de propriedade sobre o conjunto dos bens reversíveis.

Mas o método “ideal” proposto para o cálculo do valor da indenização é, segundo Mattos, muito complexo, e tem problemas tanto do lado do poder concedente como da concessionária. Nessa perspectiva, o poder concedente teria incentivos para não realizar cálculos baseados nas projeções de mercado, além do que existiriam elevadas variações nas projeções quanto mais dinâmico for o setor em que se operam os bens reversíveis. Já a concessionária procuraria apresentar valores de lucros futuros mais altos do que os de uma avaliação mais neutra, com o objetivo de aumentar injustificadamente o valor da indenização.

Dessa forma, a hipótese inicial de Mattos — de que a reversibilidade em si é ineficiente — parece se confirmar. Por esse motivo, de acordo com o autor, a reversão de bens seria dispensável e contrária aos objetivos da concessão, existindo meios alternativos mais eficientes para que o poder público desenhe direitos de propriedade da concessionária com menos restrições e, ao mesmo tempo, assegure a continuidade do objeto concedido.

Os meios alternativos mencionados criariam mais riqueza, pois permitiriam que o concessionário ineficiente transacionasse o conjunto de ativos com um terceiro mais apto do ponto de vista econômico, gerando ganhos re-

cíprocos; que a própria natureza específica dos ativos e seus custos afundados atuassem como “blindagem” natural para a utilização dos mesmos para fins diversos do escopo contratual; e que, no limite, uma concessionária relapsa e irracional, ao comprometer os investimentos, a continuidade e qualidade dos serviços, pudesse ser removida da posse até mesmo antes da extinção do contrato pelo decurso do tempo, por instrumentos jurídicos como a intervenção e caducidade, ou, ainda, a desapropriação por utilidade pública (2016, p. 5-6).

#### **4. Considerações finais**

Viu-se neste artigo que os contratos de concessão fazem parte do que Coase chama de regime de custos de transação positivos, no qual a alocação inicial dos direitos de propriedade importa para a redução destes custos, tornando as operações econômicas mais próximas de um equilíbrio Pareto eficiente, de custos de transação iguais a zero. A forma como o direito pode contribuir para reduzir os custos de transação é delimitando e assegurando o cumprimento dos direitos de propriedade, favorecendo a alocação destes àqueles que possam aplicá-lo com maior nível de produtividade.

O estudo sobre os efeitos econômicos da reversão “automática” de bens no fim do prazo de vigência das concessões, sem a garantia de prévio pagamento de indenização às concessionárias pelos investimentos não amortizados ou depreciados, mostrou que é possível o surgimento de ineficiências. Constatou-se que essas ineficiências surgem em diversas frentes, como subinvestimento ou segmentação dos investimentos para mercados com retorno econômico mais provável; utilização de tecnologias inespecíficas com perda de qualidade para demandantes das concessionárias; cobrança de elevadas taxas de retorno pela concessionária ou de aportes ao poder público, se houver antecipação de investimentos privados nos bens reversíveis.

Constatou-se também que a ausência de garantia de compensação por investimentos na reversão de bens no fim do prazo de vigência do contrato encurta o horizonte dos investimentos iniciais de um lado, e dificulta a realização de novos investimentos de outro lado.

Finalmente, identificou-se, ainda, que existe a possibilidade de a própria regra da reversão de bens nas concessões ser ineficiente, independentemente se aplicada sobre bens já amortizados ou não. Nesse sentido, a reversão de bens seria dispensável e contrária aos objetivos da concessão, existindo meios alternativos mais eficientes para que o poder público desenhe direitos de propriedade da concessionária com menos restrições e, ao mesmo tempo, assegure a continuidade do objeto concedido.

## **Referências**

ARAGÃO, A. S. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

CARVALHO, A. Propriedade dos bens da concessão (Parte I). **Revista de Direito Administrativo**, v. 44, 1956a.

\_\_\_\_\_. Propriedade dos bens da concessão (Parte II). **Revista de Direito Administrativo**, v. 45, 1956b.

COASE, R. H. The institutional structure of production. In: **Handbook of New Institutional Economics**, Menard, Claude & Shirley, Mary (ed). Springer, 2005.

\_\_\_\_\_. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, p. 386-405, 1937.

\_\_\_\_\_. The problem of social cost. **Journal of Law & Economics**. v. III, p. 1-44, October 1960.

COOTER, R.; ULEN, T. **Direito & economia**; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERREIRA, A. C.; FERREIRA, P. C. A. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito. In COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito**. Revisão

técnica Alexandre Veronese, Lúcia Helena Salgado e Antônio Maristrello Porto; revisão final, Otavio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

GONÇALVES, A. C. P. Questões e políticas macroeconômicas. *In: **Direito e economia**: diálogos*. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 51-83.

GONÇALVES, L. G. R. Análise econômica da regulação no caso da ferrovia “Nova Transnordestina”: proposta de uma agenda de pesquisa para o direito administrativo no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, p. 154-181, 2018.

GRAU, E. R. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 33-46, set. 2012.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES NETO, F. P. A.; COSCIONE, M. A reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações de acordo com os precedentes da Anatel. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, n. 10, p. 41-60, 2014.

MARRARA, Thiago. **Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MATTOS, C. É razoável a reversibilidade dos ativos no sistema de telefonia fixa comutado (STFC)? **Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Estudos Técnicos**, 16 p., junho de 2016. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/28159>. Acesso em: 2 jun. 2020.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestrino Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. In **Direito e economia**: diálogos. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 25-50.

SAMPAIO, P. R. P.; GUERRA, S. Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 9, n. 1 p.371-388, 2019.

SPILLER, P. T. Transaction cost regulation, **Journal of Economic Behavior & Organization**, Elsevier, vol. 89(C), 2013, p. 232-242.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A.. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149 – 174.



# **Capítulo 10. *Tributação sobre o consumo, incentivos fiscais de ICMS e externalidades positivas e negativas***

*Lázaro Reis  
Lucas Bevilacqua*

## **1. Introdução**

A tributação sobre o consumo no Brasil encontra-se tripartida entre a União, com o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), os estados, com o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e, ainda, os municípios, com o Imposto sobre Serviços (ISS), o que contribui para complexidade do Sistema Tributário Nacional.

Simultaneamente a esta questão intrínseca à repartição de competências tributárias no federalismo fiscal brasileiro, tem-se, ainda, na tributação sobre o consumo, o típico fenômeno da repercussão econômica do ônus dos tributos, ensejador de toda sorte de externalidades, positivas e negativas, o que é agravado pela prática indiscriminada de incentivos fiscais de ICMS.

Historicamente, o ICMS sempre foi utilizado como instrumento de política fiscal dos estados (REZENDE, 2012, p. 25), sem tomar-se em consideração o princípio constitucional da seletividade, cujo alcance no imposto estadual é, por si só, foco de detidas controvérsias. Além da aptidão para ensejar graves ofensas ao princípio da capacidade contributiva, a reduzida compreensão do princípio e sua não consideração no processo de elaboração de tais políticas acaba por gerar uma série de externalidades negativas, em prejuízo à infraestrutura, à saúde e à segurança pública, na medida em que, usualmente, tais custos sociais não são internalizados pelos agentes econômicos.

O presente artigo parte da narrativa histórica do emprego dos incentivos fiscais com vistas à superação de falhas de mercado e de falhas de governo. Em seguida, empreende análise da neutralidade econômica da tributação sobre o consumo, em contraposição ao princípio da seletividade tributária.

## 2. Tributação, falhas de mercado e falhas de governo

No período áureo do Estado intervencionista, durante as décadas de 1950–1970, os incentivos fiscais eram vistos como poderosos instrumentos de desenvolvimento. O Estado assumiu, nesse período, uma feição desenvolvimentista, utilizando-se dos incentivos fiscais como principal ferramenta de fomento à industrialização do interior do país, com vistas a superar falhas de mercado e falhas de governo. É justamente a presença de tais falhas que foi historicamente utilizada como justificativa para intervenção do Estado no domínio econômico (PORTO, 2019, p. 26)<sup>1</sup> mediante a concessão de incentivos fiscais à indústria. E esses incentivos foram, de fato, importantes instrumentos na política de industrialização do país, colaborando decisivamente com o processo de desconcentração espacial. Todavia, tal alocação espacial realizou-se sem qualquer correspondência com uma política de desenvolvimento regional. A extensão generalizada dos incentivos fiscais ocasionou uma disputa por recursos entre órgãos do próprio governo (BERCOVICI, 2009, p. 895), dando azo aos *lobbies*, taxas de corretagem e custos de captação — *rent seeking* (ARVATE; BIDERMAN, 2004, p. 127). A partir da década de 1980, com a deterioração fiscal e financeira do Estado, houve um desmantelamento dos órgãos federais de desenvolvimento regional, que não foram revigorados nem mesmo com a Constituição de 1988. Ante a ausência do governo federal, alguns estados pioneiramente iniciaram um processo de busca de investimentos privados com vistas a promover o desenvolvimento de seus territórios e incrementos na arrecadação, utilizando como ferramenta principal os incentivos fiscais de ICMS. Estava iniciada a “guerra fiscal” (BEVILACQUA, 2013, p. 40). O abandono pela União das políticas de desenvolvimento regional, reforçado com a “Reforma do Estado” nos anos de 1995–2002 (BERCOVICI, 2006, p. 150), abriu espaço às políticas de incentivos fiscais com base no ICMS, sobretudo nos estados do Centro-oeste e Nordeste do País. Inegavelmente, a despeito do custo para as finanças públicas, houve uma desconcentração espacial da indústria brasileira, sobretudo na direção do Centro-oeste e do Nordeste do Brasil, a propiciar como externalidades positivas a geração de

1 PORTO, A. J. M. Princípios da análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, A., PORTO, A. J. M. e SAMPAIO, P. R. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro, FGV, 2019, p. 25-38, p. 36.

emprego e renda, a formação de uma rede de serviços e a produção com cadeias produtivas locais e regionais.

Apesar de tais resultados, faltou, por outro lado, a compreensão das externalidades negativas, entendidas estas como o “impacto negativo que atinge terceiros proveniente da ação de outrem” (PORTO, 2019, p. 38). Isso porque, ao menos em regra, os agentes econômicos promotores da industrialização não assimilam os custos socioambientais da poluição do meio ambiente, do uso intensivo de infraestrutura e rede pública de saúde etc. A política tributária dos estados alavancou a atração de investimentos nacionais e estrangeiros diretos, que modernizaram suas economias regionais, modernização esta que, todavia, não se fez acompanhar nas mesmas proporções de redistribuição de riquezas (SALOMÃO, 2002, p. 31). Paradoxalmente, o crescimento econômico (NUSDEO, 1997, p. 400) dos Estados não implica automaticamente desenvolvimento, daí ser proposital o termo “modernização”, pois muitas vezes a industrialização dos Estados não corresponde à melhoria dos índices sociais nas mesmas proporções dado o incremento nos PIBs estaduais não trazer elevação automática dos índices de desenvolvimento humano (IDH).

### **3. Extrafiscalidade no ICMS e neutralidade econômica**

O *caput* do artigo 174 da CF prescreve que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento [...]”. Por outro lado, consta do artigo 21, inciso IX, dentre as competências atribuídas à União, a tarefa de “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”.

Ante a completa omissão da União no desempenho de seu mister constitucional de elaborar planos de desenvolvimento econômico, os estados, o Distrito Federal e os municípios lançaram-se à busca de investimentos com vistas ao desenvolvimento industrial de seus territórios, fenômeno que ficou conhecido como *guerra fiscal*.

Nesta desenfreada competição federativa pela busca de investimentos privados, utilizam-se os entes políticos dos mais diversos atrativos: i) fiscais: isenção de impostos (ICMS, IPVA, ITCM-D, IPTU, ITBI) para novas empre-

sas, isenção de impostos para MPEs, diferimento de tributos etc.; ii) financeiros: aquisição de ativos fixos, formação ou recomposição de capital de trabalho, financiamento de impostos, participação acionária, financiamento para pesquisa e desenvolvimento (P&D) etc.; iii) infraestrutura: permuta, doação, concessão de uso de bem público ou venda subsidiada de terrenos e galpões industriais, implantação e administração de distritos industriais, execução de obras públicas; e iv) outros estímulos: simplificação de registro empresarial, compras governamentais, assistência técnica nos projetos e capacitação profissional (BEVILACQUA, 2013, p. 55).

Dentre os instrumentos de *incentivo* compreendidos na política tributária, destaca-se a concessão de *estímulos ou incentivos fiscais*. Trata-se de um conjunto de medidas, tais como isenções (COSTA, 2017, p. 55), reduções de alíquota ou de base de cálculo, concessão de créditos presumidos e descontos por pagamento antecipado, cujo efeito precípuo é o de atenuação do ônus tributário sobre determinados *sujeitos ou atividades econômicas*, com vista a estimular a adoção de tais ou quais condutas.

Como leciona Roque Antonio Carrazza (2017, p. 1054), é necessário, contudo, diferenciar os *incentivos fiscais* dos chamados *benefícios fiscais*. Assim, os incentivos permitem à pessoa política competente estimular os contribuintes a adotarem determinados comportamentos, com vistas à consecução de uma finalidade merecedora de tutela pela ordem jurídica constitucional, donde emana seu caráter ordinatório. Já os benefícios seriam verdadeiros *favores fiscais*, sem contrapartida a ser realizada pelo destinatário, razão pela qual necessitam estar fortemente lastreados no princípio da igualdade, sob pena de se converterem em indesejáveis privilégios.

De todo modo, certo é que a utilização excepcional de estímulos fiscais terá espaço quando se pretender a consecução de outros valores prestigiados pela ordem constitucional, além da mera arrecadação de recursos, o que insere o tema dos *incentivos fiscais* no escaninho da *extrafiscalidade*. A ideia de *extrafiscalidade* contrapõe-se à de *fiscalidade*, a significar que, em razão de sua arquitetura normativa, um determinado tributo esteja voltado não apenas ao abastecimento dos cofres públicos, mas que sua instituição e cobrança também estejam direcionadas ao alcance de objetivos outros. Vale ressaltar, ainda, que inexiste entidade tributária que se possa dizer puramente fiscal ou extrafiscal, mas apenas tributos em que um ou outro caráter revela-se prevalente.

No que se refere ao ICMS, foco das presentes reflexões, observa-se no cenário nacional que a prática de incentivos fiscais pelos estados com o objetivo de promover desenvolvimento regional é uma constante na história da federação brasileira. Em uma tentativa de controlar eventuais excessos, o constituinte originário estabeleceu no art. 155, § 2º, XII, g, que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, papel que, em nossa ordem jurídica, é desempenhado pela Lei Complementar nº 24/75 (CARVALHO, 2016, p. 237).

É bem verdade que, estando o poder público incumbido do papel de agente normativo e regulador, é forçoso concluir que os estados-membros se encontram legitimados para implementar suas próprias iniciativas desenvolvimentistas. Desse modo, a política de desenvolvimento regional há de ser compreendida como modalidade de política pública com assento constitucional, constatada pela consulta de vários dispositivos da Constituição Federal, como desempenho, pelo Estado, de sua função de fomento à indústria infante, com vistas ao desenvolvimento dos estados periféricos.

A renúncia de receita é, portanto, um instrumento legal utilizado para induzir o comportamento dos contribuintes, seja para estimulá-los, seja para desestimulá-los a praticar determinadas condutas. Neste cenário, fala-se em papel interventor do Estado, o qual, através da extrafiscalidade, pode influenciar no domínio econômico de um país.

Referida ferramenta deve ser utilizada com parcimônia e planejamento, sob pena de comprometimento do equilíbrio fiscal e de erosão das bases tributárias dos entes federativos. Também devem ser considerados aspectos como a transparência na concessão dos incentivos, a isonomia no aspecto concorrencial, a efetividade desse tipo de política pública e a revisão periódica das desonerações.

Ocorre que, no que respeita ao ICMS, sua característica de imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, e o fato de encontrar-se inserido na competência dos estados e do Distrito Federal, reclamam cautela adicional, a fim de que não se venha a afastar o objetivo de *neutralidade*.

A *neutralidade* na tributação não implica a negação da interferência do tributo na economia; ou seja, não há de conduzir à ilusória assertiva de que possa existir tributo completamente neutro. A compreensão mais adequada, segundo Luís Eduardo Schoueri (2007, p. 254), é a de “neutralidade da tri-

butação em relação à livre concorrência, visando garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas, reflexo da neutralidade concorrencial do Estado”. Ou seja, de que a tributação possa servir de instrumento de *incentivo*, no contexto dos planos de desenvolvimento implementados pelo poder público, desde que não venha a ser a fonte de desequilíbrios concorrenciais.

Dáí é que se abre ao intérprete a necessidade de buscar no texto constitucional os diferentes *fins* cuja consecução pode servir de fundamento legítimo à *política de incentivos fiscais*, sem perder de vista que referida ferramenta somente se mostra legítima até o ponto em que não venha a arranhar a livre concorrência, e, conseqüentemente, a solapar as bases da mesma ordem econômica que se pretende tutelar.

#### **4. Incentivos fiscais de ICMS e seletividade tributária com vistas à internalização de custos**

Quando do exame dos benefícios fiscais de ICMS, ganha destaque o caráter da *neutralidade econômica*. Isto porque, conquanto seja identificada como uma grande virtude dos impostos sobre o valor agregado, cujo modelo serviu de inspiração ao antigo ICM e, posteriormente, ao atual ICMS, é também sob a perspectiva da *neutralidade* que melhor se costuma examinar uma série de distorções no tratamento jurídico do imposto. É o caso da, por vezes, inadequada aplicação da não-cumulatividade, ou mesmo a concessão desregrada de incentivos fiscais pelos estados e Distrito Federal, que, conquanto tenha estimulado o ambiente econômico de diversas regiões do país, também acabou por revelar efeitos deletérios nas contas públicas de diversas unidades da Federação.

Não obstante, também a *seletividade* propicia uma importante perspectiva de estudo dos incentivos e benefícios fiscais de ICMS. Através do artigo 155, § 2º, inciso III, o texto constitucional veicula o preceito de que o ICMS “poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”, o que, como se verá, tanto permite a modulação da incidência do imposto com vistas ao atendimento da justiça fiscal como, ao mesmo tempo, comporta a utilização da exação como instrumento de indução econômica, a viabilizar o estímulo ou desestímulo de tais ou quais operações.

Prevista inicialmente para o imposto sobre produtos industrializados (IPI), de competência da União, a *seletividade* no ICMS, além de pouco estudada à luz das demais características que marcam o regime jurídico-constitucional do imposto dos estados e do Distrito Federal — como é o caso da *neutralidade* —, vem servindo de esteio a pretensões de aplicação indiscriminada por muitos contribuintes, que, ao reclamar a atenuação da incidência tributária sobre determinadas operações perante o Poder Judiciário, deixam de tomar em consideração as distintas finalidades às quais o caráter seletivo pode se voltar.

É certo que a discussão sobre incentivos fiscais de ICMS revela inegável importância, na medida em que sua concessão indiscriminada leva à guerra fiscal, cujo principal efeito é a erosão das bases tributárias e o comprometimento futuro das finanças públicas (SCAFF, 2015, p. 313), o que produz reflexos na prestação de serviços públicos e na transferência do ônus do custeio das atividades estatais a ramos empresariais dotados de menor mobilidade (ABRAHAM 2016, p. 20), ou seja, de demanda inelástica.

Não obstante, ao acerrar-nos do tema a partir do *caráter seletivo do imposto* previsto no artigo 155, § 2º, inciso III da CF, o que buscamos é uma reflexão menos detida nos aspectos econômicos relacionados aos estímulos tributários e, por outro lado, mais afeita ao tema dos *distintos fins constitucionais que podem nortear a política de incentivos fiscais e que, não raro, se põem em conflito, a ensejar perplexidades e significativa dificuldade na identificação de soluções*. Tomamos por premissa a afirmação de que o ICMS é imposto sobre o consumo, de modo que sua incidência não grava o produto em si, mas sim a renda despendida para a sua obtenção. Assim, ao menos a princípio, vislumbra-se que, quanto maior o consumo, maior a renda disponível. Isso permite chegar à compreensão de que a capacidade para contribuir é revelada, não pelo agente econômico que vende o bem ou presta o serviço, mas sim pelo consumidor de bens e serviços, uma vez que é ele quem vai consumir a renda antes auferida.

É bem verdade que fatores concorrenciais podem influenciar a composição dos preços, fazendo com que muitas vezes se opte por não repassar integralmente o montante do tributo aos adquirentes das mercadorias e serviços. Não obstante, no que concerne ao ICMS, a transferência do encargo econômico do imposto é constitucionalmente pressuposta pela imposição do princípio da não-cumulatividade, autorizando a afirmação de que a repercussão do imposto é não apenas econômica, mas sobretudo, jurídica (DERZI, 2010, p. 729).

Com efeito, prescreve o inciso I do artigo 155, § 2º, da CF que o ICMS “será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”. Assim, o texto constitucional autoriza a presunção de que o encargo econômico do imposto não seja suportado pelo agente econômico, mas por aquele que adquire as mercadorias e serviços.

No mesmo sentido, também o *princípio da seletividade* está a indicar que, presumidamente, o encargo econômico do ICMS há de recair sobre aqueles que adquirem mercadorias e serviços enquanto destinatários finais. Segundo o art. 155, § 2º, III, da CF o ICMS “*poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*”.

A *seletividade em função da essencialidade* surgiu em nossa ordem constitucional inicialmente apenas quanto ao IPI, com o advento da Emenda Constitucional nº 18/65. O imposto estadual incidente “sobre operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por comerciantes, industriais e produtores”, então conhecido como ICM, possuía uma alíquota uniforme, e, portanto, não se lhe estendia o mesmo caráter seletivo conferido ao imposto da União, o que somente veio a ocorrer com a Constituição de 1988.

Enquanto o IPI é imposto marcadamente *extrafiscal* — o que se infere do próprio texto constitucional que franqueia ao Poder Executivo, atendidas as condições e limites da lei, alterar-lhe a alíquota —, o ICMS é imposto de sustentação financeira dos estados e do Distrito Federal e, dadas as firmes limitações à tarefa conformadora do legislador estadual e distrital, tendentes à manutenção da maior uniformidade possível em seus regramentos, somente em caráter mais restrito pode direcionar-se à *extrafiscalidade*. Nem por isso, todavia, é possível afirmar a inviabilidade do emprego do ICMS como instrumento de *estímulos ou incentivos fiscais*, mas apenas que a utilização de tais práticas exonerativas deve atentar à peculiar compostura constitucional do imposto.

Dentre os diferentes aspectos constitucionais que marcam o imposto, a *seletividade em função da essencialidade das mercadorias e serviços parece ser o filtro através do qual devem ser testados os fins constitucionais fundadores das políticas de incentivo*. Para tanto, faz-se necessário compreendê-la em suas diferentes perspectivas.

Num primeiro momento, nota-se que a *seletividade em função da essencialidade* visa alcançar objetivos de *justiça fiscal*, minorando os *efeitos regressivos próprios à tributação sobre o consumo*, já que as camadas menos favorecidas da população, que têm parcelas mais significativas da renda comprometidas com a aquisição de mercadorias e serviços indispensáveis à manutenção de um padrão mínimo de dignidade, acabam suportando uma carga tributária proporcionalmente mais elevada, considerando-se o peso relativo dos impostos no orçamento familiar. Assim, abandonando a uniformidade de alíquotas característica do antigo ICM, a Constituição de 1988 passou a prever que referido imposto poderá ser seletivo, a significar que, na maior medida possível, sua incidência não venha a atingir a parcela de riqueza correspondente ao mínimo vital ou mínimo existencial dos indivíduos<sup>2</sup>.

Sob esta ótica, é possível vislumbrar na *seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços* uma conexão com a ideia de *fiscalidade*, ou seja, com a justa repartição do ônus tributário entre os indivíduos, conforme a sua *capacidade econômica*. Assim, conquanto não seja possível graduar o imposto conforme a capacidade contributiva propriamente, ao menos se permite considerar a ideia de capacidade contributiva como limite da tributação, mediante a tutela do mínimo vital, o que permite identificá-la como um instrumento de *praticabilidade tributária* (TORRES, 1989, p. 29).

Ocorre que, ademais da vocação *eminentemente fiscal*, a *seletividade* também serve como *módulo* para a utilização do ICMS com finalidade *extrafiscal*. Isto porque o próprio conceito de *mercadoria ou serviço essencial*, em sua indeterminação semântica, pode ser tomado sob diferentes perspectivas, conforme se esteja a focalizar a *justiça fiscal*, ou, ao contrário, a consecução de outras finalidades constitucionais, como aquelas relacionadas à ordem econômica.

2 A ideia de mínimo vital encontra feliz tratamento na doutrina de Ricardo Lobo Torres, cuja leitura é sempre recomendada a tantos quantos pretendam estudá-lo, sobretudo em sua aplicação no campo da tributação: "Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão" (TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. v. 177. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989, p. 29).

É de se notar que, em seus clássicos estudos acerca da *essencialidade* como critério de tributação, Henry Tilbery (1974, p. 346) já admite que tal ideia pode ser tomada em diferentes sentidos. Assim, o autor começa por deixar assentado que a noção de essencialidade está atrelada a “padrão mínimo de vida não devendo ninguém ficar abaixo de tal padrão”, o que naturalmente remete à realização da *justiça fiscal*, por meio da distribuição do encargo tributário em consideração à presumida capacidade contributiva dos indivíduos adquirentes de mercadorias e serviços — ou mesmo à ausência dela, quando a tributação importaria em menoscabo do mínimo vital. Em seguida, ele pontua que a essencialidade também pode servir ao direcionamento dos investimentos privados:

[...] Em um país, que se encontra em fase avançadíssima de desenvolvimento, como é o caso do Brasil, a imposição seletiva sobre o consumo em função da essencialidade é um instrumento para frear o consumo de produtos indesejáveis ou menos necessários a liberar forças para investimentos merecedores de apoio. Ao mesmo tempo, constitui instrumentalidade para nivelar diferenças excessivas no consumo de diversas classes em diversificadas zonas e alcançar a meta da redistribuição de rendas e maior aproximação da Justiça Fiscal.

Também o mestre Ruy Barbosa Nogueira (1990, p. 10)<sup>3</sup> reconhece à seletividade tanto uma função de atenuação da carga tributária incidente sobre a aquisição de mercadorias e serviços sobre a população de menor renda, quanto uma *função ordinatória da produção e do consumo*:

Seletividade do IPI – princípio específico aplicável ao imposto sobre produtos industrializados é o da seletividade em função da essencialidade dos produtos (§3º do art. 21 da CF). Como já vimos, embora a legislação tenha mudado o antigo nome “Imposto de Consumo” para o atual Imposto sobre Produtos Industrializados, ele é, e continua a ser, imposto sobre o consumo. [...] Como já vimos no histórico dos índices de tributação, a despesa, gasto ou consumo é, sobre certos aspectos, indício de riqueza, mas a tributação indiscriminada pode acarretar a injustiça social ao sobrecarregar os contribuintes de menor capacidade contributiva. Este tipo de imposto atinge a renda gasta e não a economizada. Os que menos ganham, proporcionalmente ao seu ganho mais gastam em artigos de consumo do que os de maior capacidade econô-

3 NOGUEIRA, R. B. Princípio da seletividade do tributo em função da essencialidade do produto. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 79, janeiro de 1990., vol. 651, fascículo 1: Cível. 1990, p. 10.

mica. Atualmente o imposto sobre a renda corrige até certo ponto essa situação, cobrando imposto progressivo sobre o rendimento líquido. De outro lado, o imposto de consumo pode ser utilizado com acentuada função social e ordinatória da produção e do consumo.

É certo que, para muitos autores, a seletividade seria marcadamente extrafiscal, a *estimular ou desestimular a produção de mercadorias e serviços conforme sua indispensabilidade ou superfluidade, respectivamente*. Inclina-se neste sentido o magistério de Roque Antônio Carrazza (2015, p. 538)<sup>4</sup>:

[...] Com isso, [o ICMS] pode e deve ser utilizado como instrumento de ordenação político-econômica, estimulando a prática de operações ou prestações havidas por úteis ou convenientes à sociedade e, em contrapartida, onerando outras que não atendam tão de perto ao interesse nacional.

Contudo, partilhamos do entendimento de Luís Eduardo Schoueri (2005, p. 301), para quem a *seletividade em função da essencialidade das mercadorias e serviços* pode servir não apenas a reclamos de justiça fiscal, mas também a outras finalidades constitucionais. Neste sentido, poder-se-ia falar em *essencialidade sob a perspectiva individual e essencialidade sob a perspectiva das necessidades coletivas*:

Surge, entretanto, para a seletividade, questão semelhante à já proposta para a progressividade: poderá o legislador ordinário introduzir norma tributária indutora, adotando, então, alíquotas para o imposto que não se graduem segundo o parâmetro da necessidade?

Caso se entenda inflexível o conceito de “essencialidade” proposto pela doutrina, então dever-se responder pela negativa, já que cuidou o próprio constituinte de apresentar as balizas pelas quais se guiará a seletividade.

[...]

Daí justificar-se, por conta das normas tributárias indutoras, que se reformule o conceito de “essencialidade”, que deve ter duas perspectivas: o ponto de vista individual dos contribuintes e as necessidades coletivas. Sob a última perspectiva, tal conceito deve ser entendido a partir dos objetivos e valores constitucionais: o essencial será o bem que se aproxime da concretização daqueles. Assim, tanto será essencial o produto consumido pelas camadas menos favorecidas da população, dado o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a

4 CARRAZZA, R. A. ICMS. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 538.

marginalização” (artigo 3º, III, da Constituição Federal), como aquele que corresponda aos auspícios da Ordem Econômica, diante do objetivo de “garantir o desenvolvimento nacional” (artigo 3º, II).

Partindo desta perspectiva, é possível compreender que a seletividade em função da essencialidade pode estar voltada a minorar a incidência tributária sobre mercadorias indispensáveis ao consumo humano, pautando-se na perspectiva da essencialidade individual, caso em que a finalidade subjacente será naturalmente a de realização da justiça fiscal. Aliás, dados os caracteres de *neutralidade, uniformidade e predominante fiscalidade do ICMS*, tal perspectiva parece ser a regra no referido imposto, de modo a poder se afirmar que o emprego da *seletividade em função de uma essencialidade coletiva* reclamará uma convivência entre a justiça fiscal e os valores constitucionais perseguidos através da indução econômica.

Não obstante, é certo que o ICMS comporta alguma dose de *extrafiscalidade*, o que pode ser atribuído, não a um afastamento da *seletividade em função da essencialidade das mercadorias e serviços*, mas à sua consideração sob a decantada perspectiva das necessidades coletivas. Assim, à luz dos valores basilares da ordem econômica, a perspectiva coletiva da essencialidade legitima a concessão de incentivos fiscais a uma dada atividade econômica, visando finalidades como a geração de empregos (art. 170, inciso VIII, CF) ou a redução das desigualdades regionais (art. 170, inciso VII, CF).

Também legitima a tributação mais branda sobre mercadorias cujo processo produtivo seja menos poluente, que, embora guardem idêntico grau de essencialidade sob a perspectiva individual, seguramente diferenciam-se à luz da perspectiva coletiva, de defesa do meio ambiente e do tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos (art. 170, inciso VI). Por outro lado, a partir da perspectiva de essencialidade coletiva é possível identificar a possibilidade de se tributar alimentos comprovadamente prejudiciais à saúde, como é o caso das bebidas açucaradas, através da consecução de finalidades ligadas à ordem social e, mais especificamente, à saúde pública (art. 196, CF).

É bem verdade que o emprego da *seletividade em função da essencialidade das mercadorias e serviços* encontra limites na própria ideia de *neutralidade*, ínsita ao ICMS, como temos afirmado, o que por si só já exige grandes desafios do intérprete, a fim de se aferir em que medida o atendimento do caráter seletivo converte-se em causa de desequilíbrios concorrenciais. Não

obstante, problema tão ou mais complexo se revela quando, ao pretender-se utilizar o ICMS com *finalidade extrafiscal*, mediante a concessão de *incentivos fiscais*, emerge um conflito entre a *finalidade constitucional subjacente à norma indutora* e outras *finalidades constitucionais que, supostamente, não estejam prestigiadas na norma*.

## **5. Convênio ICMS nº 100/97 e as distintas finalidades constitucionais por ele tangenciadas: entre o fomento à atividade agropecuária e a tutela do meio ambiente e da saúde pública**

O problema do conflito entre as *finalidades constitucionais subjacentes à norma indutora* e outros *valores constitucionais* é o que parece estar presente nas discussões em torno do Convênio ICMS nº 100/97. Referido convênio prevê a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com diversos insumos agropecuários, o que inclui diversos defensivos agrícolas:

**Cláusula primeira** Fica reduzida em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

I - inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, nematocidas, raticidas, desfolhantes, dessecantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, inclusive inoculantes, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa;

**Cláusula terceira** Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder às operações internas com os produtos relacionados nas cláusulas anteriores, redução da base de cálculo ou isenção do ICMS, observadas as respectivas condições para fruição do benefício.

Da análise do convênio, percebe-se facilmente que o mesmo tem por finalidade subjacente o fomento à atividade agropecuária, o que sem dúvida alguma se mostra compatível com os princípios da ordem econômica como a valorização do trabalho humano, por meio da geração de emprego e renda, bem como à redução das desigualdades regionais, fomentando-se atividade econômica que faz parte da base econômica nacional. Ocorre que, ao tomar-se

a concessão de incentivos fiscais às operações com defensivos agrícolas como inseticidas, fungicidas, formicidas, vem a lume a questão de saber em que medida referidos incentivos são compatíveis com outras finalidades constitucionais não contempladas na norma, notadamente a de defesa do meio ambiente (art. 170, VI e 225 da CF) e de tutela da saúde pública, através de políticas de redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196, CF).

Referido convênio teve sua constitucionalidade questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5553/DF, que se encontra em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>. Naqueles autos, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) aponta que o Convênio ICMS nº 100/97 e o Decreto nº 7.660/11, que também concede isenção do IPI a diversos defensivos agrícolas, violariam o artigo 225 da CF, que assegura o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o artigo 196 que assegura o direito fundamental à saúde, e, por fim, implicariam em descumprimento do princípio da *seletividade em função da essencialidade das mercadorias e serviços*.

Em favor da declaração de inconstitucionalidade, argumenta-se com a existência de evidências científicas que associariam a utilização de defensivos agrícolas ao aumento do risco de desenvolvimento de doenças graves, bem como o potencial poluidor do seu emprego nas lavouras. Tal posicionamento é adotado na manifestação emitida pela Procuradoria-Geral da República (PGR), a apontar que, à vista de tais circunstâncias, os atos normativos impugnados percorreriam o caminho inverso das prescrições constitucionais emanadas dos artigos 225 e 196 da CF, fomentando as operações com mercadorias que deveriam ter sua utilização desestimulada.

Por outro lado, a defender a constitucionalidade do Convênio ICMS nº 100/97 emergem as manifestações da Advocacia-Geral da União, da Consultoria-Geral da União e dos diversos *amici curie*, que, dentre outros argumentos, sustentam que a concessão dos incentivos fiscais não teria como efeito o estímulo à utilização indiscriminada dos defensivos agrícolas, mas apenas resultaria numa redução de custos de produção e, com isso, numa redução do preço dos alimentos ao consumidor.

Em suma, a lógica por trás dos fundamentos suscitados é a de que a utilização dos agrotóxicos já é regulada pela Lei nº 7.802/89, de modo que, desde

5 A ADI nº 5.553/DF fora incluída em pauta para julgamento no primeiro semestre do ano de 2020, porém seu julgamento foi adiado e ainda pendente de exame pelo Supremo Tribunal Federal.

que adequada às prescrições legais e regulamentares vigentes, cuidar-se-ia de prática lícita, inexistindo elementos a permitir a conclusão de que, como decorrência das normas impugnadas, adviria uma má utilização dos defensivos agrícolas. Demais disso, argumenta-se com a inexistência de alternativas aos defensivos agrícolas, a fim de que se possa assegurar a manutenção de volume de produção de alimentos suficiente ao atendimento da demanda de consumo.

É evidente que a questão posta na ADI 5553/DF é sensível e permeada de diversos aspectos técnicos a serem considerados, de modo que uma análise detida do tema da segurança na utilização de agrotóxicos não é o objetivo do presente trabalho. Em verdade, o que se busca apontar é como o exame da *seletividade* ganha substancial complexidade quando o que se busca não é classificar mercadorias e serviços conforme o grau de essencialidade a um padrão mínimo de existência — perspectiva fiscal ou individual da essencialidade —, mas sim sopesar valores constitucionais em conflito, ambos aptos a ensejar o emprego do ICMS com finalidade extrafiscal.

Assim, quer nos parecer que, neste caso, a análise da questão em nada difere dos mecanismos disponíveis para o controle das *normas tributárias indutoras em geral*, ou seja, para o controle da extrafiscalidade. Em suma, identificada a existência de uma finalidade distinta da mera arrecadação, a norma tributária submeter-se-á a um teste de sua fundamentação, a fim de se verificar se a indução econômica por ela pretendida encontra efetiva ressonância na ordem constitucional.

É bem verdade que sobeja significativa margem de liberdade ao legislador estadual e distrital para a conformação da política tributária, de modo que, ao menos ao princípio, afigura-se inviável o controle jurisdicional das exonerações tributárias, mormente quando concedidas com esteio em *fins constitucionais diversos da repartição igualitária da carga tributária*<sup>6</sup>. Não

6 Neste sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: Agravo regimental em mandado de segurança. Tributário. Contribuição social do salário-educação. Alegada omissão quanto à edição do regulamento a que se refere o art. 1º, § 1º, IV, da Lei nº 9.766/98. Definição de organizações de fins culturais a serem contempladas pela isenção do recolhimento da exação. Ilegitimidade passiva do Presidente da República. Decreto nº 6.003/06. Redirecionamento da incumbência a órgão integrante do Poder Executivo. Inexistência de prova cabal. Discricionariedade. [...] 3. Consoante a jurisprudência da Corte, a concessão de isenção tributária configura ato discricionário. Por meio dela, o poder público, embasado no juízo de conveniência e oportunidade – o que inclui a verificação do momento adequado para a concretização da benesse –, busca efetivar políticas fiscais e econômicas. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, afirmar que determinada situação está abrangida por uma norma de isenção tributária se assim ela

obstante, não se trata de uma liberdade ilimitada, de modo que, ao fim e ao cabo, ainda que venha a afigurar-se inicialmente como uma medida legítima, a *norma tributária extrafiscal não está imune ao teste de proporcionalidade*, o que permitirá, ademais, confrontá-la com os demais valores e finalidades constitucionais eventualmente conflitantes.

Embora exista significativa divergência entre os autores acerca do fundamento constitucional da proporcionalidade, é certo que a mesma se afigura uma importante ferramenta para a contenção do *excesso de poder legislativo*. Para Humberto Ávila (1999:169), trata-se de um *postulado normativo aplicativo*, a propiciar uma estrutura de aplicação de outras normas:

O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio. Senão vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste numa única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios.

A estrutura trifásica referida pelo citado autor é aquela que implica em submeter o ato normativo ao atendimento de três requisitos, consistentes na (i) *adequação*, na (ii) *necessidade ou exigibilidade* e na (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*. Para que se tenha uma medida como *adequada* é preciso que a mesma possa ser considerada apta à consecução dos *fins* que lhe são subjacentes, ao passo que se reputa *necessária* à medida que, através de um raciocínio comparativo, não encontre alternativas menos restritivas aos direitos envolvidos. Por fim, conquanto adequado e necessário, é ainda indispensável aferir se o ato é *proporcional em sentido estrito*, ou seja, se as vantagens advindas da adoção do ato com vistas à consecução de uma dada finalidade sejam

---

não determinou. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 5. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se de mandado de segurança (art. 25 da Lei 12.016/09). (MS 34342 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017).

capazes de justificar as desvantagens verificadas, ou seja, as restrições a direitos fundamentais eventualmente ocasionadas (ÁVILA, 2016, p. 218).

Valendo-nos desta estrutura trifásica para o exame do Convênio ICMS nº 100/97, podemos afirmar inicialmente inexistirem dúvidas de que ele é instrumento adequado para atenuar a incidência tributária sobre a aquisição de insumos agropecuários — inclusive os defensivos agrícolas —, e, com isso, estimular o respectivo setor econômico. É inegável que, ao permitir a redução do custo de aquisição dos insumos, o incentivo fiscal acaba por contribuir para a composição dos preços das mercadorias a serem produzidas, o que atende a *legítimas finalidades albergadas na ordem econômica constitucional*.

Por outro lado, é sob o prisma da *necessidade* que aparecem as primeiras dúvidas acerca da compatibilidade entre o *incentivo fiscal* autorizado pelo Convênio ICMS nº 100/97 quanto aos *defensivos agrícolas* e os demais valores constitucionais em conflito, notadamente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com efeito, emerge a questão de saber se, considerando-se que o instrumento em referência já confere tratamento tributário favorecido a uma série de insumos agropecuários, seria a redução de base de cálculo das operações com defensivos agrícolas *efetivamente necessária* ao fomento ao setor agropecuário.

Esta valoração da necessidade, aliás, há de ser juridicamente aferida, ou seja, deve-se tomar em consideração se, dentre as medidas consideradas adequadas à finalidade pretendida, adotou-se aquela que gera menos restrições aos princípios contrapostos. Assim, deve-se questionar se, à vista das externalidades negativas à saúde (art. 196, CF) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), persiste a indispensabilidade da medida como *meio* apto à realização do *fim* colimado.

Quanto a este aspecto, é preciso aferir se o *fomento à atividade agropecuária pode ser alcançado através dos incentivos fiscais direcionados aos outros tantos insumos constantes do Convênio ICMS nº 100/97, sem que se mostre indispensável contemplar também os defensivos agrícolas*, na medida em que estes, ao menos potencialmente, estariam relacionados a graves riscos à saúde pública e ao meio ambiente. É dizer, há que se identificar se a *finalidade constitucional* pode ser alcançada por outros meios que não importem restrições a direitos fundamentais ou aos demais valores constitucionais em jogo.

De todo modo, para além da existência de *necessidade ou exigibilidade* da medida, caberia ainda aferir a *proporcionalidade em sentido estrito*. Para tanto, tornar-se-ia necessário aferir se, efetivamente, a adoção da medida tem se revelado um meio apto ao alcance do fim colimado, ou seja, *se a concessão do incentivo tem produzido o efeito esperado de fomentar a atividade agropecuária, mediante a redução de custos de produção, e, com isso, a redução dos preços dos alimentos, bem como que tal efeito mostre-se proporcional às desvantagens que podem decorrer da circunstância de que referidos insumos agropecuários seriam potencialmente lesivos a outras finalidades constitucionais*.

## 6. Conclusão

É evidente que, por meio do presente trabalho, não se pretende chegar a conclusões definitivas, perfilhando um ou outro posicionamento quanto à controvérsia em torno da constitucionalidade do inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 100/97. Quando muito, espera-se que as reflexões aqui apresentadas sejam capazes de lançar algumas luzes sobre importante perspectiva metodológica a partir da qual o tema pode ser examinado.

De todo modo, ao cabo destas breves linhas parece seguro afirmar que a investigação do tema dos incentivos fiscais de ICMS pode permitir ao intérprete diferentes perspectivas de abordagem, mas que o prisma da *seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços* é, sem dúvida, aquele mais adequado aos que pretendem ter em consideração não apenas os reflexos econômicos ou concorrenciais das exonerações tributárias, mas, sobretudo, as distintas finalidades constitucionais que podem lhes dar conteúdo.

## Referências

ABRAHAM, M.; SANTOS, C. A. C.; FRANCO, F. R. As renúncias fiscais: um panorama introdutório. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 5, n. 9, mar./ago. 2016.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARVATE, P.; BIDERMAN, C. **Economia do setor público**. São Paulo: Campus Elsevier/FGV, 2004.

BERCOVICI, G. Federalismo e desenvolvimento regional no Brasil. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BERCOVICI, G. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, M. P. D. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRAZZA, R. A. **ICMS**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NOGUEIRA, R. B. Princípio da seletividade do tributo em função da essencialidade do produto. *In*: **Revista dos Tribunais**. Ano 79, janeiro de 1990., vol. 651, fascículo 1: Cível. 1990.

NUSDEO, F. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997.

PORTO, A. J. M. Princípios da análise do direito e da economia. *In*: PINHEIRO, A., PORTO, A. J. M. e SAMPAIO, P. R. **Direito e Economia**: Diálogos. Rio de Janeiro, FGV, 2019, p. 25-38.

REZENDE, F. (Coord.). **ICMS, gênese, mutações, atualidade e caminhos para recuperação**. Rio de Janeiro: FGV projetos, 2012, p. 25.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCAFF, F. F. Tributação, livre-concorrência e incentivos fiscais. *In*: NUSDEO, F. (Org.). **O direito econômico na atualidade**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHOUERI, L. E. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. v. 177. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1989.

# **Capítulo 11. *Propriedade, Direito e Economia: o princípio constitucional da função social da propriedade urbanística sob a égide do Estado de Exceção Econômico***

*Magna Corrêa de Lima Duarte*

## **1. Introdução**

O presente trabalho de pesquisa tem por objeto a reflexão sobre a interseção entre o direito constitucional e a ciência econômica à luz das reflexões sobre a função social da propriedade urbanística e a sua previsão no vigente ordenamento constitucional.

O interesse por tal objeto de estudo é despertado em função das inquietações decorrentes da conjuntura de crise institucional aprofundada pelo desmonte dos direitos sociais e econômicos e políticas públicas desenvolvimentistas do Estado brasileiro.

Com origens fincadas na década de 60, a análise econômica do direito é uma nova área das ciências sociais, ainda em processo de autonomia e sistematização, consentânea ao movimento do realismo jurídico em vigor nos EUA e capitaneada por teóricos como Gary Becker, Guido Calabresi Reis e Ronald Coase, entre outros pensadores e escolas do pensamento econômico.

A AED tem autonomia e identidade próprias, é distinta do direito econômico, tendo um forte viés interdisciplinar e compondo um trecho específico da teoria do direito centrado na associação do instrumental teórico próprio das ciências jurídicas e econômicas. O direito e a economia, como um campo interdisciplinar das ciências sociais, não se restringem à mera aplicação da teoria econômica ao direito, não sendo revestidos de perspectiva meramente economicista ou viés reducionista.

A AED tem por objeto o aprofundamento de uma epistemologia própria, fundada numa concepção estruturante das relações entre direito e economia,

através da aplicação do instrumental analítico e empírico da ciência econômica, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Nesse sentido, a AED caracteriza-se pela aplicação dos seus pressupostos metodológicos a todas as áreas do conhecimento jurídico, incluindo o direito constitucional (GICO, 2010).

A interseção entre o direito constitucional e a ciência econômica na tomada de decisões judiciais revela-se como um imperativo, especialmente em cenários como a presente conjuntura de crise econômica e social vivenciada pelo Estado brasileiro, afetado por sucessivos cortes em programas sociais estratégicos para o desenvolvimento econômico e social, utilizando por pretexto o resgaste da sustentação financeira e da estabilidade econômica. A ponderação de interesses entre a lógica do mercado e os valores finalísticos próprios do ordenamento constitucional são fincados nos princípios civilizatórios da dignidade da pessoa humana e na consecução da justiça social.

Conforme preceitua Kloh (2019), “O Direito passa a ser compreendido como ferramenta a auxiliar a Economia na realização do valor econômico da eficiência sem, no entanto, se esquecer dos ideais sociojurídicos de ordem, certeza, segurança, justiça social, paz e desenvolvimento”.

Na doutrina pátria, Rogério Gesta Leal desponta como um dos pensadores mais profícuos da AED, “A Análise Econômica do Direito se ampara na aplicação de uma perspectiva de eficiência às questões jurídicas que se apresentam diante de um cenário de crise que pode ser devastador ao longo do tempo”. A suposição que permeia a atenção “aos fins sociais”, “às exigências do bem comum” e ao critério de “eficiência” está consagrada no art. 8º do Código de Processo Civil” (LEAL, 2010).

A análise econômica do direito desponta de forma ainda tímida no Brasil, com repercussão no âmbito do processo de tomada de decisões judiciais, mas ainda não suficientemente identificada como ferramenta epistemológica hábil à maior efetividade da justiça.

A título organizacional, o capítulo estrutura-se em torno de três eixos essenciais, estratégicos para o estabelecimento da interseção entre o direito

constitucional econômico e a ciência econômica. Em sua parte inicial, *Ordem econômica e financeira: o estado de exceção econômico*, esboça-se a reflexão sobre o tensionamento latente entre o rol de princípios programáticos, de cunho econômico e social dispostos no Título VII, e a sucessão de medidas estruturais de exceção instauradas após a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/16, congelando possibilidades de investimentos públicos pelo período de vinte anos a pretexto de salvaguarda da estabilidade econômica e ajuste fiscal.

Em continuidade, na segunda parte, denominada *Disciplina urbanística da função social da propriedade*, propõe-se a análise do processo de desconstrução da concepção de Estado de bem-estar social, modelo de Estado intrínseco à normatividade constitucional vigente, à luz do princípio da função econômica e social da propriedade urbanística.

Em desdobramento lógico, a terceira parte, intitulada *Propriedade urbana: o impacto social e econômico das decisões judiciais*, traz um pequeno compilado de decisões judiciais fundadas na AED à luz do postulado da função social da propriedade urbana e de suas disposições, contidas no art. 182 da Constituição em vigor e no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01).

Por fim, à guisa de conclusão do presente trabalho, apresentam-se algumas considerações sobre a relevância e busca de plena efetividade dos princípios programáticos da ordem econômica, em esboço no artigo 170 e no capítulo sobre política urbana (arts. 182 e 183), propositivos de um projeto constituinte de Estado de bem-estar social e econômico, por ora em desconstrução e legitimado por medidas de exceção provenientes de crise institucional, econômica e sanitária. Em particular, a disciplina urbanística da propriedade e a necessidade de adequação das políticas de ajustes estruturais do Estado, imprescindíveis à dinamização e à retomada do desenvolvimento econômico, aos soberanos preceitos constitucionais.

## **2. Ordem econômica e financeira na Constituição Federal de 1988: o estado de exceção econômico**

O artigo ora apresentado funda-se numa concepção de AED no contexto do projeto constituinte do Estado de bem-estar social, estruturado no Título VII da CRFB/88, no qual o extenso rol de institutos jurídicos e princípios

programáticos constitucionais figuram como componentes instrumentais e indissociáveis das políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro.

Observam-se os sinais inquietantes de esvaziamento dos fins e princípios programáticos reguladores da ordem econômica e social do Estado democrático de direito em face da excepcional celeridade do movimento de reforma constitucional dos últimos tempos.

Concretamente, os sinais agudos são perceptíveis através do monitoramento do processo legislativo da Emenda Constitucional n. 95/16 (Novo Regime Fiscal), da Lei Complementar nº 159/17 (Regime de Recuperação Fiscal dos Estados) e das recentes Medida Provisória 881/19 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) e da Medida Provisória 905/19 (Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, revogado pela MP 955/20), com repercussões evidentes na interdição de políticas públicas de desenvolvimento econômico e social.

Os impasses para o desenvolvimento econômico e social são latentes na presente conjuntura. O redesenho do papel regulador do Estado na ordem econômica e financeira — via Emenda Constitucional 95/16 e MPs 881/19 e 901/19 — em discrepância com o rol de princípios programáticos dispostos no art. 170 da CRFB/88 — redefine a natureza dirigente e compromissória da Constituição<sup>1</sup>, manifestando a primazia dos princípios de autorregulação, e supremacia das liberdades do mercado em detrimento dos princípios constitucionais soberanos.

A Emenda Constitucional 95/16, instituindo o Novo Regime Fiscal, é o eixo condutor das políticas de ajuste estrutural da ordem econômica com vistas à restauração da estabilidade econômica, do ajuste fiscal e da redução da dívida pública. Por seu extremo rigor, agravado pela excepcionalidade da pandemia, aprofunda o conflito entre as suas disposições e os preceitos constitucionais protetivos dos direitos econômicos e sociais, cerne do Título VII do vigente ordenamento constitucional.

Estabelece, ainda, o distanciamento das obrigações pactuadas pelo Estado brasileiro na ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>2</sup>, ratificado pelo Decreto 591, em 1992. O rol de princípios e

1 SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.

2 **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada

compromissos universalmente acolhidos pela comunidade internacional de Estados no PIDESC é dotado de máxima relevância, sobretudo no que diz respeito às disposições contidas no art. 2º, Tal dispositivo impõe aos Estados Nacionais a adoção de medidas que visem assegurar o máximo de recursos disponíveis que objetivem assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos econômicos e sociais, incluindo em particular a adoção de medidas legislativas.

O cenário sombrio de rigidez das políticas oficiais de austeridade fiscal e a submissão das políticas públicas às suas regras de contenção são evidentes nos cortes orçamentários em áreas estratégicas para o crescimento e desenvolvimento econômico. O Relatório sobre o Impacto da Política Econômica de Austeridade nos Direitos Humanos<sup>3</sup> tem por objetivo a investigação dos impactos das políticas econômicas de austeridade na violação dos direitos econômicos e sociais e no aprofundamento das desigualdades. As possibilidades de investimentos profundos do Estado brasileiro em setores estratégicos aos interesses da sociedade como educação, saúde, moradia e infraestrutura, a médio prazo, resultam inviabilizadas e em profunda contradição com o preceito constitucional de vedação ao retrocesso.

A EC 95/16 é considerada pela ONU uma das políticas de austeridade fiscal mais rigorosas do ordenamento internacional<sup>4</sup> e se mostrou infrutífera na concretização de suas metas, ou seja, garantir a restauração da estabilidade e do ciclo de desenvolvimento econômico.

Ao contrário, os seus efeitos aprofundaram a cisão entre a ordem constitucional econômica e os direitos sociais e econômicos fundamentais constitucionalmente previstos. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos é incisivo ao denunciar a violação das cláusulas 1,3,4, 8, 10 e 11 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), ou seja, eliminação da pobreza, promoção da saúde e bem-estar, educação de qualidade, trabalho decente e crescimento econômico, redução das desigualdades e cidades sus-

---

pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Económicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>.

3 Relatoria Especial dos Impactos da Política Econômica dos Direitos Humanos. Disponível em: [www.austeridade.plataformadh.org.br](http://www.austeridade.plataformadh.org.br).

4 Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/politicas-irresponsaveis-do-brasil-colocam-milhoes-de-vidas-em-risco-dizem-especialistas-da-onu13995/>.

tentáveis, respectivamente. Nota Técnica do IPEA<sup>5</sup> aponta que a experiência internacional com regras de contenção de gastos públicos é a de que inexistente conflito entre a adoção da regra de gastos com o crescimento econômico real positivo e a adoção de reformas.

O fenômeno complexo do Estado de exceção, entendido como o conjunto de mecanismos de proteção do ordenamento jurídico em situações de crise constitucional e de abalo dos alicerces do Estado de direito, tem por fundamento o sistema de legalidade extraordinária (intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio) e a expressa previsão constitucional de suspensão temporária e excepcional do sistema de legalidade para a salvaguarda do Estado de direito e do ordenamento jurídico.

Fenômeno associado ao processo de crise das democracias ocidentais, as reflexões sobre a exceção como paradigma de governo impõem a reflexão sobre a relevância, preceitos e exaustão do Estado de direito e suas configurações histórico-jurídicas. José Joaquim Gomes Canotilho<sup>6</sup>, na obra *Estado de direito*, expõe os caracteres essenciais do modelo clássico, Luigi Ferrajoli<sup>7</sup> estabelece a classificação dicotômica do Estado legislativo de direito e do Estado constitucional de direito, neste último destacando o primado incontestado da economia sobre o direito na ordem mundial contemporânea, decorrente da intensificação do processo de globalização e preceitos neoliberais.

Os estudos clássicos da teoria do Estado de exceção, especialmente centrados nos escritos de Carl Schmitt<sup>8</sup> e Walter Benjamin<sup>9</sup>, entre outros, foram substancialmente enriquecidos por Giorgio Agamben<sup>10</sup> na atual cena acadêmica, com a sustentação das medidas de excepcionalidade jurídica como norma nos Estados de direito, não associadas exclusivamente aos regimes ditatoriais.

Em conjunturas de exaustão das democracias contemporâneas, a pretexto de ameaças terroristas, agudização dos cenários de crise financeira estatal

5 Nota Técnica. Carta de Conjuntura – 4º Trimestre. 2016.

6 CANOTILHO, J. J. G. **Estado de direito**. Lisboa, Gradiva Publicações, 1999.

7 FERRAJOLI, L. **O Estado de direito**: História, Teoria, Crítica. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

8 SCHMITT, C. **La defensa de la constitución**: estudio acerca de las especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución, p. 213-251.

9 SOUZA, D. R. M. **Estado de exceção**: Giorgio Agamben entre Benjamin e Carl Schmitt. p. 37-57.

10 AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Homo sacer II. São Paulo, Boitempo, 2004.

e pandemias, exceção e Estado de direito não mais se apresentam como categorias conceituais colidentes.

A recidiva de procedimentos e atos normativos de conteúdo autoritário, característicos das experiências históricas de Estados de exceção, são latentes e revestidos de dramaticidade, evocando sinais de exaustão do Estado democrático de direito em território pátrio. A eventual ruptura da ordem institucional apresenta-se como possibilidade concreta no cenário de aprofundamento do aparato repressivo do Estado brasileiro, sobretudo pela profusão de atos oficiais em contradição com os princípios clássicos do Constitucionalismo, como a separação de poderes e a soberania popular.

O movimento de ruptura da ordem constitucional levado a efeito sob a aparência de mera legalidade é acompanhado de um acelerado processo desconstituente e da despersonalização do modelo de Estado democrático de direito, frequentemente ultrajado nos últimos tempos por atos normativos e decisões judiciais de exceção e esvaziado na consecução do princípio programático dos fins de justiça social, conforme previsão dos Títulos VI e VII do ordenamento constitucional.

É o cenário de máxima superação da normatividade constitucional expondo a histórica fragilidade institucional do Estado, por ora aprofundada por circunstâncias de crise social, econômica e financeira, além do assombro da crise sanitária sem precedentes provocada pela pandemia de COVID-19 em escala planetária.

A desconstrução do desenho de Estado de bem-estar social operado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1986/88 é flagrante, evidenciada na intensa profusão legislativa de PECS, medidas provisórias e decretos, justificados como salvaguardas redentoras para a superação do cenário de crise financeira e restauração da estabilidade da ordem econômica, com implicações gravíssimas para a viabilização de políticas públicas de desenvolvimento social e econômico a curto e médio prazos.

Observam-se tempos sombrios de regressão dos valores constitucionais em escala global, com a manifesta tendência de esgotamento do Estado de direito, a crise dos preceitos clássicos da democracia e a flexibilização dos direitos individuais e sociais e garantias fundamentais (notadamente das populações vulneráveis), intrínsecos ao “constitucionalismo sem Estado” característico da nova ordem mundial contemporânea.

Citem-se, como exemplo, os efeitos sociais e econômicos da Emenda Constitucional nº 95/16, determinante da fixação do teto dos gastos públicos, fulminante nas possibilidades de execução de políticas públicas de desenvolvimento social e econômico pela União e demais entes federativos durante vinte anos. As alterações operadas no art. 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecem o limite individualizado para as despesas primárias dos órgãos de Estado para cada exercício financeiro, impedindo os investimentos necessários à expansão dos serviços públicos e a efetividade dos preceitos constitucionais previstos no art. 3º da Constituição Federal, fundamentado na garantia do desenvolvimento nacional, diminuição das desigualdades e sociais e regionais e erradicação da pobreza. O regime fiscal instaurado com a EC 95/16 estabelece a suspensão do projeto constituinte de 1988 e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento salvo, se houver, em uma nova gestão outra proposta constitucional em sentido contrário.

Nesse aspecto, o direito ao desenvolvimento é entendido como um direito humano universal e inalienável, intrínseco à condição humana, em virtude do qual a pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O direito humano ao desenvolvimento tem previsão nas declarações, pactos e tratados internacionais assecuratórios de direitos humanos: a Carta das Nações Unidas (art. 55), o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966), a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social (11 de dezembro de 1969) e o Programa de Ação aprovado em Viena em 1993, na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos.

Nas lições de Avelãs Nunes (2003), a concepção de desenvolvimento social e econômico está fundamentada estrategicamente na capacidade do Estado de prover as necessidades básicas do ser humano, a saber: alimentação, saúde, educação, saneamento básico, transportes e habitação, como também é revestida de um pressuposto indispensável para a consecução de níveis razoáveis de produtividade e desenvolvimento de atividades produtivas.

A ausência de políticas públicas desenvolvimentistas aprofunda a ineficácia dos direitos constitucionais econômicos e sociais, reduzidos à condição de meras normas programáticas sem qualquer compromisso com a sua plena efetividade.

A exceção econômica, vinculada a situações de urgência e necessidade, é legitimada em conjunturas de crise institucional e/ou financeira e tem expressa previsão constitucional. Na esfera econômica, configura-se pelo “bloqueio efetivo dos direitos econômicos e sociais, esterilizados na condição de meras normas programáticas. Isto quer dizer simplesmente que a normatividade econômico social, assegurada pela Constituição, está com efeito em vigor, porém suspensa no vácuo da mais completa inefetividade” (ARANTES, 2010).

A literatura sobre o Estado de exceção econômico permanente no Brasil está reunida nos estudos de Gilberto Bercovici<sup>11</sup>, Paulo Arantes<sup>12</sup>, Cynara Mariano<sup>13</sup>, entre outros. Por essa via teórica, na dicotomia capitalismo central/capitalismo periférico, a normalidade institucional caracteriza os Estados centrais, enquanto os Estados periféricos vivenciam o Estado de exceção econômico permanente, contrapondo-se à normalidade do centro. Nos Estados periféricos há o convívio do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais sem a formalização da ruptura da ordem constitucional. Na normalidade do centro as leis e medidas de emergência interferem nas liberdades políticas e econômicas, limitando os direitos individuais, tendo em vista o bem-estar coletivo. Na periferia ocorre o contrário: a utilização dos poderes de emergência caracteriza-se por limitar os direitos da população em geral para garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista.

Semelhante arcabouço normativo capitaneado pela EC 95/16, destacado nas considerações iniciais do presente artigo, constitui forte imperativo para a pertinente indagação relativa à possibilidade de conciliação entre os preceitos desenvolvimentistas e fins de justiça social intrínsecos ao ordena-

11 BERCOVICI, G. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

12 ARANTES, P. 1964, o ano que não terminou. In: SAFATLE, V. (org.) TELES, E. (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010

13 MARIANO, C. M. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. Curitiba: **Revista de Investigações Constitucionais**. v. 4, 2017.

mento constitucional e o conjunto de medidas econômicas de exceção citados, com vistas ao reequilíbrio das finanças de Estado e ao cumprimento de metas de estabilidade econômica.

### **3. Disciplina urbanística da função social da propriedade**

A opção temática pela interação do Estado de exceção econômico e as questões vinculadas à propriedade urbanística e ao direito à cidade em conjunturas de crise econômica e institucional justifica-se por sua atualidade, relevância e natureza constitucional.

Os preceitos característicos da governança urbana democrática — cidadania, igualdade, proteção aos vulneráveis e garantia de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais — resultam cada vez mais fragilizados e territorializados em face dos recorrentes sinais de atropelo da ordem constitucional democrática e da inefetividade dos direitos sociais e econômicos.

O capítulo sobre política urbana disposto na Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 10.257/01, o Estatuto da Cidade, representam o marco regulatório do trato da questão jurídico-urbanística, enunciado através da função social da propriedade urbana e o direito à moradia adequada e do elenco de novos instrumentos jurídicos de regulação do uso e ocupação do solo urbano, como a regularização fundiária, as zonas especiais de interesse social, a usucapião especial de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), esta última regulamentada pela Medida Provisória 2220/01.

Em semelhante contexto, destacam-se os riscos institucionais inerentes ao trâmite do processo legislativo da PEC 80/19, redefinidora do princípio da função social da propriedade urbana e rural, e a descon sideração do Plano Diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, em desconstrução de princípios normativos da política urbana dispostos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01).

Destaque-se, ainda, o movimento de extinção do Ministério das Cidades (Decreto 9674/19) e do Conselho Nacional das Cidades (Decreto 9759/19), como também a não implantação do Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano, em nítida desconstrução do ideário de reforma urbana.

Observe-se, especialmente, o risco da falta de efetividade das competências dos municípios (art. 30) brasileiros de serem os principais artífices promotores de políticas de desenvolvimento e de ordenação do uso e ocupação do solo das cidades brasileiras.

Nesse sentido, observa-se o quadro preocupante de desfiguração das cidades pela ocupação desordenada do solo urbano, a infraestrutura precária de serviços básicos e a segregação espacial das classes populares, a reclamar a efetiva intervenção estatal no trato das questões urbanísticas.

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade, de 2006, entre outros preceitos, é incisiva ao destacar o território da cidade como espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar “a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, serviços, bens e oportunidades da cidade”, conforme disposição do art. I.2 do citado documento.

A análise conjuntural das implicações institucionais de medidas de exceção no Brasil é contraditória com a concepção de direito à cidade, intrínseca a todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, regulamentados nos pactos e tratados internacionais assecuratórios de direitos humanos fundamentais.

A natureza compromissória da Constituição expressa a conjunção de princípios civilizatórios e não excludentes, especialmente concentrados no Título VII (Ordem Econômica e Financeira), caracteres marcantes do neoconstitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial. A harmonização de interesses entre o capital e o trabalho representa um dos fundamentos essenciais do Estado democrático de direito, em perspectiva social-democrática, tendo por pressuposto a finalidade de justiça social intrínseca à concepção de Estado de bem-estar.

À luz da teoria econômica, a concepção de justiça social envolve diferentes aspectos, assim enunciados: “a desigualdade de oportunidades entre as pessoas, a desigualdade de resultados na distribuição pessoal da renda, a miséria e pobreza extremas e a desigualdade de horizontal de rendimentos e da pobreza, ou seja, incidência diferenciada entre as regiões do país e/ou entre grupos sociais diversos pela sua etnia, raça, religião etc.” (PORTO, 2019).

A constitucionalização da ordem econômica e financeira impõe a compatibilização das liberdades de iniciativa econômica e de concorrência sob regula-

ção do Estado para coibir práticas abusivas de concentração de capital, impondo limites ao livre-mercado. O rol de princípios programáticos dispostos no art. 170, IV e V, reitera o livre exercício do direito de propriedade condicionado ao exercício de sua função social, anteriormente previstos no art. 5º, XXII e XXIII, assim erigido ao status de direito fundamental e supremo, inderrogável.

O redesenho da frágil concepção de Estado de bem-estar social é justificado através dos sinais recessivos da economia nacional e da adoção de medidas severas de austeridade aceleradas nos últimos anos: a desvinculação de recursos orçamentários para o implemento de políticas sociais, o abandono de políticas públicas em nome do equilíbrio macroeconômico e os impedimentos formais a manutenção e expansão dos serviços públicos. Atenta contra a lógica principiológica de vedação constitucional ao retrocesso social a detecção das “falhas”, como o aumento exponencial da pobreza e a permanência das desigualdades sociais e regionais.

Em contexto de exceção, decisões judiciais envolvendo despejos, remoções e reintegrações de posse têm graves implicações sociais e urbanísticas, especialmente em cenários de crise institucional e estagnação, maximizadas por uma pandemia (COVID-19) sem precedentes na ordem mundial contemporânea. Nesse aspecto, observa-se o contexto oscilante de decisões judiciais ora em sintonia com a aplicação dos pressupostos da análise econômica do direito com vistas ao alcance de um veredicto eficiente à luz dos princípios constitucionais programáticos da ordem econômica e financeira, ora em contradição.

É ilustrativo destacar a proposição legislativa encaminhada pelo STF ao Senado Federal, consubstanciada na aprovação da Lei nº 14.010/20 (RJET), estabelecendo o Regime Jurídico Especial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado no período de pandemia do coronavírus (COVID-19). Nas suas origens, a proposta elaborada pelo STF tem como objetivo o reforço do princípio da segurança jurídica da moradia e a redução da sobrecarga dos tribunais com a apreciação das inúmeras e previsíveis ações de despejos, remoções e reintegrações de posse características de conjunturas emergenciais de crise.

A expectativa de “os tribunais, em vez de dificultarem, facilitem um gozo socialmente responsável da propriedade privada, que eles propiciem um desenvolvimento urbano sustentável em vez de o onerarem com uma canga burocrática, são objectivos que emergem transparentes de uma sindicância à eficiência do Poder Judiciário.” (LEAL, 2010).

A concentração e ausência de função social da propriedade urbana, a inconsistência das políticas habitacionais e de regularização fundiária, aliada à conjuntura de estagnação econômica e ausência de celeridade do Poder Judiciário na resolução das graves questões urbanísticas e conflitos de terras urbanas agravaram a intensidade das tensões fundiárias.

Nesse aspecto, impõe-se a necessidade de decisões judiciais coerentes com a pluralidade de interesses em jogo nas complexas e graves questões de ordem urbanística, especialmente aquelas relacionadas à concepção de propriedade — função e a ocupação ordenada do solo urbano.

A reflexão sobre o papel do Poder Judiciário na apreciação e regramento da função social da propriedade urbanística e da segurança jurídica da moradia coloca em questão a exigência de maior sensibilidade e formação interdisciplinar da magistratura nacional na apreciação de questões recorrentes, como a polarização entre o direito individual de propriedade e o direito social fundamental à moradia adequada.

#### **4. Propriedade urbana: o impacto social e econômico das decisões judiciais**

As implicações sociais, econômicas e institucionais das decisões judiciais relativas à função social da propriedade — fundada em parâmetros consentâneos de justiça social e eficiência — e em conformidade com o Estatuto da Cidade, com as disposições constitucionais e com o Código Civil, são antevistas em algumas decisões judiciais, abaixo relacionadas:

Loteamento Vista Alegre-RS

Apelação CÍVEL 70024865479

MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO IRREGULAR. LEI MUNICIPAL REGULARIZADORA. ÁREA VERDE E INSTITUCIONAL. REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

Edição pelo Município de São Leopoldo da Lei Municipal nº 5.898/06, regulamentando o direito de superfície a ser concedido à população local de baixa renda, bem como da Lei nº 5.998/06, que desafetou área verde e dar aplicação ao direito de superfície previsto na lei anterior.

Invalidez formal e material do ato normativo de efeitos concretos.

Constatação, '*in obter dictum*', de que o direito de superfície é matéria de direito civil de competência privativa da União (art. 22, inc. I da CF). Em nível infraconstitucional, constatou-se que a regulamentação do direito de superfície, nos moldes da legislação local, alterou estrutura jurídica que permite a concessão de uso especial para fins de moradia a população de baixa renda, matéria regulada pela Medida Provisória n. 2.220/01, arts. 1º e 2º. Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.898/06 e, por arrastamento, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.998/06.

Como somente a Lei Municipal nº 5.998/06 é objeto de impugnação na presente demanda e, por se tratar de lei de efeitos concretos, não há óbice ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, sem a necessária remessa a Plenário. Tratando-se de área verde, inviável o assentamento de moradores, porquanto as diretrizes urbanas devem ser conformadas com a observância do princípio da proteção ao meio ambiente sustentável.

Vila Histórica de Mambucaba. Angra dos Reis-RJ

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO EM FAIXA MARGINAL DE PROTEÇÃO. ZONA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PERÍCIA CONCLUSIVA DE DANO AMBIENTAL DE BAIXA MAGNITUDE. ÁREA URBANIZADA. INTERESSE SOCIAL. DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL NÃO RECOMENDADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Por esta decisão judicial não se verifica a desconsideração do direito a preservação do meio ambiente, disposto no art. 225 da Constituição Federal ou da impossibilidade de construção na Faixa Marginal de Proteção (FMP) de cursos d'água. A prova pericial e demais elementos dos autos foram conclusivos no sentido de que se trata de área de alta densidade urbana, com diversas construções abastecidas por serviços públicos, inclusive havendo vias públicas abertas pela própria edibilidade, que colaboraram para a ocupação do local, bem como que a construção apenas retirou uma pequena área coberta de vegetação não nativa, classificando o impacto ambiental como de baixa magnitude. A medida pleiteada – demolição da construção – não atenderia aos princípios da função social da posse, mormente por tratar-se de imóvel localizado em Zona Especial de Interesse Social (ZEIS), passível de regularização fundiária.

Município de Uberaba-MG

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.736-MG (2011/0230859-5)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL

QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO.

Tratou-se de recurso especial no qual se negou provimento a uma ação de reintegração de posse. Destaca-se a controvérsia pertinente aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, caracterizada como escolha trágica. Neste acórdão, é reproduzido trecho da lavra do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal (no ARE 639.337), segundo o qual:

“a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Em comum, as três decisões judiciais incidem sobre questões de ordem econômica e urbanística e de profundo conteúdo social por envolverem matérias sensíveis como direito de superfície, despejo, demolição e

reintegração de posse, à luz da normatividade constitucional e do Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/01).

Assim, a jurisprudência aqui reunida representa uma pequena amostra da análise econômica do direito de propriedade e a sua compatibilidade com os postulados constitucionais da ordem econômica.

A previsão constitucional da função econômica e social da propriedade é recepcionada pelo Estado brasileiro desde o advento da Constituição de 1934 e rompe com a concepção absoluta do direito de propriedade disposta nas declarações clássicas de direitos e na tradição civilística inaugurada pelo Código Civil Napoleônico de 1806. Os estudos clássicos de León Duguit incorporaram na literatura jurídica a concepção de função social da propriedade, iniciando o movimento de constitucionalização do princípio da propriedade-função a partir da Constituição do México de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.

Nesse aspecto, a natureza compromissória da Constituição de 1988 tem como primados a valorização do trabalho e da livre iniciativa e a garantia do direito de propriedade, condicionado ao exercício de sua função social, numa busca de conciliação de interesses e interação entre os preceitos jurídicos e econômicos para a concreção da justiça social. O conteúdo econômico e social do direito de propriedade está claramente disposto no ordenamento jurídico brasileiro ao garantir segurança jurídica ao pleno exercício do direito de uso, gozo e livre disposição do bem pelo proprietário individual, conforme disposições do art. 1228 do Código Civil (Lei nº 10.406/20).

O processo de constitucionalização da ordem econômica e financeira, centrado na disciplina da propriedade e da economia no Brasil, impõe a observância dos fundamentos essenciais do Estado democrático de direito, sendo inoportuna qualquer possibilidade de absolutização do direito de propriedade e de sua sobreposição ao rol de direitos sociais.

## **5. Conclusão**

Os alarmantes cortes orçamentários em áreas estratégicas para o crescimento e desenvolvimento econômico e social, vide Emenda Constitucional n. 95/16, Lei nº 11.465/17 e a recente Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), vêm inviabilizando a atuação do Estado brasileiro na execução de políticas públicas de bem-estar econômico e social.

O Relatório sobre o Impacto das Políticas Econômicas de Austeridade nos Direitos Humanos da Plataforma DHESCA é impactante na detecção das profundas implicações jurídicas, econômicas e sociais em território pátrio, agravando os indicadores em áreas estratégicas para o desenvolvimento nacional, notadamente nas políticas de saúde, educação, saneamento básico, segurança alimentar, habitação, regularização fundiária e proteção estatal às populações vulneráveis em situação de rua, povos indígenas e quilombolas. Anteriormente à crise sanitária instaurada pela pandemia COVID 19, o retrocesso econômico e social trazido a efeito pela EC 95/16 já era antevisto nas denúncias de descumprimento das metas estabelecidas na Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (ODS) pelo Estado brasileiro às instâncias internacionais da ONU.

As possibilidades de investimentos profundos do Estado brasileiro em setores estratégicos aos interesses da sociedade, a exemplo dos programas oficiais de habitações de interesse social, resultam inviabilizadas e em profunda contradição com o preceito constitucional de vedação ao retrocesso.

A flexibilização da política estatal na gestão macroeconômica com a contenção das iniciativas de crescimento e desenvolvimento, tendo por pretexto o resgate da estabilidade, implicou no recrudescimento do projeto liberalizante e a suspensão do projeto constituinte de Estado de bem-estar social. É a distopia do Estado brasileiro na presente conjuntura, minimalista na promoção de políticas públicas desenvolvimentistas, evidenciando a incapacidade em promover investimentos sociais de profundidade em face das amarras institucionais ditadas pelas circunstâncias de crise.

No plano interno, observa-se profusão de ADIs com vistas ao reconhecimento da inconstitucionalidade e pedido de suspensão da EC 95/16. Oportuno ressaltar o trâmite da ADI 5771, instrumentalizada pelo pedido de impugnação da Lei nº 13465/17 pelo Ministério Público Federal.

Mais recentemente, em face dos efeitos dramáticos da pandemia, a edição da Lei nº 14.020/20, em reconhecimento do Decreto Legislativo nº 6/20, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Acrescente-se, ainda, a Medida Provisória 944/20, que institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, fundado na abertura de linha de crédito especial para o financiamento de até dois meses da folha salarial de empresas em geral. Considere-se, ainda, a entrada em vigor da Lei nº 14.010/20, estabelecendo o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas

de Direito Privado (RJET) para a minimização dos efeitos negativos suscitados pela pandemia na esfera urbanística e social.

Em semelhante contexto, pautado pela ação do Estado brasileiro na contenção dos efeitos da crise econômica, institucional e sanitária, sobressai a redefinição do seu papel com a edição de especial normatividade de cunho social elencada acima. Nesse sentido, um desafio impõe-se ao Estado e à sociedade civil organizada: a restauração do sistema de legalidade previsto na ordem econômica e a contenção das medidas econômicas de exceção, banalizadas e em desacordo com o projeto constituinte de Estado de bem-estar. Em nome da estabilidade institucional estatal, torna-se imperativo o equilíbrio e a razoabilidade na adoção das medidas estruturais de ajuste fiscal e a sua adequação aos preceitos constitucionais soberanos e universalmente consagrados de eficiência e justiça social.

## **Referências**

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Homo sacer II. São Paulo, Boitempo, 2004.

AVELÃS, A. J. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARANTES, P. 1964, o ano que não terminou. *In*: SAFATLE, V. (org.) TELES, E. (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

BERCOVICI, G. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, G.; SALGADO, R. O. Direito Urbanístico como regulação econômica do espaço. *In*: **Curso de direito à cidade: teoria e prática**[S.l: s.n.], p. 300 : il. ; 23 cm, 2018.

BONAVIDES, P. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Editora Forense, 1980.

CANOTILHO, J. J. G. **Estado de direito**. Lisboa, Gradiva Publicações, 1999.

FERRAJOLI, L. **O Estado de direito: História, Teoria, Crítica.** São Paulo, Martins Fontes, 2006.

GICO, I. T. **Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito.**

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

KLOH, G. Teoria Econômica da Propriedade e dos Contratos. *In: Direito e economia: diálogos.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2019.

LEAL, R. G. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios.** Brasília: ENFAM, 2010.

MANKIW, N. G. **Introdução à economia.** São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MARIANO, C. M. **Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos:** Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais.v. 4, 2017.

MASSONETTO, L. F. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Separata de Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 1-23, 2006. Disponível em: [https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX\\_Artigo2.pdf](https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf).

MONTEIRO, J. V. **Lições de economia constitucional à brasileira.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

NUNES, A. J. A. **Neoliberalismo & direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. **Direito e economia: diálogos.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2019.

PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. *In: Direito e economia: Diálogos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

SCHMITT, C. **La defensa de la constitución**: estudio acerca de las especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Malheiros Editores. 2000.

SOUZA, D. R. M. **Estado de exceção**: Giorgio Agamben entre Benjamin e Carl Schmitt. Princípios: Revista de Filosofia. Natal, v. 25, n. 47, 2018.

## **Capítulo 12. *Análise econômica da liberdade de iniciativa e da livre concorrência em face do dever fundamental de pagar tributos: propostas para reflexão***

*Ricson Moreira Coelho da Silva*

### **1. Introdução**

Existem sempre várias perspectivas de análises individual e coletiva de uma ação, notadamente no inter-relacionamento entre direito e economia (PORTO, 2019, p. 25). E tanto a liberdade de iniciativa quanto a liberdade de concorrência são exemplos típicos do quanto afirmado aqui. Em tais atividades se valoram diversas variáveis (custos e benefícios), o que faz emergir múltiplos cenários e múltiplas possibilidades de decisões.

Contudo, um aspecto se sobressai no contexto brasileiro, a saber, o peso do subsistema tributário na conformação desses ambientes, seja como elemento racionalizador do processo de tomada de decisões, seja como propulsor do deslocamento da curva de oferta e demanda de bens e serviços (COSTA, 2019, p. 384).

É que a carga tributária incidente sobre os empreendimentos privados é deveras relevante e pesa sobre o processo de decisão dos agentes econômicos. Fala-se, inclusive, dos custos de conformidade (TAKANO, 2017, p. 256) de um empreendimento ao disposto na legislação tributária, assim como notadamente do respectivo custo financeiro dos tributos, já que ambos acabam por moldar determinados comportamentos que nem sempre representam as externalidades mais desejadas, como embaraços ao próprio processo concorrencial e à livre iniciativa, produzindo-se mercados não competitivos, oligopolizados e deficientemente regulados (CARVALHO, 2012, p. 48).

Com efeito, vê-se, não raro, que setores e/ou empreendimentos econômicos isolados valem-se de certos mecanismos, inclusive do acesso amplo à justiça, para fins de evitar o pagamento dos tributos que normalmente são suportados por seus concorrentes, numa evidente assimetria de informação.

Isso, naturalmente, desequilibra a ação dos *players* do mercado e precisa ser redimensionado, no sentido de se aferir o que de eficiência ou ineficiência há nesse tipo de comportamento, pois garantir a sobrevivência da empresa, ou mesmo aumentar seu retorno econômico, pode trazer externalidades que precisam ser avaliadas, posto que negativas e positivas, tais como a concentração de mercados, os prejuízos à arrecadação, ou mesmo a manutenção de empregos e da atividade econômica.

Daí que estudar a inter-relação entre liberdade de iniciativa, de concorrência e a tributação não parece ser uma tarefa restrita ao método que se poderia chamar de método jurídico puro, no qual apenas razões normativas e retóricas (ADEODATO, 2009, p. 137) pertinentes ao positivismo jurídico são levadas em consideração.

É que a liberdade de iniciativa e a liberdade de concorrência, muito embora possuam um disciplinamento normativo relativamente eficiente, assim como acontece com os mecanismos de tributação, já que são bem estruturados, tanto do ponto de vista normativo, quanto da sua aplicação e exigência, precisam, todavia, de uma melhor compreensão, sobretudo considerando o fenômeno de modo conjugado e não de forma isolada (SERRANO, 2019, p. 406).

Nestes termos, sobressai-se uma necessidade de investigar os efeitos normativos decorrentes de determinadas prescrições e interpretações sobre os respectivos ambientes econômicos, ou seja, um recurso à verificação empírica (ULEN, 2014, p. 53).

Logo, faz-se urgente afastar-se de posições que impeçam o método jurídico de investigação científica de alcançar as consequências normativas das prescrições e das decisões em face de outros subsistemas que compõem o tecido social, como a economia, pois tal restrição inibe a possibilidade de “encontrar novas interpretações e soluções para problemas que se apresentam no plano jurídico” (PORTO, 2019, p. 48).

Sobre o tema, e como advertência inicial, vale transcrever as palavras do professor José Maria Arruda (2020, p. 2), que descreve a teoria da análise econômica e lhe impõe alguns parâmetros, a cujos *standards* nos filiamos:

Seria possível defender o uso ainda mais intensivo de economia no direito (um *even more economic approach*) sem com isso aderir às fileiras daqueles que creem que exista uma análise econômica que seria a melhor

e a mais bem testada metodologia jurídica? E que o uso ainda mais intensivo da economia significaria usar seus instrumentos de forma menos eloquente e ideológica do que a mera defesa de pautas políticas e mais técnica, em reforço (e não superação) à aplicação do direito posto vigente, já que nosso país está marcado pelo direito legislado (estado democrático de direito e separação dos poderes)? Acreditamos e defendemos que sim. (...) Em termos mais simples, a análise econômica do direito – em seu sentido mais tradicional – prega a utilização de técnicas de estudo das consequências econômicas das decisões jurídicas, sempre em termos de eficiência alocativa. O próprio fundamento do direito seria a economia em seu viés neoclássico, tendo como pressuposto a não intervenção estatal (sempre mais defendida do que adotada, já o sabemos) e a eleição da previsibilidade dos mercados como algo superior a outros argumentos (como os fundamentos e garantias constitucionais). Trata-se, portanto, de uma teoria normativa, ou seja, comprometida em afirmar como deve ser a aplicação do direito. (...) Essa tem sido, portanto, a nossa defesa normativa: o uso cada vez mais sofisticado da economia no direito para bem compreender (i) os efeitos da promulgação de certas leis, (ii) a avaliação dos resultados das leis que estão postas e (iii) as provas de convicção utilizadas na construção de argumentos de justificação de decisões jurídicas (norma individual e concreta).

Por isso a necessidade de uma análise econômica dos institutos ora abordados, como adiante se propõe a estudar, com as cautelas acima destacadas.

## **2. Da livre iniciativa e da livre concorrência no contexto do dever fundamental de pagar tributos e suas implicações nos custos de transação**

A livre iniciativa em uma economia dita de mercado, como no caso brasileiro, assume contorno de verdadeiro direito fundamental, tal qual assentado na própria Constituição Federal. Este conceito, naturalmente, irradia efeitos e consequências não só do ponto de vista das liberdades individuais, ou seja, enquanto limitador da ação estatal, como também na relação que estabelecem entre si os agentes econômicos, notadamente no âmbito da relação concorrencial (BOMFIM, 2011, p. 199), traduzindo verdadeira eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O Estado, por sua vez, tem estabelecido um controle efetivo sobre o mercado, regulando, tributando e controlando, em algumas oportunidades, os próprios preços, de modo que tais ações não traduzem, em absoluto, neutralidade e acabam por produzir efeitos sobre as curvas de demanda e de oferta, assim como sobre a própria alocação eficiente de recursos.

Ronald Coase (1988, p. 95-96), como sabido, estudou a relação entre a alocação eficiente dos recursos econômicos e os custos de transação, propondo um modelo no qual, se os custos de transação fossem zero, os recursos poderiam alcançar uma alocação ótima. Pois bem, analisando tal raciocínio em demandas que envolvem direito de propriedade, ele foi capaz de superar a teoria de Pigou, que resolvia tais situações com uma simples reparação econômica. Tal proposição satisfaz, a um primeiro momento, o senso de justiça, mas nem sempre garante a melhor eficiência no processo de alocação dos recursos econômicos, pois, em alguns casos, o dano poderia ser suportado por aquele que o absorvesse com o menor custo (PORTO, 2019, p. 45).

Nesse diapasão, é que, embora seja um desafio, propõe-se transportar o teorema de Coase para a análise econômica do direito tributário no contexto de mercados competitivos, como o Brasil e, de modo mais específico, sobre a livre iniciativa e a tributação dentro de um ambiente equilibrado de livre concorrência.

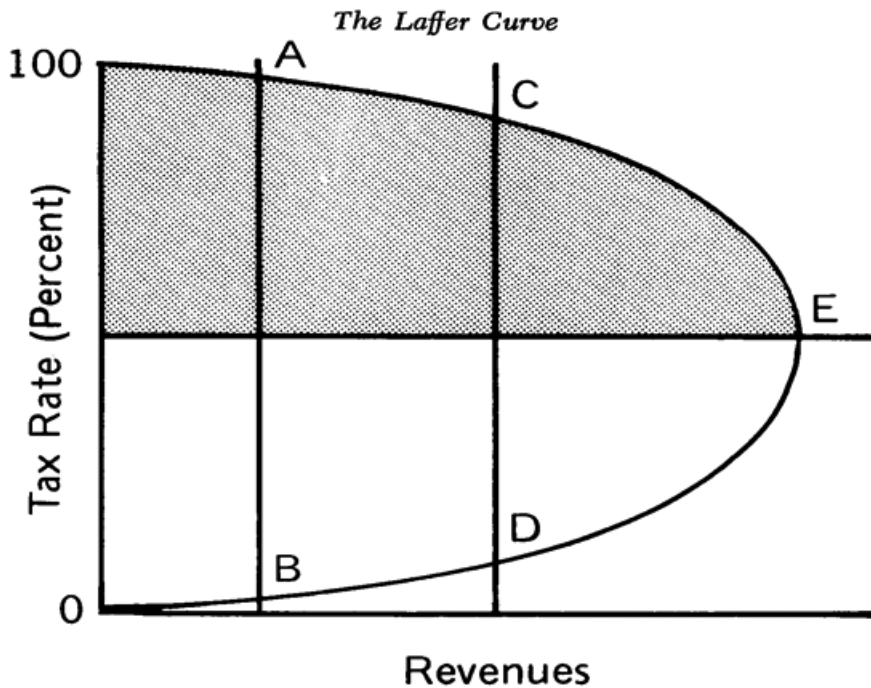
Explica-se:

É sabido, notadamente, analisando a realidade brasileira, que muitos tributos possuem uma função extrafiscal, que traduzem uma atitude do Estado no sentido de utilizar a tributação com a finalidade de induzir comportamentos nos agentes econômicos, notadamente em contextos como o da preservação do meio ambiente, do comércio internacional e da promoção de um produto ou de um setor no mercado interno (ADAMY, 2018, p. 355).

Nesse cenário, o tributo assume uma função não necessariamente arrecadatória, ou seja, passa a ser utilizado como um indutor de condutas, e não como uma fórmula de financiamento da ação estatal (SHOUERI, 2007, p. 254).

No ambiente concorrencial acontece algo parecido, ao passo que envolve uma relação complexa entre os agentes privados (relação horizontal) e entre estes e o Estado (relação vertical). Nesse contexto, os agentes privados buscam, com a tutela do Estado, através de seu poder de regulação, nele incluído a tributação, realizar uma alocação eficiente dos recursos econômicos.

Todavia, tensões são formadas decorrentes da competição e também do quanto de carga tributária é comportada pelo setor, pela empresa e pela cadeia de produção envolvida, como nos alerta Jude Wanniski (1978, p. 4), quando estudou o comportamento da tributação e da produção, cujo gráfico descreve-se abaixo. O professor enxergou no fenômeno uma relação semelhante à produzida pela curva de Laffer, cuja síntese pode resumir a ideia de que haveria um ponto de equilíbrio entre a carga tributária e a arrecadação de tributos, que, se ultrapassado, poderia representar uma queda vertiginosa e constante das receitas, tendo em vista o desestímulo provocado no ambiente de negócios e na atividade lucrativa, decorrente do aumento sensível dos custos de transação, originados especialmente do rompimento de um equilíbrio invisível do percentual de carga tributária suportável pelo mercado, conforme gráfico a seguir:



Daí que a calibragem entre tributação, benefícios fiscais e regulação pode formar uma teia complexa a tal ponto de favorecer concentrações de mercados e externalidades não desejadas e que produzem efeitos na contramão dos interesses inicialmente visados e idealmente perseguidos relativos à alocação eficiente dos recursos.

Deveras, vejamos os efeitos que são produzidos em ambientes competitivos, quando um dos agentes resolve unilateralmente não cumprir com seu dever fundamental de pagar tributos (NABAIS, 2015, p. 19). Imediatamente, seus custos de produção são reduzidos e o mercado relevante no qual atua é afetado, na medida em que o agente aumentará a margem de lucro e prejudicará seus concorrentes, podendo aumentar a sua oferta, gerando uma demanda artificial pelos seus produtos e serviços, fazendo com que os demais agentes sejam extremamente prejudicados pela política de preços predatórios.

Tal fenômeno foi concretamente sistematizado em pesquisa promovida pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social — CEDES (RODAS, 2018, p. 2), que em análise do fenômeno perante a jurisprudência do CADE, assim concluiu:

Do exame dos precedentes coligidos, derivaram-se as seguintes conclusões: (i) O CADE foi instado a se pronunciar em casos em que questão tributária era aspecto importante; (ii) os órgãos do SBDC, incluindo o CADE, sempre afirmaram serem incompetentes para decidir sobre a licitude dos benefícios fiscais acima mencionados; muito embora não se tenham negado a analisar infrações à ordem econômica, porventura delas resultantes; (iii) O CADE não efetuou condenação por ofensa à ordem econômica com fundamento direto em prática tributária dos agentes investigados e (iv) a observação das condutas pelo CADE foi realizada, na maior parte dos casos, pela perspectiva de preços predatórios.

No segundo momento, esse contexto pode levar a uma oligopolização do mercado, ou mesmo à sua monopolização.

Mas como pensar melhor essa equação?

Coase nos fala que é necessário diminuir os custos de transação para uma alocação eficiente de recursos. Diminuir os custos de transação significa, no ambiente tributário, não só diminuir a carga tributária e sua interferência no processo de escolha dos agentes econômicos, mas também produzir uma rede de *enforcement* efetiva, ou seja, propiciar um cenário capaz de absorver e impedir que situações como as relatadas acima sejam regra em mercados competitivos.

É que tais circunstâncias, uma vez verificadas, tendem a produzir um efeito nocivo: perda de faturamento dos concorrentes, concentração dos mercados, efeitos deletérios sobre a concorrência horizontal e vertical, sobre os preços no curto, médio e longo prazos, sobre o mercado de trabalho e ainda sobre a percepção dos

demais agentes acerca da efetividade da legislação tributária (BECKER, 1992, p. 41-42). Isto é, produzem-se muitas variáveis que precisam ser sopesadas.

Nesse sentido, destacou Rodas nas conclusões do estudo acima mencionado:

Quando os tributos não pagos, sistematicamente, por empresas pertencentes a mercados com alta carga tributária e margem de lucro baixa - como as de combustíveis e de tabaco -, são transferidos ao preço final do produto ou serviço, impossibilita-se a concorrência das empresas cumpridoras das obrigações fiscais. Por tal razão, é condição essencial para a caracterização da infração à ordem econômica, ter havido o repasse da vantagem tributária para o preço final. A grande probabilidade de ocorrer desequilíbrios concorrenciais em empresas submetidas a tributação alta, aparecem nas propostas legislativas, que pretendem regulamentar o artigo 146-A da CF. O grande aumento de *market share* caracteriza a infração, por ser evidência direta da conduta causadora de efeitos negativos sobre o mercado. Conforme o artigo 36, § 2º, da Lei 12.529/2011, há presunção de posição dominante, quando empresa ou grupo de empresas puder alterar as condições de mercado ou controlar, ao menos 20% do mercado relevante. fato de, via de regra, as empresas detentoras de posição dominante adotarem comportamento monopolístico, abre a possibilidade de se presumir dano ao mercado. É necessário que o aumento da participação de mercado tenha correlação com o proveito obtido com a prática de evasão fiscal. A demonstração dessa relação não é fácil, pois outros fatores - como a eficiência econômica - também causam aumento na participação. Quando, entretanto, o aumento de participação de mercado se dá no contexto de mercado relevante com alta tributação e pequena margem de lucro, a presunção justifica-se. Nesse ambiente, não é possível preço significativamente menor, por parte de um concorrente. A conduta tributária do agente deve causar dano efetivo à concorrência. São evidências desse dano: (i) o aumento de barreiras à entrada no mercado relevante, causado por entraves resultantes da posição privilegiada da empresa, que se utiliza da evasão fiscal; (ii) exclusão ou deterioração de concorrentes, que ou são alijados por não ter como reduzir suas margens, ou, para se manterem, aderem à ilicitude; e (iii) seleção adversa no mercado, que gera predominância de produtos de má qualidade e de agentes descumpridores da lei.

Daí, valendo-se das premissas da redução dos custos de transação, o quão eficiente seria pensar o dever fundamental de pagar tributos nesse ambiente?

Admitindo-se que os tributos possuem uma função extrafiscal e que a alocação eficiente de recursos precisa ser levada em consideração, o quão

eficiente é insistir no *enforcement* não cooperativo e desmedidamente sancionador do cumprimento da legislação tributária? Notadamente em face da possibilidade de se estabelecer, a par dos parâmetros existentes (cobrança do crédito tributário, na via judicial, penhora de valores, bens, discussões intermináveis em processos de falência e recuperação judicial, criminalização de condutas que impliquem o não pagamento de tributos etc), uma nova forma de resolução desses danos, que comporte, por exemplo, uma indenização aos demais participantes do mercado de bens relevantes (ou seja, impor ao contribuinte não adimplente dos seus tributos o dever de indenizar os participantes do mercado, indenização esta construída de forma livre entre as partes e não com a intermediação estatal — pagamento de tributo, multa ou pena de natureza penal), na medida em que a participação direta do Estado tende a aumentar ainda mais os custos de transação, já sensivelmente atacados pelas práticas anticompetitivas. Ou ainda, como ora defendido, a indução por meio de medidas extratributárias do comportamento positivo dos contribuintes no que concerne ao cumprimento do dever fundamental de pagar tributos.

Afinal, o que se quer, em síntese, é saber se o impacto do devedor de tributos, do ponto de vista da alocação eficiente de recursos e dos custos de transação, é maior do que poderia ser suportado pelos competidores e pelo Estado, resolvendo-se eventual dano à livre iniciativa e à livre concorrência por uma indenização de natureza direta ou pela mudança comportamental induzida por fatores que não aqueles estritamente de ordem sancionadora.

Para melhor compreensão desse quadro de análise, propõe-se a seguir a verificação do que tem sido levado em consideração nos moldes atuais para a solução de tais conflitos, o que ajudará a refletir melhor sobre o tema e suas implicações, de forma a especificar a compreensão ora proposta.

### **3. Da liberdade de iniciativa e da livre concorrência no contexto do *enforcement* da legislação tributária**

Muito se questiona sobre a licitude de prescrições normativas que permitam ao Estado a interdição de atividades empresariais em razão de práticas anticompetitivas. Ou mesmo acerca de legislações que criminalizam condutas que corporifiquem ações tendentes a sonegar o pagamento de tributos

(VIRTUOSO, 2018, p. 226). Implicitamente em tais contextos, sobressai-se a necessidade de reforçar a tutela estatal das condutas privadas, assim como a tentativa de minorar as externalidades, quanto aos efeitos produzidos por tais prescrições normativas.

Pois bem, segundo nos relata Fabio Silva (2019, p. 2-3, 9), há dois paradigmas que definem a relação entre o fisco e os contribuintes, quais sejam, o paradigma do crime e o do serviço. Tais paradigmas são essenciais para a compreensão do porquê os contribuintes cumprem ou não a legislação tributária e quais motivações são essenciais nesse processo de decisão e, ainda quais elementos são determinantes para a indução desses comportamentos. Nas palavras do professor:

Sinteticamente, o “paradigma do crime” pressupõe que o contribuinte adota comportamentos racionais, de modo que, diante de uma baixa probabilidade de ser fiscalizado, tende a optar pelo inadimplemento de suas obrigações tributárias, maximizando seu ganho financeiro ao evitar o sacrifício de parte do seu patrimônio, que ocorreria no caso de recolhimento de tributos aos cofres públicos. Atualmente, contudo, o “paradigma do crime” não tem aceitação plena; é considerado limitado<sup>4</sup>, haja vista estudos mais recentes reconhecendo que os indivíduos nem sempre adotam comportamentos racionais. Em suma, o paradigma tradicional explicaria somente parcialmente o comportamento dos contribuintes. Dessa constatação derivou o “paradigma do serviço”, que assume que outros fatores podem afetar a decisão do contribuinte, sendo o comportamento relacionado ao pagamento de tributos um ato complexo, e não necessariamente racional. Nessa linha, diversas pesquisas comprovam a aplicabilidade do “paradigma do serviço”, demonstrando empiricamente que – realmente – o contribuinte nem sempre adota comportamentos racionais. No Brasil, a pesquisa (...) reforça essa tese, por meio de estudo baseado no *framework* criado por Kirchler, chamado de *Slippery Slope Framework*. Curiosamente, apesar de o resultado dessa pesquisa demonstrar que o contribuinte brasileiro estaria mais inclinado a cumprir suas obrigações diante de um sistema tributário em que vigorasse o “paradigma do serviço”, constata-se haver no Brasil um clima de animosidade e conflito que permeia a relação Fisco e contribuinte, em consonância com as características do “paradigma do crime”. Não é nova a sensação de que vivemos uma verdadeira distopia tributária, sendo nosso sistema complexo, incoerente, privilegiando o conflito, e não a cooperação entre contribuintes e autoridades fiscais, o que levou Becker a cunhar a expressão carnaval tributário. (...) Como consequência, enquanto no “paradigma do crime” a força do Estado é a variável

mais significativa a influenciar o comportamento do contribuinte, no “paradigma do serviço” a confiança no Estado torna-se mais relevante, sendo ela decorrente da percepção de justiça procedimental, retributiva e distributiva. Em tese, portanto, quanto maior a confiança do contribuinte no Estado, maior será a arrecadação tributária; o Estado deve, então, focar sua atuação nessa interação respeitosa, visando à conformidade voluntária por parte dos contribuintes.

Ainda segundo a pesquisa levada a cabo pelo Departamento de Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo (SILVA, 2015, p. 59), pode-se identificar no rigor das punições e, naturalmente, associado ao tamanho da carga tributária, um certo círculo vicioso, que explica, em determinada medida, a (in) eficiência regulatória do Estado nesse setor e o (de)acréscimo na arrecadação de tributos, com efeitos diretos e imediatos sobre o ambiente concorrencial, como relatado acima e abaixo verificado de forma esquematizada:

Figura 1. Ciclo vicioso do aumento do rigor das punições



Fonte: SILVA<sup>54</sup>.

Veja-se, a esse respeito, e no mesmo contexto do aumento da severidade punitiva o caso de alguns estados da federação, como o de Goiás. O estado possui uma legislação (Lei nº 19665/17) que estabelece a figura do devedor contumaz, que vem a ser o indivíduo ou a empresa que constantemente atua em prejuízo dos interesses do fisco, ou seja, simplesmente não cumpre seu

dever fundamental de pagar tributos, realizando atividades econômicas, sem oferecer a correspondente contrapartida financeira ao Estado.

Pois bem, em regra, o reconhecimento de um devedor como contumaz importa, como se depreende da leitura da legislação respectiva, um determinado regime de exceção tributária, cujo objetivo é impor sanções de ordem política com o único objetivo de forçar a arrecadação dos respectivos tributos.

Com efeito, em razão de tal circunstância, os devedores ficarão sob regime especial de fiscalização e arrecadação, cuja consequência principal é o aumento imediato da carga de tributos que recai sobre seu patrimônio e atividades. No caso das empresas, deve haver a antecipação diária do pagamento de tributos e ainda a interdição de sua atividade, na medida em que o sistema da Secretaria da Fazenda poderá ser bloqueado, impedindo-as de exercer as atividades ordinárias decorrentes de seu desempenhar econômico, notadamente a emissão de notas fiscais.

Demais disso, observe-se que o descumprimento reiterado de obrigações tributárias irradia efeitos não só perante a arrecadação da fazenda pública, mas igualmente em relação ao ambiente de livre concorrência de mercado. Em tais casos, poder-se-ia cogitar, inclusive, acerca do fechamento de empresas, como estabelece a legislação do estado de Goiás, não como uma forma de proteção das finanças públicas, mas como uma forma de proteção da livre concorrência, ainda que tal circunstância pareça conflitar com os direitos e garantias fundamentais decorrentes do princípio da livre iniciativa. É que, no caso, a medida satisfaz o princípio da eficiência de Kaldor-Hicks (BOTELHO, 2016, p. 28), adotado na ótica utilizada neste trabalho, que remete a ideia de que, ainda que alguns indivíduos envolvidos na relação econômica (devedores contumazes) tenham perda significativa (fechamento do estabelecimento) caso os demais obtenham ganhos que, considerados conjuntamente, superem a mencionada perda, satisfeita estará a eficiente alocação de recursos.

Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme Recurso Extraordinário de nº. 550769, proveniente do estado do Rio de Janeiro. Na ocasião, a Corte definiu os parâmetros que permitem a utilização das sanções de natureza política, como é espécie a ora sob análise, *in verbis*:

A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar

como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei nº 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial.

Acontece que, a par de tal medida excepcional, em regra, a inadimplência com relação a alguns tributos há de ser compreendida em uma perspectiva diversa da que pretende o estado de Goiás e outras unidades federativas com esse tipo de legislação, notadamente quando isto se dá em circunstâncias de crise econômica, como a vivenciada nos últimos anos e em especial no ano de 2020, decorrente da COVID-19. Ou seja, é preciso estar atento à sustentabilidade das riquezas passíveis de tributação (paradigma do serviço), já que a aniquilação de empresas que aparentemente pode parecer, a um primeiro momento, um prejuízo apenas de ordem individual, pode, a longo prazo, transformar-se em uma perda para os cofres públicos e para a sociedade como um todo, já que o encerramento das atividades de empresas, além da eliminação de postos de trabalho, representa sensível prejuízo à arrecadação, notadamente quando em face de um efeito em cadeia, parâmetro de eficiência adotado.

Nesse sentido, não é despidendo destacar que há meios previstos em lei e convalidados por regras constitucionais para que a receita tributária seja realizada. Embora, em alguns casos, as sanções políticas — entre as quais se insere o regime especial de fiscalização — sejam eficientes ao alcance do propósito consistente de manutenção e/ou aumento da arrecadação tributária. Todavia, seguramente, não são o melhor caminho para fazê-lo, especialmente em um Estado de direito em que devem ser preservados direitos e garantias contemplados na Constituição Federal.

Demais disso, há que se destacar, como pontua Humberto Ávila (2012, p. 583), que as sanções políticas são proibidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, medidas com o único fim de realizar a cobrança indireta de tributos, em detrimento da liberdade e dos direitos fundamentais, devem ser rechaçadas. Com efeito, os precedentes do Supremo Tribunal sobre a matéria são reiterados no sentido da inconstitucionalidade de modelos que instituem mecanismos de cobrança oblíqua do tributo, senão vejamos:

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súmula 70 do STF). É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Súmula 323 do STF). Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades” (Súmula 547 do STF). É inadmissível condicionar a expedição de notas fiscais à prestação de garantia pelo contribuinte (RE 565.048/RS). É inadmissível impedir a impressão de notas fiscais em bloco e exigir solicitação ao Fisco para emissão, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa (RE 413.782/SC).

Desde o julgamento dos embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº. 115.452, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal firmou o entendimento de que, mesmo quando autorizadas em lei, limitações à atividade comercial do contribuinte com violação aos princípios da liberdade de trabalho e de comércio e ao da livre concorrência constituem-se em uma forma oblíqua de cobrança do tributo e, por conseguinte, de execução política, a ser repelida.

Daí se nota que medidas como as consistentes em antecipação de receitas tributárias impostas unilateralmente pela autoridade administrativa e ameaças de bloqueios do sistema fazendário representam, a bem da verdade, como acima destacado, sanções de natureza política, que tencionam forçar o pagamento de tributos sem o devido respeito ao processo legal encartado na Constituição Federal. Tal circunstância denota, portanto, tratar-se de medida excepcionalíssima, que viola as garantias fundamentais do contribuinte de, por exemplo, parcelar e/ou discutir o fundamento do crédito tributário nas esferas ordinariamente cabíveis.

Logo, os devedores possuem, sim, a garantia de serem cobrados pelas vias ordinárias, sem qualquer constrangimento político ou impeditivo de sua atividade que seja capaz de inibir a produção de efeitos econômicos que decorrem naturalmente da sua ação. Afinal, a medida fere as garantias fundamentais encartadas na Magna Carta brasileira.

Qual então seria a solução a este impasse?

Defende-se que, em mercados artificialmente não competitivos, propícios à sonegação e a embaraços à livre concorrência, faz-se necessário que sejam construídas pontes que disciplinem a extinção do crédito tributário, mas que concomitantemente estejam atentas à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência.

Nesse sentido, tem-se a recente positivação da proteção à livre concorrência como um valor do subsistema tributário, como se vê na prescrição da lei que disciplina a transação tributária (Lei nº 13.988/20), na qual se deixou claro e assentado que um dos temas a serem tutelados pelo Estado (art. 3º) é que a proposta de transação tributária estará condicionada, “no mínimo, à assunção pelo devedor dos compromissos de não utilizar a transação de forma abusiva, com a finalidade de limitar, de falsear ou de prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência ou a livre iniciativa econômica.”

Ou seja, decorre dessa prescrição e de outras já construídas, ou a serem construídas, um claro transpasse de uma análise puramente normativa e dogmaticamente individualizada para uma consideração de natureza econômica, na qual o processo decisório, e, também legislativo, passa a defender outros valores, cuja nova ótica de proteção, reforça-se, só foi possível graças as considerações de natureza econômica pertinente à livre iniciativa e à livre concorrência.

Redesenhos assim do papel do Estado e de seu poder de legislar, incorporando novos valores e paradigmas, são uma demonstração de um novo cenário que se avizinha, no qual se demonstra um desejo de moldar o sistema jurídico a uma maior eficiência de alocação e produção de riquezas, de modo a regular melhor o mercado, ao passo em que medidas desse jaez igualmente reduzem os custos de transação, considerando que o aparato de proteção da liberdade de iniciativa e da livre concorrência passa a ser fiador de um ambiente eficiente para alocação dos recursos econômicos e para a decisão de seus agentes, sem necessariamente recorrer-se puramente aos mecanismos tradicionais e rudimentares de reforço da legislação tributária, como o aumento da carga tributária e do procedimento sancionador (para compensar a sonegação), ou a própria tutela penal como resposta ao não pagamento do tributo.

Tal proposta, cumpre assinalar ao final, também se insere no modelo proposto pela própria OCDE (Organização para Cooperação dos países Desenvolvidos), que congrega novos parâmetros de relacionamento entre o fisco e os contribuintes e, no contexto das iniciativas do BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*), posiciona, como nos relata Almeida (2019, p. 78), constituir uma política que diz caber:

Ao fisco contemporâneo (...) possibilitar a prestação de serviços públicos, mas não sem minimizar os custos do contribuinte e preservar a confiança que deste venha a conquistar. A verdade é que o modo tradicional de atuação da administração fazendária está em xeque. Para um novo am-

biente de *compliance*, decisivamente movido por vultosas quantias de alcance transnacional traduzidas em linguagem digital, as velhas práticas repressivas, majoritariamente representadas por auditorias individuais *ex post*, não são eficientes. Arrecadam, é certo, mas, definitivamente, não motivam o contribuinte à voluntária conformidade fiscal, senão a engenhosos esquemas de elisão fiscal internacional, que visam a contorná-las. A solução, portanto, exige mudança de paradigma. Maior cooperação enseja benefícios à tarefa institucional do fisco e, naturalmente, pela via inversa, aos contribuintes que pretendam reduzir seus riscos fiscais e se conformar, voluntariamente, à legislação tributária.

Logo, como destaca Thiago Araújo (2016, p. 132-133), além de ser menos criticável de um ponto de vista valorativo (na medida em que a proposta representa um ambiente de melhor eficiência, pois supera-se o paradigma do excesso de punições para um ambiente de maior cooperação, que vai refletir no melhor condicionamento da livre iniciativa e ainda, naturalmente, de melhor concorrência), tem-se a criação de um ambiente de “externalidade positiva”, pois se permite que o raciocínio jurídico, permeado pelas consequências das decisões e interpretações do fato jurídico tributário, selecione normativamente, ainda que cômico de considerações econômicas (livre mercado, ambiente concorrencial perfeito e livre iniciativa), a melhor solução futura, com a finalidade de preservar todas essas variantes, cujo conteúdo foi alçado à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, denotando-se não se tratar de um processo hermenêutico no qual se desconsideram aspectos basilares das normas postas no ordenamento.

#### 4. Conclusão

O direito, como se sabe, é norma, e norma é linguagem. Assim, para se conhecer o direito é preciso conhecer a norma e a linguagem que o veiculam. Nesse sentido, considerando o direito enquanto linguagem, um método a ser utilizado, naturalmente deve se adequar à investigação da linguagem, ainda que se trate de uma linguagem um tanto quanto particularizada, ou seja, a linguagem jurídica, e tudo que esse qualificativo implica. E mais, conhecer, nessa abordagem, requer naturalmente um método de ação e um método de investigação.

Pois bem, construir ou adotar um método, contudo, não é uma tarefa fácil, notadamente quando se analisa objetos cuja importância não se restringe

ao aspecto puramente normativo, como sói acontecer no momento, no qual fenômenos compartilhados com a economia acabam, de certo modo, propiciando uma reavaliação dos signos normativos postos pela própria Constituição Federal, como a livre iniciativa e a livre concorrência, dentro de um ambiente da tutela do livre mercado.

Nesse sentido, a correção do método jurídico de investigação, relativamente isolado, que se justifica em razão de um imperativo epistemológico empenhado na compreensão de determinado recorte da realidade física, social e econômica, porém que, simultaneamente, é objeto de interesse de outros ramos do conhecimento humano, é posta, evidentemente, em xeque, posto que frágil e pobre diante da realidade que se pretende compreender.

Nesse diapasão é que se faz eficiente uma concessão à abordagem econômica do direito, não para fragilizá-lo enquanto ciência normativa, e sim para revalorizá-lo enquanto perspectiva de resolução de conflitos e parâmetros de pautas centrais e fundamentais da sociedade.

Daí percebe-se que o ganho propiciado a partir destas outras perspectivas de análises é imenso, como nos casos que aqui foram objeto de discussão, quais sejam, a liberdade de iniciativa e a de concorrência, já que podem ser lidas individualmente como um direito fundamental a ser garantido pela Constituição Federal, ou dentro de um contexto referenciado, com funcionalidade, permitindo-se a criação de uma outra via para reforço da legislação estatal que não, necessariamente, a utilização dos meios tradicionais de sua exigibilidade, quais sejam, sanções confiscatórias e a própria tutela penal.

Disso pode resultar, como visto, uma maior eficiência da alocação dos recursos e uma redução das externalidades que são produzidas em ambientes poucos competitivos e de altos custos de transação, notadamente em razão da inefetividade da regulação tributária por parte do Estado apegado apenas a um método jurídico estritamente normativo-deontico.

Logo, vê-se que o direito, aparentemente, deixou de ser uma ciência vocacionada apenas para a construção de interpretações retóricas (ADEODATO, 2009, p. 107) de mandamentos deonticos (CARVALHO, 2018, p. 223), visto que o processo decisório e mesmo a própria construção das proposições normativas devem levar em consideração, agora, escolhas de valores e avaliação de impactos/consequências que precisam ser mensurados quando do processo de aplicação e decisão que não são estritamente construídos internamente ao

direito e ao ordenamento jurídico. Pois, do contrário, paga-se um preço muito alto pelo apego a um método jurídico autopoiético (NEVES, 2006, p. 59), imbricado à legislação posta, ao fechamento normativo do sistema e ao positivismo clássico e cuja abertura parece mínima, já que filtrada pelos códigos únicos da licitude e ilicitude (LUHMAN, 2004, p. 145).

Eis, pois, o que se buscou aqui refletir a partir da análise conjugada dos três institutos correlacionados, isto é, perceber que se vive um momento no qual haverá certa quebra do formalismo clássico do direito, ou melhor, haverá uma ampliação do processo hermenêutico, do processo decisório e de escolha, na medida em que novas considerações, métodos e abordagens, diversos do método jurídico puro, por assim dizer, passam a ser decisivos no processo de concretização normativa, notadamente quando diante de temas puramente econômicos, como a livre iniciativa e a livre concorrência.

## **Referências**

ADAMY, P. Origens teóricas da extrafiscalidade. In: **Revista de Direito Tributário Atual**. Vol. 39. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2018, p. 352-360.

ADEODATO, J. M. **Ética e retórica**: para uma dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, C. O. F. *Compliance* cooperativo: uma nova realidade entre administração tributária e contribuintes. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual**. Nº. 2. Ano 1. p. 58-82. São Paulo: IBDT, 2017.

ANDRADE, J. M. A. A importância da análise econômica do direito. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em: jun. 2020.

ARAÚJO, T. C. **Análise econômica do direito no Brasil**: Uma leitura à luz da teoria dos Sistemas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

AVILA, H. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOMFIM, D. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTELHO, M. M. A eficiência e o efeito kaldor-hicks: a questão da compensação social *In: Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. Florianópolis. Brasília. v. 2, n. 1, p. 27-45, jan/jun. 2016. Disponível em DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0057/2016.v2i1.1595>. Acesso em: jun. 2020.

CARVALHO, C. Direito tributário e análise econômica do direito: uma introdução. *In: Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. Tomo 3/M. Padua Lima (Coordenadora). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-53.

CARVALHO, P. B. **Direito tributário, linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2018.

COASE, R. H. **The firm, the market, and the law**. The University of Chicago Press, 1988.

COSTA, L. A. Uma introdução à análise econômica do direito tributário. Princípios de análise do direito e da economia. *In: Direito e economia: diálogos*. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro e outros. Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 377-410.

LUHMANN, N. **Law as a social system**. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford University Press, 2008.

NABAIS, J. C. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal. Edições Almedina, Coimbra, 2015.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. *In: Direito e economia: diálogos*. Coordenação: Armando Castelar Pinheiro e outros. Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 25-50.

RODAS, J. G. O CADE e os impactos concorrenciais de práticas tributárias. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/olhar-economico-cade-impactos-concorrenciais-praticas-tributarias#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/olhar-economico-cade-impactos-concorrenciais-praticas-tributarias#_ftn1). Acesso em: ago. 2020.

SERRANO, R. E. Interpretação jurídica da lei tributária e a análise econômica do direito (“law and economics”). **Revista de Direito Tributário Atual**. nº. 41. Ano 37, p. 396-415. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2019.

SILVA, F. P. Programa “Nos Conformes”: uma avaliação sob a perspectiva do “paradigma do serviço”. **Revista Direito Tributário Atual**. N. 43. ano 37. p. 122-151. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

\_\_\_\_\_. **Observância tributária: integrando paradigmas em busca de mais conformidade fiscal**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 59.

TAKANO, C. A. **Deveres instrumentais dos contribuintes: fundamentos e limites**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

ULEN, T. S. Um Prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico e estudo do direito. *In: Direito e economia em dois mundos: doutrina e pesquisa empírica*. Organizadores: Antônio Maristrello Porto; Patrícia Sampaio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 29-92.

VIRTUOSO, J. I. Aspectos controvertidos dos crimes contra a ordem tributária. *In: Revista de Direito Tributário Atual*. Vol. 39. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2018, p. 226-254.

WANNISKI, J. **Taxes, revenues, and the “Laffer Curve”**. Disponível em <https://www.nationalaffairs.com/storage/app/uploads/public/58e/1a4/c54/58e1a4c549207669125935.pdf>. Acesso em: jun. 2020.



# **Capítulo 13. *Análise econômica do processo legislativo: a teoria da escolha pública, a racionalidade coletiva e o comportamento estratégico na política brasileira***

*Roberta Simões Nascimento*

## **1. Introdução<sup>1</sup>**

No Brasil, as administrações públicas gerem cerca de 42% (quarenta e dois por cento) do Produto Interno Bruto — PIB (OCDE, 2018), o índice que mede a soma de todos os bens e serviços produzidos no País, em reais, no período de um ano. O PIB é o principal indicador usado para medir o crescimento da economia. Por seu turno, o Orçamento da União para 2020 foi aprovado pelo Congresso Nacional no valor de R\$ 3,6 trilhões. Outro dado de peso: as administrações públicas das três esferas da federação possuem cerca de 11,4 milhões de funcionários com vínculos ativos e formais de trabalho (LOPEZ; GUEDES, 2019).

O setor público brasileiro regula diversos tipos de relações econômicas e de sua competência (no sentido de habilidade, excelência) depende a qualidade de diversas políticas públicas adotadas para o país. Os números citados acima refletem a dimensão das decisões estatais e justifica que se olhe com mais atenção para os problemas relacionados a essas escolhas — sobretudo quando envolvem a elaboração das leis, além da atividade regulatória em sentido amplo. O caráter coercitivo e universal das escolhas públicas faz com que o seu processo decisório e consequências sejam bastante diferentes da tomada de decisões no âmbito do mercado.

De fato, o processo de produção das leis é complexo e envolve uma série de regras e interações que têm lugar entre agentes, elementos, finalidades e valores.

---

<sup>1</sup> Agradeço à Fundação Getúlio Vargas Direito Rio de Janeiro e ao corpo docente e apoio administrativo dessa instituição pela realização do Programa de Capacitação Docente em Direito e Economia, que oportunizou a redação do presente artigo, e a Emanuel da Cunha Hora Paraíso, pelo gentil envio de algumas das referências bibliográficas utilizadas aqui.

Até mesmo a definição prévia sobre a regra para a tomada das decisões legislativas é, em si mesma, uma escolha do grupo. Nesse sentido, a abordagem da teoria da decisão individual não é suficiente para dar conta da natureza da decisão legislativa, que é necessariamente adotada em grupo. Muito embora o objetivo do processo legislativo também seja o alcance de decisões racionais, efetivas na resolução dos problemas para os quais foram aprovadas, seguindo um procedimento institucionalizado, o fato de a decisão ser coletiva acrescenta diversas categorias de análise que precisam ser consideradas. A própria teoria dos jogos, por exemplo, não é capaz de captar adequadamente (ou de se prestar a avaliar) todos os aspectos das decisões políticas coletivas. As incertezas, o caráter complexo, sequencial, entre outras características, retiram grande parte do poder explicativo da teoria dos jogos quanto à dinâmica da elaboração legislativa.

Em geral, de acordo com a economia neoclássica, as chamadas “falhas do mercado” (como, por exemplo, as externalidades, a assimetria de informações, os bens públicos e os monopólios naturais) poderiam justificar certos tipos de intervenção do Estado para “corrigir” tais fatores de realidade que se desviam do modelo ideal de concorrência em prol do bem-estar e da eficiência. No entanto, o fato é que a atuação estatal igualmente pode conduzir a alocações ineficientes. Não existem razões para acreditar que o governo necessariamente alcançará soluções perfeitas sempre.

Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, das regras e da prática do processo legislativo também emergem consequências e incentivos a comportamentos específicos dos agentes envolvidos na elaboração das leis, tema que interessa à análise econômica do direito, como campo teórico voltado ao exame sobre de que forma os institutos jurídicos “moldam” as ações individuais. As principais aplicações da análise econômica ao processo legislativo foram reunidas sob o rótulo da chamada teoria da escolha pública (*public choice theory*).

O presente trabalho cuida de mapear as principais linhas de desenvolvimento dessa teoria, seus pressupostos teóricos, e identificar as áreas em que a “variável política” opera como condicionante relevante no processo de escolhas públicas no processo legislativo. Nesses termos, o problema de pesquisa poderia ser formulado da seguinte forma: *Como a teoria da escolha pública pode explicar o comportamento dos agentes envolvidos na elaboração das leis no Brasil, especialmente quanto à aprovação das medidas provisória editadas pelo Presidente da República?*

Para isso, o trabalho se divide em cinco partes. Após esta introdução, na seção seguinte são abordadas as peculiaridades das decisões coletivas, é explicado o conceito de “falhas do governo” e são dedicadas algumas palavras à obra de quatro autores que podem ser considerados os precursores da teoria da escolha pública (refere-se à Condorcet, Knut Wicksell, Kenneth J. Arrow e Duncan Black). Na sequência, são sistematizadas as principais contribuições de quatro dos expoentes da teoria da escolha pública (Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock e Mancur Olson). Depois, procede-se a uma análise econômica do processo legislativo brasileiro. Ao final, as conclusões encerram retomando os principais pontos abordados.

## **2. As decisões em grupo, as “falhas do governo” e os precursores da teoria da escolha pública**

Em qualquer debate racional sobre a divisão dos papéis entre o governo (ou o Estado) e os mercados — sobretudo quanto à intervenção estatal via regulação — mostra-se extremamente necessário que as desvantagens e as insuficiências inerentes ao governo também sejam entendidas e discutidas com a mesma seriedade com que são estudadas as desvantagens e as insuficiências do setor privado. Revelar os problemas e consequências relacionados às estruturas institucionais é o primeiro passo para aperfeiçoá-las.

Nesse sentido, a teoria da escolha pública se propõe a usar as ferramentas da teoria econômica para analisar o processo político de decisões coletivas, isto é, as *escolhas públicas* que dão nome à teoria. Em apertada síntese, a teoria aborda as relações entre a economia e a política, propondo-se a apresentar essa última — nas palavras de um de seus maiores expoentes e prêmio Nobel, James Buchanan — “sem romantismos” (BUCHANAN, 2003).

O pressuposto básico da teoria continua sendo a escassez de recursos e, nesse contexto, o foco nos comportamentos dos homens, considerados seres maximizadores dos próprios interesses. A ideia subjacente é a de que os indivíduos são fundamentalmente os mesmos, seja no mercado, seja no governo, e suas motivações não são diferentes se atuam como consumidores, produtores, políticos, contribuintes ou burocratas: o comportamento racional, egoísta e maximizador da utilidade é a pedra de toque, tanto na esfera econômica,

quanto na política. Consequentemente, a simples alternância de poder não produz as desejadas mudanças nas formas de funcionamento do governo.

Dessa premissa, no entanto, não resulta a conclusão no sentido de que os agentes políticos sejam mal-intencionados, inescrupulosos e corruptos, como bem lembra Gianturco (2018, p. 44). Pode-se extrair apenas que os agentes políticos não são “santos”. Trata-se muito mais de enfatizar que qualquer pretensão de formular uma teoria sobre a ação governamental precisa considerar os motivos dos que dirigem o governo de um ponto de vista concreto.

Se, por um lado, a atividade econômica no setor privado se rege pelas forças da oferta e da demanda, cujas regras resultam em um sistema de preços; por outro lado, no setor público, o princípio da liberdade das forças econômicas dá lugar à “autoridade” como fundamento para a decisão pública, via processo legislativo. Como os recursos públicos são escassos e é necessária uma decisão do governo voltada para a respectiva alocação, a decisão pública deveria satisfazer as necessidades dos distintos membros que compõem a coletividade e, portanto, deveria ser orientada à estrutura conjunta de preferências coletivas, em função das diversas preferências individuais. No entanto, no momento de colocar isso em prática, não são poucos os problemas em que se tropeça.

Assim é que a aplicação da teoria econômica à ciência política, a partir da *public choice*, volta seus olhos para esse processo de determinação das preferências coletivas ou, se se prefere, o comportamento do governo e, especialmente, dos indivíduos em relação ao governo, identificando os problemas de agregação das preferências nas decisões coletivas e as “falhas do governo” que podem resultar disso tudo. Inclusive, uma das maneiras mais fáceis de entender a teoria da escolha pública é vê-la como a contraface da teoria das “falhas do mercado”. Na síntese de Porto, “falhas de governo são problemas sistêmicos que impedem uma solução de governo eficiente para um problema econômico” (PORTO, 2019, p. 44).

Dado o já comentado caráter coercitivo das decisões públicas, uma falha de governo pode assumir uma dimensão ainda mais séria do que uma falha do mercado. Nesse contexto, a teoria da escolha pública se apresenta como um campo essencial, que conserva seu interesse para todos que se propõem a estudar a atividade pública e como são tomadas as decisões no setor público, especialmente a aprovação de leis e regulações.

Há essencialmente dois enfoques: 1) o positivo, da Escola de Virgínia — que se interessa sobretudo por três aspectos: a) o comportamento dos partidos políticos e seus membros durante a campanha e no mandato; b) o comportamento dos eleitores na seleção dos representantes (os políticos) e c) os resultados dessa interação em uma democracia representativa; — e 2) o normativo, também conhecido como “economia política constitucional”, que se interessa pelas possíveis soluções dos problemas da agregação das preferências individuais para maximizar a função de bem-estar social. O objetivo dessa segunda ordem de pesquisas consiste em identificar a economia das regras constitucionais, indicando qual seria o arranjo mais apropriado para a legislação econômica e política. Neste artigo, o foco será na primeira perspectiva, pretendendo-se abordar a segunda em outra oportunidade.

Antes de ingressar propriamente no tema, convém fazer três esclarecimentos e um *caveat*. O primeiro diz respeito ao equívoco de associar as preocupações da teoria da escolha pública à vertente ideológica do liberalismo, como se uma estivesse à serviço da outra (PEREIRA, 1997; ROSE-ACKERMAN, 2004). A maior parte dos autores da corrente não pretende levantar bandeiras de filosofias políticas, sem prejuízo da posição individual de alguns de seus membros, o que não deve ser confundido com implicações da teoria.

A segunda explicação vai no sentido de que, das constatações de que a dinâmica e a prática do governo não sejam perfeitas e tenham seus defeitos, não se pode extrair uma rejeição categórica à opção governamental para algumas atividades (ou simplesmente para não se fazer uma escolha sobre intervir ou não via legislação), até mesmo porque os mercados também têm seus custos. Na verdade, trata-se apenas de estar em condições de medir e comparar ambos — os custos do uso do Estado e dos processos do mercado —, de forma a escolher a instituição mais eficiente para alcançar os propósitos desejados. Se bem entendida, a teoria da escolha pública pretende fornecer mais informação para facilitar esse cálculo.

Em terceiro lugar, o lembrete de que as conclusões da teoria da escolha pública — como não poderia deixar de ser —, não estão isentas de objeções e refutações. No entanto, dados os estritos limites de espaço e objetivo do trabalho, tais considerações críticas ficarão para outra oportunidade.

Por fim, o *caveat*. Embora diversas ideias exploradas a seguir tenham sido extraídas da teoria econômica, com demonstrações matemáticas, fórmu-

las, gráficos e diagramas, aqui evitou-se o uso dessa linguagem, tendo-se focado exclusivamente nas ideias e conclusões subjacentes aos cálculos, na crença de que essa estratégia proporcionaria mais clareza e objetividade, permitindo tratar mais rapidamente do que interessa a este trabalho.

## 2.1 O paradoxo do voto de Condorcet

Uma das origens mais remotas da teoria da escolha pública é o pensamento do matemático francês do século XVIII Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, mais conhecido como Marquês de Condorcet (1743–1794). Em 1785, Condorcet publicou seu *Ensaio sobre a aplicação da análise à probabilidade de decisões majoritárias*, que, como o próprio nome adianta, trata de submeter as decisões coletivas à teoria da probabilidade. Aí apresentou o paradoxo do voto, isto é, o problema da impossibilidade de se transpor as preferências individuais para o plano coletivo. Condorcet observou que, embora indivíduos racionais sejam capazes de hierarquizar as alternativas que se apresentem — por exemplo, entre as opções A, B e C (transitividade das preferências individuais) —, essas preferências não são transferidas em uma votação coletiva. Um exemplo concreto ajuda a entender melhor.

Imagine-se uma votação simplificada sobre o menu do jantar, com três opções: A = hambúrguer, B = pizza e C = comida japonesa; e três votantes, 1, 2 e 3, cujo resultado é o seguinte: 1 = A > B > C; 2 = C > A > B e 3 = B > C > A, conforme esquematizado no quadro abaixo:

Votante	Opção 1	Opção 2	Opção 3
1	A	B	C
2	C	A	B
3	B	C	A

Matematicamente, o contexto de preferências ilustraria um empate. Comparando as opções do quadro acima, seria possível chegar às seguintes conclusões:

**A versus B:** a opção A é preferida por dois votantes (1 e 2), e a opção B é preferida somente por um votante (3). Com isso, A seria preferida a B;

**A versus C:** a opção C está à frente de A em duas ocasiões (votantes 2 e 3), ao passo que a opção A somente está à frente de C para o votante 1, fazendo com que C seja preferida à opção A;

Ocorre que, dependendo da ordem de votação, os resultados podem ser diferentes. Seguindo a comparações dois a dois:

**A versus C:** como já visto, C é a opção preferida;

**C versus B:** a opção C está à frente da opção B em duas ocasiões (votantes 2 e 3) e a opção B é preferida à C somente pelo votante 1, fazendo da opção B a ganhadora.

Mudando a ordem mais uma vez, tem-se os seguintes resultados:

**C versus B:** como já visto, B é a opção preferida;

**A versus B:** já se viu que a opção B ganha da opção C. Quando se compara com a opção A, volta-se a observar que A está à frente de B em duas ocasiões (votantes 1 e 2), o que tornaria A a opção vencedora.

O exemplo demonstra o processo também conhecido como “votação circular” ou “ciclo de votação”, inerente a toda decisão coletiva: a agregação das preferências individuais é confusa e nem sempre a preferência considerada coletiva reflete (ou sequer permite saber quais são) as preferências da maioria, na medida em que o resultado coletivo é condicionado pela ordem de apresentação das opções de votação. Produz-se um resultado equivalente ao jogo “pedra, papel e tesoura”: o papel ganha da pedra, a tesoura ganha do papel, mas a pedra derrota a tesoura, e o vencedor depende só da ordem das alternativas.

O paradoxo tem especial aplicação aos sistemas eleitorais<sup>2</sup>. A partir dele, “sistemas diferentes de votação podem produzir resultados diferentes com pre-

---

2 Um exemplo concreto pode ajudar a compreender a questão. Nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil, passaram para o segundo turno os candidatos Fernando Haddad e Jair Bolsonaro, que podem ser considerados preferidos em relação aos então demais candidatos, como, por exemplo, Ciro Gomes, Geraldo Alckmin, Henrique Meirelles, Alvaro Dias, João Amoêdo, Cabo Daciolo, Guilherme Boulos etc. Jair Bolsonaro se sagrou vitorioso, podendo-se considerar que foi “preferido” em relação a Fernando Haddad, ainda que este último tenha sido preferido quanto aos demais candidatos. Ocorre que, de acordo com as pesquisas do IBOPE (VEJA, 1/10/2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/no-2o-turno-bolsonaro-so-perde-para-ciro-e-alcanca-haddad-ibope/>. Acesso em: 21 abr. 2020), O único candidato que seria capaz de vencer Jair Bolsonaro no segundo turno seria Ciro Gomes, o que conduziria à seguinte ordem de preferência coletiva: Ciro Gomes > Jair Bolsonaro > Fernando Haddad > Ciro Gomes, resultado que, claramente, não faria qualquer sentido lógico do ponto de vista racional. É justamente essa a ideia do paradoxo ou

cisamente o mesmo eleitorado” (STRATHERN, 2003, p. 102). E se a votação majoritária é para mais de uma vaga — como ocorre no Brasil com a eleição dos senadores a cada oito anos, por exemplo — a distorção pode ser ainda maior<sup>3</sup>.

A mesma lógica circular pode ser observada no dia a dia da atividade legislativa. A dinâmica da pauta de votações do Congresso Nacional também passa pela escolha prévia de qual projeto será votado, o que naturalmente estará condicionado à ordem como são apresentados. Para visualizar, bastaria pensar que as opções A, B e C acima são projetos de leis: A = Reforma Tributária; B = Aborto e C = Bolsa Família. Dito com outras palavras, os parlamentares fazem escolhas multidimensionais, tendo que decidir a alocação orçamentária entre gastos de natureza diferente (com saúde, segurança, educação e infraestrutura, por exemplo), em situações de ciclos intransitivos inevitáveis.

Como consequência de tudo isso, existe um grande poder do chamado definidor da agenda (*agenda setter*), pois — manipulando a ordem das rodadas de escolhas (a agenda de votação) — ele pode determinar o resultado final de uma decisão coletiva e, na prática, quem decide é ele mesmo, e não os demais participantes do grupo. A rigor, portanto, não caberia falar em decisões “coletivas”.

Na verdade, as decisões de grupo seriam apenas o resultado de determinadas regras previamente acordadas para a escolha que será vinculante a todos, após as diferentes escolhas individuais serem incluídas no processo, como bem observaram Buchanan e Tullock (1993, p. 59).

## 2.2 A decisão coletiva por consenso de Wicksell

O economista sueco Knut Wicksell (1851–1926) é apontado como precursor importante das preocupações da teoria da escolha pública. Em 1896,

---

ciclo majoritário: as preferências coletivas são fruto de um somatório de preferências individuais, conforme a ordem em que submetidas e, portanto, podem variar. Isso pode ser ainda melhor visualizado se as eleições fossem feitas par contra par. Nesse caso, o resultado dependeria apenas da ordem dos candidatos em cada turno de eleições, não das preferências individuais. O paradoxo se dá porque, embora seja relativamente comum detectar o “perdedor de Condorcet” — isto é, o candidato que perde em comparações bilaterais com todos os outros —, dificilmente existe um “vencedor de Condorcet”, ou seja, o candidato que ganharia em todos os contextos.

3 Atento a essa questão, nas eleições de 2018, por exemplo, o então candidato ao Senado, Major Olímpio, orientou seus eleitores a votarem duas vezes nele como forma de “anular” o segundo voto e, assim, não fortalecer seus adversários. VEJA, 06/10/2018. Disponível em: <https://blogs.oglobo.com/lauro-jardim/post/o-desespero-de-major-olimpio.html>. Acesso em: 21 abr. 2020.

escreveu *Um novo princípio da tributação justa*, uma das primeiras obras à época voltada para analisar o funcionamento do Estado. Wicksell estava preocupado com o financiamento dos serviços coletivos providos pelo governo, que é o problema básico da teoria dos gastos públicos. Diversos de seus *insights* foram explorados posteriormente pelos principais expoentes da teoria da escolha pública, especialmente Buchanan e Tullock (1993).

Em *Um novo princípio da tributação justa*, Wicksell discorreu, de um lado, sobre a negatividade de toda coerção estatal, e, de outro, sobre a indispensabilidade dos meios compulsórios para o custeio das atividades do Estado, o que tinha repercussões para a distribuição da carga tributária na sociedade. Para Wicksell, o único método justo para financiar os serviços públicos essenciais seria exigir que essa decisão fosse autorizada pelo voto unânime. Na sua opinião, a adoção de outro critério de decisão em matéria de despesa pública — por exemplo, a decisão por maioria — poderia violar os direitos e interesses de um número significativo de cidadãos.

Essas são as palavras do próprio Wicksell (1958, p. 89):

Para que uma determinada despesa pública seja aprovada, seja uma nova proposta ou uma já existente, deve-se assumir geralmente que essa despesa, ignorando-se os meios de cobrir custos, é destinada a uma atividade útil à totalidade da sociedade e reconhecida como tal por todas as classes sem exceção. Se assim não fosse, se uma maior ou menor parte da comunidade fosse indiferente, ou mesmo estivesse contrária à atividade pública proposta, então não vejo como seja possível considerá-la como satisfazendo uma necessidade coletiva no sentido próprio do termo. Se tal atividade fosse eventualmente levada a cabo, ela deveria ser, nesse momento, deixada para a iniciativa privada. Seria uma gritante injustiça se alguém fosse forçado a contribuir para a cobertura dos custos de uma qualquer atividade que não favorecesse os seus interesses ou que até lhes pudesse ser diametralmente oposta<sup>4</sup>.

4 No original: *If any public expenditure is to be approved, whether it be a newly proposed or an already existing one, it must generally be assumed that this expenditure as such, neglecting for the moment the means of covering the costs, is intended for an activity useful to the whole of society and so recognized by all classes without exception. If this were not so, if a greater or lesser part of the community were indifferent or even opposed to the proposed public activity, then I, for one, fail to see how the latter can be considered as satisfying a collective need in the proper sense of the word. If such an activity is to be undertaken at all, it should for the time being be left to private initiative. It would seem to be a blatant injustice if someone should be forced to contribute toward the costs of some activity which does not further his interests or may even be diametrically opposed to them.*

Pode-se dizer que, de fato, o consenso seria a forma de transpor o critério de eficiência de Pareto para a tomada de decisões. Essa regra seria uma espécie de garantia de que as medidas a serem adotadas satisfariam a exigência de não piorar a situação individual de algum participante do grupo. Do contrário, aquele que se sinta prejudicado voluntariamente poderá votar contra e a medida não será adotada. No entanto, é fácil perceber — o que, inclusive, o próprio Wicksell reconheceu — que a aplicação da unanimidade na prática gera enormes custos de decisão.

A problematização da unanimidade (ou o mais próximo possível dela) é o argumento central de *O cálculo do consenso*, de Buchanan e Tullock (1993), uma das principais obras de referência da teoria da escolha pública. Sem intenções maiores de aprofundar as discussões por ora, o fato é que alcançar o consenso é um processo sumamente dispendioso, em termos de tempo e esforço. Além disso, dá-se a cada participante uma espécie de poder de veto intrínseco, com a abertura para o bloqueio do processo decisório com o objetivo de melhorar sua situação particular. Este ponto será retomado mais adiante.

## 2.3 O teorema da impossibilidade de Arrow

Durante muito tempo, tentou-se desenhar regras que evitassem o problema da intransitividade nas escolhas coletivas apontado por Condorcet. O desafio consistia em formular um sistema capaz de agregar as preferências individuais em uma única escolha coletiva de maneira racional, justa e que atendesse o bem-estar social.

Em 1951, partindo do paradoxo de Condorcet, Kenneth J. Arrow (1921–2017) — em seu *Escolha social e valores individuais*, que depois lhe garantiu o Nobel de Economia — desenvolveu cinco axiomas (critérios) que deveriam ser atendidos (e que funcionariam como exigências para a racionalidade coletiva):

1. deve-se admitir o pleno ranqueamento das preferências, ou seja, que os votantes façam quaisquer tipos de ordenação das opções alternativas (suas próprias listas de predileção);
2. não se aceita a existência de um ditador capaz de converter a sua opção individual em escolha social, isto é, o resultado não pode depender do que uma pessoa específica quer, independentemente do que os outros membros do grupo querem;

3. o resultado da escolha deve ser independente das alternativas irrelevantes, de forma que se evite o voto estratégico. Em outras palavras, a preferência entre A e B deve considerar apenas essas duas opções, considerando-se que essa escolha não mudará diante da inserção da opção C. Se essa propriedade não é observada, cria-se um estímulo para que o voto, em vez de refletir a preferência, seja dado de forma a evitar o “menos preferido de todos”;
4. deve-se assegurar que, se todos preferem uma dada proposta, então essa deve ser a escolha coletiva (regra da unanimidade);
5. a escolha coletiva deve ser transitiva (sem paradoxos de Condorcet).

Ocorre que o mesmo Arrow demonstrou matematicamente que não só não existe, como jamais poderá ser criada uma regra de escolha coletiva que consiga satisfazer ao mesmo tempo todos os requisitos definidos acima: um sistema não ditatorial, baseado na unanimidade e na independência das alternativas irrelevantes, supondo preferências ranqueáveis e transitivas (isto é, que haja consistência entre as comparações realizadas aos pares, de modo que, dados X, Y e Z, se  $X > Y$  e  $Y > Z$ , então  $X > Z$ ).

Traduzida em outras palavras, a conclusão pode soar perturbadora: a racionalidade individual não é suficiente para garantir a racionalidade social nas democracias. Em uma perspectiva ainda mais pessimista, a afirmação conduziria a uma irracionalidade dos sistemas democráticos, reduzindo todas as decisões políticas ao resultado de meras oscilações de maiorias manipuladas.

O próprio Arrow cuidou de amenizar o peso de sua constatação, referindo-se ao achado como apenas um contexto subótimo em que as decisões coletivas são tomadas e que, na maior parte do tempo, as democracias não funcionarão mal (ao menos a maioria delas), mas algumas vezes isso acontecerá. No entanto, isso não foi o suficiente para aplacar o longo debate que se travou na sequência sobre a interpretação de que Arrow teria constatado que a democracia, entendida como votação por maioria, não poderia funcionar.

## **2.4 A racionalidade da tomada de decisões em grupo de Black**

Quase contemporaneamente a Arrow, Duncan Black (1908–1991) também usou as considerações de Condorcet sobre os ciclos majoritários para

aprofundar as análises, desde um ponto de vista da teoria econômica, a respeito da racionalidade da tomada de decisões em grupo quando existe desacordo. Sua contribuição está em dois artigos de 1948, *Sobre a racionalidade da tomada de decisões em grupo* e *As decisões de comitê usando uma maioria especial*.

Considerando uma decisão tomada em um comitê (comissão), Black explica que as moções (propostas ou projetos de lei) são apresentadas a partir da avaliação para obterem uma maioria simples (e serem aprovadas), derrotando as propostas rivais (1948a, p. 26). O cálculo subjacente de quem faz a proposta se baseia nas curvas de preferências (*single-peaked*), tendendo a contemplar o que seria uma preferência “média” dos participantes do grupo, independentemente do conteúdo ou do assunto.

Na analogia feita pelo próprio Black, as decisões em grupo refletem o que o preço representaria na economia: o ponto de interseção entre demanda e oferta (1948a, p. 28). As decisões em grupo seriam alcançadas na prática quando se encontra esse “ótimo”, em consideração às opiniões dos tomadores da decisão.

O grande achado do trabalho de Black consiste na revelação de que, sob certas circunstâncias, os ciclos de votação não aparecem. Isso porque, a partir do momento em que as decisões em grupo consistem em um resultado majoritário único, seria possível alcançar esse mesmo resultado, ainda que sejam feitas votações de alternativas aos pares. Isso aconteceria, por exemplo, quando as alternativas (opções de votação) são meras variações quantitativas em torno de uma dimensão (preferências *single-peaked*). Em um exemplo concreto: a quantidade de gasto público destinada a determinado serviço ou a intensidade de tributação de determinada atividade<sup>5</sup>. A maioria acaba se agrupando em um determinado ponto, o que daria forma a um gráfico na forma de sino.

No entanto, se a discussão envolve mais de uma dimensão (com muitos picos) — como, nos exemplos já indicados, entre aumentar o gasto com saúde, educação ou segurança —, volta-se ao ciclo majoritário. E mais: quanto mais opções, mais severo se torna o paradoxo de Condorcet.

Em síntese, o que Black oferece é uma teoria da votação ou, se se prefere, uma teoria de como pessoas em grupo alcançam uma decisão, cujo resumo

5 Em um exemplo mais trivial dado por Buchanan (1984, p. 127), a decisão de um grupo reunido em um espaço fechado sobre o termostato do sistema de refrigeração ou calefação, para definir a temperatura a ser experimentada por todos.

poderia ser: “todas as decisões coletivas convergem para as preferências do votante médio”. Essas considerações também serviram de base para as análises sobre o comportamento dos partidos políticos na competição eleitoral. É o que explica a predominância de partidos mais moderados, no centro do espectro das ideias políticas, ou a tendência de partidos governistas lançarem políticas com base nas pesquisas sobre as preferências da maioria dos eleitores, em busca desses votos. Trata-se do “teorema do eleitor mediano”.

### **3. Teoria da escolha pública: principais contribuições**

Como se adiantou na introdução, a teoria da escolha pública consiste em uma abordagem alternativa sobre a tomada de decisões fora do mercado, voltada para ampliar e completar o modelo neoclássico, sublinhando os processos governamentais desde uma ótica realista, e não idealizada. Em sua mais difundida vertente, a positiva, trata-se de saber como as decisões políticas são de fato tomadas no mundo real, não de como deveriam ser tomadas. O foco especial, como não poderia deixar de ser no meio econômico, está relacionado à oferta e demanda por bens e serviços estatais, no que se inclui toda sorte de fundos, subsídios, privilégios e rendas pagas a determinados grupos, em detrimento de outros.

Uma das perguntas que a teoria pretende ver respondida é: Quais são os defeitos na prática do processo decisório do governo, comparados com os defeitos do mercado? Para responder a essa pergunta, a teoria da escolha pública se vale do individualismo metodológico, analisando o comportamento concreto dos agentes envolvidos, separados em quatro categorias essenciais: políticos, lobistas, burocratas, eleitores. A principal chamada de atenção vai para o autointeresse desses indivíduos como componente determinante na tomada de decisões públicas.

O diagnóstico da vertente positiva da teoria da escolha pública também é útil para a abordagem normativa dessa corrente, que discute como os sistemas políticos poderiam ser desenhados para contornar os problemas e limites encontrados nos processos decisórios coletivos dos governos. Nesse sentido, o foco já passaria a ser outro, qual seja: Como tornar o processo político mais eficiente? Essa segunda ordem de preocupações, no entanto, como dito, não será aprofundada deste trabalho, mais voltado para analisar os incentivos que o atual processo político brasileiro oferece aos agentes nele envolvidos.

Pode-se dizer que o núcleo de constatação da teoria da escolha pública consiste na demonstração de que o processo de tomada de decisões coletivas fica aquém do ideal assumido pelos teóricos intervencionistas, na medida em que os membros do governo também agem de modo autointeressado. Como afirmam Buchanan e Tullock (1993), as decisões políticas, além de estarem longe de serem feitas de modo eficiente e desapaixonado na busca do interesse público, podem ser bem menos eficientes, racionais e estarem mais suscetíveis (do que os processos dos mercados) à falibilidade e à manipulação por interesses perniciosos.

Buchanan e Tullock se tornaram autores de destaque na teoria da escolha pública com o livro *O cálculo do consenso*, lançado em 1962. Considerando a transcendência que suas ideias tiveram, vale a pena dedicar um apartado para sistematizá-las, após a seção imediatamente a seguir, em que, por razões cronológicas, primeiramente são apresentadas as ideias de Anthony Downs.

### **3.1 A teoria econômica da democracia de Downs**

Em 1957, Anthony Downs, que foi estudante de Arrow, publicou seu *Uma teoria econômica da democracia*, reunindo contribuições valiosas para a teoria da escolha pública. O autor apresenta sua hipótese para o comportamento político de forma bastante direta: 1) todo governo busca maximizar seu apoio político; e 2) havendo eleições periódicas, o objetivo dos partidos políticos de oposição é a eleição e o do governo, a reeleição.

No modelo explicativo de Downs, as políticas são formuladas com o propósito de ganhar as eleições (essa é a finalidade) e não o contrário que seria esperado (isto é, a vitória nas eleições a fim de formular políticas). Assim, o comportamento dos partidos políticos na política democrática seria análogo ao comportamento dos agentes econômicos em uma economia que vise o lucro: os partidos formularão as políticas que, conforme suas próprias crenças (ou outros indicadores), trarão mais votos, assim como os empresários fabricarão os produtos que, segundo acreditam, trarão mais lucros.

Do ponto de vista individual, os políticos seriam motivados pelo “desejo de poder, prestígio e renda e pelo amor ao conflito, isto é, a ‘emoção do jogo’”, de acordo com Downs (2013, p. 52). Em síntese, a racionalidade do comportamento político seria determinada pela hipótese da maximização do voto, ao

passo que a principal motivação de cada membro do governo seria a obtenção das recompensas intrínsecas ao cargo.

Paralelamente à hipótese de que os partidos políticos agem para maximizar votos, Downs desenvolve o postulado de que os eleitores também se comportam racionalmente em política, ou seja, que os cidadãos votam no partido político que, segundo suas crenças, vai proporcionar o maior benefício em comparação com os demais (2013, p. 57). Esse benefício pode ser qualquer utilidade em sentido amplo, como, por exemplo, ruas asfaltadas, hospitais construídos, lixo coletado etc.

Para Downs, o comportamento do eleitor racional é pautado pelo julgamento sobre o atual governo, da seguinte maneira: se suas rendas ou utilidade, no presente, são baixas aos seus próprios olhos, o eleitor pode acreditar que qualquer mudança pode aumentar suas rendas. Assim, seria racional votar contra o partido que está no poder e vice-versa: caso as suas rendas estejam altas, a perspectiva de interrupção na continuidade o levará a votar a favor do partido atual que está no poder (2013, p. 63). Nas palavras de Downs, em resumo: “Como os governos planejam suas ações para agradar eleitores e os eleitores decidem como votar com base nas ações governamentais, uma relação circular de mútua interdependência subjaz no funcionamento do governo numa democracia” (2013, p. 94).

No entanto, Downs dedica numerosas páginas a explicar que esse sistema incentiva a ignorância (ou a apatia) dos eleitores, dado que a obtenção das informações — necessárias para avaliar o governo e decidir em quem votar — demanda tempo e exige esforço, o que levaria a maioria dos eleitores a votarem com base só no “rótulo” dos partidos. Essa dinâmica, por seu turno, tem uma consequência importante: a tendência a que os partidos políticos adotem um certo tipo de ambiguidade e obscurantismo apontando para o espectro ideológico de centro ou moderado (com vistas a alcançar a maior adesão por parte dos eleitores). Em outras palavras, o vínculo entre as preferências dos eleitores e os partidos políticos não é perfeito, pois não é fielmente representativo.

Com essa abordagem, Downs cuida de tratar o governo como uma variável endógena na economia, isto é, não como uma influência “externa”, mas sim parte integrante dela, atuando paralelamente aos agentes privados, sem que isso elimine a possibilidade de ações governamentais corretivas na economia (2013, p. 300).

Especificamente quanto a esse ponto, a conclusão decorre da crítica que Downs desenvolve quanto à premissa (até então disseminada entre os teóricos clássicos) de que o governo agiria para maximizar o bem-estar geral. Downs considera falaciosa a ideia de que os homens (que controlam o governo) seriam perfeitos altruístas no que diz respeito a suas ações, desprovidos de motivações privadas. Além das dificuldades de considerar a motivação governamental, há problemas quanto aos diferentes pesos que podem ser atribuídos às preferências individuais e às diversas formas de governos que podem resultar na maximização do bem-estar de uma parcela diferente da sociedade.

Com base nisso, Downs reclama a necessidade de mais teorias sobre o comportamento governamental, que unifiquem a política e a economia. Em sua opinião, “toda teoria econômica do governo deve presumir que os governantes desempenham sua função social principalmente com o objetivo de alcançar seus fins privados” (2013, p. 309). E tais fins privados seriam sempre o poder, o prestígio, a renda e a excitação do jogo político. Isso sem prejuízo de que possa existir caridade e altruísmo, assim como a eficiência institucionalizada a serviço dos demais membros da sociedade.

Admitindo-se a correção da premissa de Downs, em suas próprias palavras, tem-se que “os homens do governo alcançam suas próprias metas executando aquelas ações governamentais que mais agradam os eleitores, exatamente como os empresários lucram produzindo coisas que o povo quer” (2013, p. 310).

Existem outras implicações do pensamento de Downs. No entanto, para os fins do presente trabalho, e sem pretensão neste momento de aprofundar nas críticas e problemas epistemológicos que envolvem as ideias de Downs (já que, a rigor, não há um embasamento que se possa chamar empírico), importa enfatizar as duas teses principais já explicadas: 1) os partidos políticos agem com vistas a maximizar votos e 2) os cidadãos se comportam racionalmente ao votar, muito embora seu conceito de racionalidade seja peculiar, assemelhando-se mais a uma “irracionalidade racional”.

### 3.2 O cálculo do consenso de Buchanan e Tullock

James McGill Buchanan Jr. (1919–2013) e Gordon Tullock (1922–2014) foram os autores mais destacados da Escola da Virgínia. Em *O cálculo do consenso. Fundamentos lógicos da democracia constitucional*, publicado em 1962,

exploraram com profundidade os fundamentos de uma teoria econômica da Constituição, considerando o comportamento estratégico dos indivíduos de forma a indicar uma estrutura jurídico-constitucional racional do Estado. Sem glorificar a busca do interesse egoísta, os autores simplesmente incorporam esse dado (a natureza do homem) na organização da constituição política, pois só assim seria possível construir um marco aceitável para a tomada de decisões coletivas.

Os autores diferenciam a política “corrente”, isto é, o dia a dia das decisões operativas (legislativas), e a chamada política constitucional, que diz respeito às decisões quanto às regras dentro das quais serão desenvolvidas as decisões quotidianas e o restante da atividade política.

Como é a Constituição que define o enquadramento das instituições, uma análise econômica dessas regras permite antecipar os custos do processo político, assim entendido como os custos envolvidos nas decisões que serão tomadas coletivamente. Nesse contexto, uma Constituição “boa” tenderia a limitar tais custos para os indivíduos, protegendo-os tanto quanto possível dos problemas acarretados pelas decisões tomadas por maioria, que com frequência geram resultados arbitrários, ineficientes e instáveis.

Buchanan e Tullock, então, retomando os argumentos de Wicksell (1958), defendem que a regra da unanimidade deveria ocupar lugar central nas teorias normativas sobre o governo democrático, para a adoção das regras organizativas fundamentais. Ou seja, as Constituições deveriam ser adotadas pela unanimidade. Para as demais matérias (legislação infraconstitucional), poderiam ser adotadas regras de votação diferentes.

O argumento de Buchanan e Tullock é o de que a tomada de decisões por maioria (ou quaisquer outras regras inferiores à da unanimidade) tenderá a produzir assimetrias na participação de ganhos entre os membros do grupo (1993, p. 226), desvio no comportamento racional (p. 230) e ineficiência no emprego de recursos (p. 234) como externalidades inerentes. Para os autores, a extensão do setor público ou coletivo tende a aumentar com regras inferiores à unanimidade (p. 241), de modo que o âmbito e o próprio tamanho do Estado (das atividades públicas) dependerão do chamado “cálculo constitucional”, isto é, das regras organizativas definidas para a tomada de decisão (sobre a repartição dos recursos públicos, leia-se, aprovação das leis orçamentárias).

Buchanan e Tullock (1993, p. 70) explicam que toda decisão implica dois tipos de custos: os da própria tomada de decisão, que o indivíduo espera ter pelo simples fato de participar dela, e os externos, que o indivíduo suporta como resultado das ações dos demais, sem que ele tenha controle direto. Quanto maior for a maioria necessária para uma decisão, maiores serão os custos do processo decisório e menores são os custos externos (ou de as minorias vencidas serem exploradas por uma decisão com a qual não concordaram).

Além de adotar a metodologia individualista já comentada, a abordagem segue a chamada *cataláxia*, isto é, o estudo das origens, características e funcionamento das instituições. O individualismo metodológico garante aos autores um olhar diferente sobre o sistema político, não voltado para alcançar qualquer concepção de interesse público, mas sim para a proteção dos próprios interesses. Em visão marcadamente contratualista, o Estado seria simplesmente o meio pelo qual os indivíduos racionais se reúnem para promover seus interesses por meio da ação coletiva. Daí toda a problematização em torno de quais deveriam ser as regras pelas quais se conjugam os interesses contrários para a tomada de decisões coletivas.

Ao longo de todo o livro, Buchanan e Tullock analisam também os diversos arranjos institucionais (democracia direta, representativa, sistema bicameral etc.) e os custos que cada um deles implica.

Os autores dedicam algumas páginas para naturalizar a prática do chamado *logrolling* ou troca de votos entre os parlamentares. Partem do pressuposto de que o voto do indivíduo nas decisões coletivas produz efeitos econômicos (1993, p. 151). Se o voto de cada membro de um grupo tem um valor econômico, permite-se a criação de um “mercado”, considerando que esse grupo tomará diversas decisões ao longo do tempo. Isso porque cada participante passa a reconhecer o valor econômico de seu próprio voto para os outros sobre certos temas e, em troca, também reconhece o valor econômico para ele dos votos dos outros sobre os diferentes temas (p. 153). Nessa perspectiva, reduzindo o processo legislativo a um “toma-lá-dá-cá”, o comportamento estratégico dos parlamentares giraria, na prática, ao redor dos interesses dos diversos grupos. E não haveria razão para vislumbrar desonestidade nisso (p. 173).

O *logrolling* é oportunizado pelo fato de que as intensidades de preferências dos votantes não são idênticas, podendo oscilar entre estágios de indiferença, contrariedade e defesa ferrenha. Como explicam Buchanan e Tullock,

as negociações entre os próprios votantes são mutuamente benéficas: o bem-estar de um votante tende a aumentar se ele aceita uma decisão contrária ao seu desejo em uma área em que suas preferências sejam fracas, em troca de uma decisão que lhe seja favorável em outra área em que seus sentimentos sejam mais fortes (1993, p. 179). Por essa lógica, há vantagem no *logrolling* até que o custo marginal de votar a favor de algo (com que não se está de acordo) seja igual aos benefícios marginais esperados do(s) voto(s) assegurados em troca do apoio para os temas que sejam de maior interesse do votante.

Implícito a esse enfoque está o reconhecimento de que o “intercâmbio político” é basicamente equivalente ao “intercâmbio econômico” (1993, p. 288). Além disso, está o retrato do processo político das decisões coletivas como um esforço cooperativo voltado para permitir ganhos recíprocos, em uma visão diferente da até então predominante na teoria política, pela qual as escolhas coletivas seriam mero reflexo das lutas partidárias, cujos benefícios ficavam restritos aos ganhadores às custas dos perdedores (1993, p. 307).

Entre os grandes feitos dos autores, deve-se ressaltar a clareza com que expuseram a ideia de que toda ação coletiva — leia-se, toda tomada de decisão pública, especialmente a edição de leis e regulamentações — proporciona mais benefícios a uns cidadãos do que a outros e os custos disso não são distribuídos de igual forma sobre toda a população. Por isso, é útil pensar em instituições e regras de funcionamento que minimizem os custos e aumentem os benefícios da vida em sociedade. Por fim, Buchanan e Tullock evidenciaram o desafio de desenhar — sob condições de incerteza — um procedimento que garanta, ao mesmo tempo, justiça e eficiência, ideia que acabou sendo popularizada com o livro *Uma teoria da justiça*, lançado em 1979, de John Rawls (2008, pp. 165 e ss.).

### 3.3 A lógica da ação coletiva de Olson

Fechando os autores pioneiros da teoria da escolha pública, cita-se o aporte de Mancur Olson (1932–1998), com seu *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*, de 1965.

A racionalidade individual não é suficiente para a racionalidade coletiva. Partindo dessa premissa básica, Olson (2015) desenvolveu seu argumento no sentido de que, embora isoladamente os indivíduos atuem para promover seus interesses pessoais, em grupos isso não é o bastante para que promovam os interesses

comuns. Somente se o número de indivíduos do grupo for pequeno, ou se houver alguma coerção ou incentivo (diferente da realização do objetivo comum), os indivíduos agirão para promover seus interesses grupais no plano coletivo.

As organizações (e os grupos de homens em geral) existem para atingir propósitos ou interesses comuns. Pode-se dizer que, sem essas associações, seria inimaginável a própria convivência em sociedade. Entretanto, Olson explica que, além desses interesses comuns, os seus membros continuam tendo interesses puramente individuais, os quais são diferentes dos interesses dos outros membros do grupo ou mesmo da organização.

Além disso, Olson pontua que cada indivíduo de um grupo pode atribuir valor diferente ao benefício público almejado pelo grupo (2015, p. 34). Para ilustrar, dá o exemplo de um sindicato, cujos participantes têm o interesse comum em salários mais altos e, ao mesmo tempo, interesse em aumentar seus ganhos pessoais, o que depende de outros fatores, como, por exemplo, a quantidade de horas trabalhadas (2015, p. 21).

Olson argumenta que “é da essência da organização que ela forneça um benefício indivisível e generalizado” (2015, p. 27). No entanto, embora todos os membros do grupo tenham interesse comum em alcançar o benefício ou interesse coletivo, eles não estão interessados nos custos envolvidos no provimento desse benefício (2015, p. 33). Consequentemente, em igualdade de circunstâncias, quanto maior for o número de indivíduos que se beneficiam de um bem coletivo, menor será a porcentagem de ganhos obtidos pela ação em favor do grupo, realizada por um indivíduo.

Trata-se do que depois ficou conhecido como o problema do “carona”: se o membro do grupo sabe que vai se beneficiar, atuando ou não em prol do coletivo, tem-se o estímulo para que não contribua efetivamente. Decorre daí a explicação de por que grupos privilegiados (pequenos) e intermediários tendem a funcionar melhor (leia-se, de forma mais eficiente) em prol dos interesses coletivos: o incentivo à ação em grupo diminui à medida que aumenta o tamanho do grupo. Desse modo, os grupos latentes (grandes) estão menos capacitados que os pequenos para atuar em favor do interesse comum.

Essa lógica da ação coletiva revelada por Olson pode ser trasladada aos corpos legislativos, como grupos numerosos que são. Nesse sentido, a principal constatação aponta para a necessidade de que haja incentivos à ação grupal, adicionais ao alcance dos interesses comuns. Sem tais incentivos seletivos

— isto é, sanções e recompensas que recaiam de forma individualizada sobre cada um dos membros do grupo —, a ação coletiva se torna menos promissora e o grupo fica mais longe de atingir o ponto ótimo de benefício coletivo.

As conclusões de Olson corroboram o paradoxo envolvido na articulação entre a ação individual supostamente racional e suas consequências no nível agregado da ação coletiva, com frequência reputada irracional ou incapaz de alcançar com eficiência os objetivos e interesses de todos.

### **3.4 Outros avanços da teoria da escolha pública: a burocracia, o *rent-seeking*, o *rent-extraction* e a teoria da agência**

No que diz respeito aos corpos burocráticos, a teoria da escolha pública estabelece o pressuposto de que os burocratas são tão individualistas quanto os homens de negócios e atuam de forma racional e deliberada na consecução dos próprios interesses, não necessariamente do bem-estar geral.

De forma geral, a burocracia é representada como formada por agentes expansionistas, maximizadores de seus orçamentos. Os burocratas “ganham” quando suas unidades ou departamentos crescem, com o que também aumentam suas possibilidades de ascensão (e seus salários), assim como melhoram seu poder, influência e consideração pública. Esse interesse pessoal seria o objetivo “lucrativo” do burocrata. E tais fatores dependem do tamanho do orçamento de seu departamento. Com isso, cria-se um incentivo para que os burocratas indiquem um orçamento maior do que o necessário, sem que os políticos tenham condições de saber qual é o “custo real” do serviço burocrático.

Não houve, no entanto, por parte da teoria da escolha pública, uma preocupação específica em definir o que é a burocracia, entendendo-se essa de forma ampla, alcançando todas as instâncias da administração pública.

Entender o comportamento da burocracia desponta como tema relevante, especialmente em tempos de austeridade fiscal e ante a missão de maximizar os recursos orçamentários. Para a teoria da burocracia, vigeria o conhecido lema: “*farinha pouca, meu pirão primeiro*”. Esse modelo de análise tem sua origem com William Niskanen em *Burocracia e governo representativo*, de 1971, que apresenta os burocratas como protagonistas das atividades no governo.

Diante dessa constatação, a preocupação da teoria da escolha pública se volta para a “elaboração dos condicionamentos que farão com que os interesses pessoais dos burocratas coincidam com o interesse da sociedade” (TULLOCK, 1979, p. 42). A pergunta a responder seria, então: como estabelecer restrições que induzam os burocratas a atuar em favor do interesse social?

O *rent-seeking* também constitui um subcampo específico da teoria da escolha pública. Trata-se da preocupação voltada para detectar as atividades orientadas à busca de benefícios, sem qualquer geração de valor (ou riqueza), que geram efeitos perniciosos e custos para a sociedade. Quanto maior seja o tamanho do setor público, maior o *rent-seeking* da sociedade. A principal orientação da teoria da escolha pública vai no sentido de revelar como a regulação pode ocasionar o aparecimento do *rent-seeking*.

Nesse sentido, Stigler (1971) expõe a ideia de como atores privados (ou políticos interessados em alcançar interesses próprios) usariam a regulação para manter posições ou obter benefícios indevidos (*rent-seeking*). Trata-se da chamada “captura da regulação”. Ainda para o mencionado autor, o processo de decisão política necessário para a adoção de uma regulação envolve peculiaridades — especialmente em função do “mercado da política” e do comportamento dos partidos políticos — que acabam favorecendo os interesses de determinados grupos influentes junto ao governo.

Por seu turno, a noção de *rent-extraction* corresponde aos benefícios que os políticos podem auferir a partir da atividade regulatória. Trata-se de uma espécie de contraface do *rent-seeking*. Como visto, a regulação em geral pode redistribuir riquezas, de modo que tanto a edição quanto a revogação de normas (ou mesmo a simples ameaça de qualquer delas) envolvem interesses, cuja realização depende do envolvimento dos atores políticos. Não há que se pensar que esses são passivos.

Como aponta McChesney (1987), os tomadores da decisão regulatória também tiram vantagens (daí o *rent-extraction*) da atuação dos grupos de in-

---

6 Morris Perlman (1979), por exemplo, atribui muitos problemas da burocracia à falta de informação sobre os resultados das decisões. De fato, não há “prestação de contas” sobre o êxito ou fracasso delas. Ter essa informação seria mais útil até mesmo do que conhecer o próprio procedimento de tomada da decisão, inclusive quando realizado a portas fechadas. Outro ponto de reflexão do autor diz respeito à instituição de concorrência, onde for possível, também entre as organizações governamentais, assim como ocorre em relação às atividades privadas. Não se deve restringir a concorrência quando existe possibilidade de concorrência.

teresses ou lobistas. Aqui, não necessariamente há o envolvimento de corrupção, registrando-se que há “benefícios” que não necessariamente se caracterizam como ilícitos, como, por exemplo, caronas em aviões, helicópteros e jatos particulares, o financiamento privado de campanha eleitorais (nos ordenamentos em que isso é possível), patrocínio de eventos, etc.

Assim, tomam-se os órgãos legislativos como “empresas cujo custo de produção é extremamente elevado” — na linha do que apresentam Ehrlich e Posner (1974) —, na medida em que, quanto maior o número de negociadores, maiores são os custos de transação. Além disso, especificamente para Posner (1974) — e antes dele, Olson (2015) já tinha feito afirmações nessa linha —, a atividade de produção de normas em geral (e não só as que interferem na atividade econômica) pode ser vista como produto regido pelas leis da oferta (pelos políticos) e da procura (por parte dos grupos de interesse).

Completando as ideias-chave da teoria da escolha pública, dedicam-se algumas palavras para os problemas de agência no processo de decisão política. Pela relação de agência, um indivíduo ou instituição (o principal) delega poderes a outro indivíduo (o agente), que atuará na realização dos objetivos do principal, mediante retribuições pecuniárias ou de outro tipo. Na teoria da escolha pública, a sociedade estabelece uma relação de agência com o Estado, cujo papel é o do agente com a missão de servir à sociedade. Nesse contexto, diversos exemplos de relações principal-agente podem ser citados: 1) cidadãos \* deputados; 2) deputados \* governantes; 3) governantes \* servidores públicos etc. Como explica Pereira (2008, p. 92):

Os cidadãos votam em deputados que são eleitos para o parlamento para, entre outras coisas, produzirem leis, que beneficiarão esses mesmos cidadãos. Neste sentido os primeiros elegem os segundos e estes são os agentes nesta relação. Por outro lado, o governo, na sua acção executiva cabe-lhe a responsabilidade de implementar e por vezes regulamentar essas leis. Nesse sentido o governo pode ser entendido como o agente do parlamento que actua como principal nessa relação de agência. Por seu turno na sua relação com os dirigentes da administração estes podem ser considerados como os agentes daqueles.

Em todas as relações de agência, existem quatro tipos de problemas: 1) as diferenças de motivações e objetivos (não alinhamento de interesses) entre principal e agente; 2) as assimetrias de informação; 3) as distintas propensões

ao risco; e 4) os diferentes horizontes de planejamento. Em razão desses problemas, o agente pode adotar um comportamento oportunista, ou seja, em lugar de agir em função dos objetivos contratados junto ao principal, atua para a realização dos próprios interesses.

Geralmente, esse problema se dá justamente por conta do segundo, isto é, da chamada assimetria de informação (o principal não tem como saber do comportamento do agente ou os custos envolvidos na obtenção dessa informação são elevados). O comportamento oportunista do agente impõe custos ao principal e conduz a um outro tipo de problema: o risco moral (*moral hazard*) consistente da possibilidade de os agentes se comportarem de forma inadequada (ou simplesmente preguiçosa) na consecução dos objetivos do principal, o que acarreta uma situação ineficiente.

Fazendo a transposição para o que interessa sobre o processo de elaboração legislativa, pode-se dizer que a relação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo é a de agência com informação assimétrica, na medida em que este último tem mais informações do que o primeiro (que é o encarregado de aprovar o orçamento) e se aproveita disso, funcionando como agente que estrategicamente controla as finanças públicas.

Assim como no “mercado dos limões”<sup>7</sup>, na política também existe assimetria de informação — os eleitores normalmente não têm a informação completa sobre os candidatos ou sobre o cumprimento de suas promessas de campanha —, o que igualmente conduz a um contexto de desconfiança generalizada sobre o comportamento futuro do agente político.

---

7 Referência ao artigo de George Arthur Akerlof, ganhador do prêmio Nobel da Economia em 2001. Em *O mercado de limões: qualidade, incerteza e o mecanismo de mercado*, publicado em 1970, Akerlof explica o fenômeno da assimetria da informação e as consequências disso advindas para os mercados, usando o exemplo do mercado de carros usados. Em inglês, “limões” é a gíria para carros usados em mau estado, de forma semelhante ao uso da palavra “abacaxi”, em português, como sinônimo de problemas. Akerlof retrata a perspectiva de que, considerando o contexto de incerteza sobre as condições do carro de segunda mão, os compradores não estão dispostos a pagar um preço mais alto. Em razão disso, por seu turno, os vendedores de carros usados em boas condições tendem a retirar os melhores carros, por considerar que os preços oferecidos são inadequados. Trata-se da chamada “seleção adversa”. Essa tendência, de acordo com Akerlof, geraria uma espiral descendente de ineficiência capaz de destruir o mercado por completo. Sem ingressar no mérito da ideia — a realidade mostra que Akerlof não estava de todo certo, pois o mercado de carros usados continua existindo e sendo extremamente lucrativo —, importa destacar o acerto de Akerlof na chamada de atenção para o custo da desinformação.

#### 4. Análise econômica do processo legislativo brasileiro

Como se acaba de ver, as premissas da teoria da escolha pública são claras: o objetivo dos políticos é o de obter mais votos; o dos burocratas, incrementar seus orçamentos; ao passo que os grupos de interesses e os eleitores buscam aumentar suas rendas. No processo legislativo, isso não seria diferente. Como regra geral, os parlamentares consideram os projetos de leis como oportunidades de alcançarem seus objetivos, seja pela visibilidade trazida pelo conteúdo temático, seja pelos *pork barrels* (políticas que acarretam um benefício particularizado, embora os custos recaiam sobre todos, promovendo um direcionamento orçamentário em prol de uma ação com relação de custo-benefício baixa), cuja consequência é promover a reputação do parlamentar junto às suas bases eleitorais.

As medidas provisórias, por seu turno, são — para usar a metáfora de Bedritichuk (2015) — a principal “moeda” que o Presidente da República usa para negociar seus projetos de governo com o Poder Legislativo. Os projetos de lei de conversão das medidas provisórias, portanto, equivalem a janelas usadas pelos parlamentares para aumentar seus poderes de influência junto ao governo e, conseqüentemente, suas chances de reeleição. Em troca da aprovação da medida provisória, o parlamentar pode obter êxito na execução de uma emenda parlamentar que beneficie a região de sua base eleitoral ou emplacar alguma indicação para cargos na administração pública.

Conforme as regras dificultem ou facilitem a respectiva edição e aprovação, as medidas provisórias podem se converter em uma moeda mais ou menos “inflacionada”, isto é, exigir mais ou menos esforço de negociação política por parte do Presidente da República para a conversão em lei (BEDRITICHUK, 2015). Nesse contexto, considerando o foco da análise econômica do direito, importa compreender onde estão e como funcionam as diversas arenas decisórias da conversão das medidas provisórias em lei para analisar como essa dinâmica molda o comportamento dos agentes envolvidos nesse processo legislativo.

Tomando como base essas premissas, esta seção se destina a analisar o desenho institucional da edição e aprovação das medidas provisórias respondendo à seguinte pergunta: que incentivos são colocados para o Presidente da República lançar mão das medidas provisórias?

O foco na edição das medidas provisórias se justifica pelo fato de que são o mais forte instrumento à disposição dos Presidentes da República brasileiros desde 1988. Indispensáveis à governabilidade, as medidas provisórias têm grandes repercussões na dinâmica do processo legislativo e na relação entre Poder Executivo e Parlamento. Ao longo do tempo, desde a sua previsão inicial, a dinâmica quanto às medidas provisórias foi sofrendo diversas modificações no seu desenho até se chegar às regras de funcionamento de hoje.

A intenção desta análise é apresentar a evolução por que foram passando tais regras, evidenciando tanto os aspectos não antecipados e indesejados das reformas constitucionais (especialmente a EC nº 32, de 2001), quanto os impactos que decisões do STF tiveram para o custo de aprovação das medidas provisórias. Ao que tudo indica, alguns desses efeitos ficaram de fora das discussões e parecem não ser o resultado então almejado para as medidas provisórias.

Argumenta-se que as diversas modificações por que passaram as medidas provisórias não retiraram o incentivo para que o Presidente da República continue lançando mão desse instrumento, cujo uso hipertrofiado gera distorções e deturpa o processo legislativo. Em se tratando de figura pensada para situações relevantes e urgentes, medidas provisórias deveriam ser usadas de forma excepcional. Quando não é isso o que acontece, há algo de errado.

Conclui-se que mais importante do que eventuais modificações no fluxograma das medidas provisórias são as ferramentas de controle efetivo que limitem o abuso dela, (como, por exemplo, a devolução do ato pelo Parlamento quando não se enquadrar nos casos de relevância e urgência ou violar a irrepetibilidade do art. 62, § 10, da Constituição). No entanto, como será possível ver, o comportamento institucional atual tende a se perpetuar, sobretudo porque os ganhos esperados com essa atitude do Presidente da República continuarão sendo maiores do que as perdas esperadas.

Na prática, quase nada perde o Poder Legislativo (ou os parlamentares) em aceitar a tramitação de uma medida provisória (que não atenda a critérios rigorosos de relevância e urgência, por exemplo); por outro lado, recusar a tramitação nesses casos implica eliminar uma moeda de troca, com potencial para viabilizar algum ganho político junto ao governo. Em regra, os parlamentares acreditam que esses “benefícios” são signos de prestígio e influência que podem aumentar suas chances de (re)eleição. Como argumentam Pereira e Mueller

(2002), a execução de emendas individuais dos congressistas proporciona altos retornos eleitorais, aumentando as chances de reeleição do parlamentar.

A perpetuação dessa dinâmica também poderia ser entendida, na linha do que afirmam Amorim Neto e Tafner (2002), como consequência de uma escolha racional da maioria parlamentar e uma forma de maximizar o uso de seu escasso tempo. Para esses autores, “os parlamentares estão implicitamente delegando poder ao Executivo para regular matérias que não atingem os interesses vitais das maiorias legislativas, ajudando a agilizar o processo de tomada de decisão” (2002, p. 22).

Tendo esse pano de fundo, a análise das medidas provisórias pode ser dividida em pelo menos seis capítulos:

- 1º Capítulo: A partir da CF/88 até 2001;
- 2º Capítulo: A partir da EC nº 32/01 até 2009;
- 3º Capítulo: A partir da Doutrina Temer até 2012;
- 4º Capítulo: A partir da ADI nº 4029 até 2015;
- 5º Capítulo: A partir da ADI nº 5127 (Fim dos Jabutis); e
- 6º Capítulo: A partir da promulgação da PEC nº 91, de 2019.

## **4.1 As medidas provisórias a partir da Constituição de 1988 até 2001**

São essencialmente duas as razões que tornaram as medidas provisórias uma ferramenta atrativa: 1) a possibilidade de edição de um ato normativo com força de lei e vigência imediata, e 2) a capacidade de interferir na agenda do Poder Legislativo.

A redação original da CF/88 previa o seguinte:

CF/88 (redação original, já revogada)

Art. 62. Em caso de **relevância** e **urgência**, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, **estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.**

Parágrafo único. As medidas provisórias **perderão eficácia**, desde a edição, se não forem convertidas em lei no **prazo de trinta dias**, a

partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

As novidades da CF/88 para a disciplina do poder normativo via medidas provisórias foram:

modificação da lógica quanto ao decurso do prazo: caso o Congresso Nacional não delibere, a medida provisória perde a validade ou eficácia desde a sua edição, é dizer, caduca. Antes da CF/88, quando se cuidava do decreto-lei, o decurso de prazo sem manifestação expressa do Congresso Nacional representava a sua aprovação;

cumulatividade dos requisitos relevância e urgência; e

possibilidade de emendas parlamentares às medidas provisórias, o que antes da CF/88 estava vedado.

No texto original, deve-se destacar que: a) não havia limitação de matérias sobre as quais não era admitido o cabimento de medidas provisórias, ou seja, esses atos normativos poderiam versar sobre qualquer tema; e b) o prazo era somente de 30 dias, sem previsão de reedição. Como é de se perceber, a CF/88 disciplinou o tema escassamente e, portanto, logo veio a disciplina por intermédio da Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional, e diversas decisões do STF dirimindo dúvidas quanto aos procedimentos.

Nesse sentido, uma das primeiras controvérsias surgidas se relacionava aos requisitos da relevância e urgência, nítidas cláusulas abertas, de apreciação discricionária por parte do Presidente da República. A relevância estaria relacionada à qualidade de algo essencial, de importância insuperável, fundamental, indispensável. Por seu turno, a urgência requereria a demonstração da imediatez da resposta, cujo caso demanda uma resolução que não possa aguardar o tempo de tramitação ordinária de um projeto de lei. Unidos os requisitos, relevante e urgente é a situação em que a não adoção da medida provisória pode resultar grave comprometimento da ordem pública. A grande questão, no entanto, consistia em saber se o STF poderia controlar tais pressupostos constitucionais.

Em um primeiro momento, o STF entendeu que a avaliação quanto à presença desses requisitos dependeria de juízo subjetivo, estritamente político e confiado pela CF/88 apenas ao Presidente da República, pelo que o respectivo controle escaparia à competência do Poder Judiciário. Como exemplos, citem-se as ADIs nº 162-MC, 1.667-MC e 1.376-MC, julgadas na década de 90.

Em um segundo momento, o STF entendeu que, embora discricionários, os conceitos de relevância e urgência estariam sujeitos ao controle excepcional, para impedir o abuso (ou excesso) do poder de legislar por parte do Presidente da República. Como consequência, o STF passou a admitir o controle diante da nítida falta dos pressupostos constitucionais. Nesse sentido, por exemplo, são as ADIs nº 2.150, 2.213, 2.348, julgadas no início dos anos 2000.

Ainda sobre os requisitos de relevância e urgência, outra discussão decidida pelo STF facilitou a vida do Presidente da República. Inicialmente, prevaleceu a posição de que a conversão da medida provisória em lei, faria o debate sobre a relevância e urgência perder o objeto. Com isso, inúmeras ações deixaram de ser julgadas pelo mérito. Depois, o STF passou a entender que a conversão em lei não convalidaria os vícios da medida provisória, como, por exemplo, nas ADIs nº 3.090, 4.048, 4.049.

Como se acaba de ver, na redação original do art. 62 da CF/88 nada se mencionou sobre a possibilidade de reedição das medidas provisórias, tampouco quanto à eventual vedação nesse sentido. Assim, logo que surgiu essa dúvida, prontamente o STF respondeu a questão na ADI nº 293-MC (BRASIL, 1993a), para estabelecer que, sim, era permitida a reedição, quando a medida provisória não fosse convertida em lei no prazo de 30 dias. Ou seja, o STF afastou a possibilidade de uma “rejeição tácita” por parte do Poder Legislativo. Essa decisão, como se verá na sequência, oportunizou um comportamento estratégico por parte do Presidente da República, que marcou o restante da década de 90.

Entretanto, em havendo manifestação expressa do Congresso Nacional em rejeitar a medida provisória, estaria proibida a reedição na mesma sessão legislativa. Do contrário, consta do voto do então Ministro Moreira Alves — ao se permitir nova edição do que foi rejeitado pelo Congresso Nacional —, poderá o chefe do Executivo impor, intermitentemente, a todos, pela força de lei de que provisoriamente dispõem as medidas provisórias, normas que já foram expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional.

É de se notar que nesse julgamento o STF firmou o entendimento quanto à natureza jurídica das medidas provisórias: “são uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei” (BRASIL, 1993a). Diz-se categoria especial porque depende da relevância e urgência e fica condicionada à convalidação pelo Poder Legislativo.

Permitida a reedição das medidas provisórias, é fácil imaginar qual foi a consequência e efeito não antecipado da decisão: um grande volume de reedições e, o que era ainda mais grave, a reedição com as redações modificadas. Isso abriu espaço amplo para o Poder Executivo legislar sem anuência do Congresso Nacional, que tinha grande dificuldade em aprovar as medidas provisórias naquela época. A partir da decisão da ADI nº 293-MC (BRASIL, 1993a), o Presidente da República costumava reeditar as medidas provisórias em periodicidade mensal, enquanto o Congresso não aprovasse<sup>8</sup>.

É bem verdade que havia uma certa convivência dos parlamentares, que em alguma medida acabavam se beneficiando com tais reedições sucessivas, na medida em que não precisavam se “manifestar publicamente” sobre as medidas polêmicas. A realidade criada permitiu esse comportamento bastante conveniente de nada fazer. Por seu turno, para o governo, esse contexto também era confortável, já que essa “não manifestação” dos parlamentares era o bastante para a manutenção das medidas provisórias e da prática de reedição. Essa acomodação claramente favoreceu o Poder Executivo.

A despeito da perplexidade desse contexto, o fato é que o STF se manifestou em vários precedentes confirmando tal possibilidade de reedição: ADIs nº 295, 1516, 1379, 1617, 1533, 1647, 1610, 612, 1614 e RE nº 239287-AgR. Prevaleceu o entendimento no sentido de que a reedição estava admitida por indefinidas vezes e tantas quantas fossem necessárias segundo o juízo do Presidente da República. Como não havia nada que pudesse obrigar o Congresso a apreciar as medidas provisórias, tampouco poder-se-ia impedir o Presidente da República de reeditá-las.

E o problema não era somente a reedição, mas o fato de que a cada nova edição sempre eram feitos ajustes formais e acréscimos textuais, o que trazia uma insegurança jurídica enorme, aliada ao detalhe de que a medida provisória (àquela época) poderia versar sobre quaisquer matérias, inclusive penal, processual. O cenário era criado nessa época era de grande insegurança jurídica.

Ainda no começo da década de 90, o STF foi chamado a se pronunciar sobre outra questão interessante: saber se havia a possibilidade de revogar uma medida provisória com outra medida provisória. A discussão foi feita por

---

8 Chegou-se a ter MPs que foram reeditadas mais de 70 vezes, ou seja, a conversão em lei demorou quase 7 anos. É o caso da MP nº 2.096/89, editada em 11.04.1994 e tramitou por 2.493 dias até ser convertida na Lei nº 10.179, de 06.02.2001. Outro exemplo: MP nº 1053/95 que, depois de 6 anos, 73 reedições e 2 eleições presidenciais, foi convertida na Lei nº 10.192/2001.

ocasião da ADI nº 221 (BRASIL, 1993b). Aqui, o argumento era o seguinte: como o presidente não poderia retirar da apreciação do Congresso Nacional a medida provisória que tivesse editado, ser-lhe-ia dado ab-rojá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá ver restabelecidos mediante a rejeição da medida provisória revogadora.

Note-se que o entendimento em comento, aliado aos anteriores, reforçou o comportamento estratégico do Presidente da República — observado em alguma medida ainda hoje, como se verá mais adiante — de lançar mão de medidas provisórias como “balão de ensaio”, passível de correção por medida provisória sequencial tratando sobre matéria correlata. Essa estratégia — usar uma medida provisória para revogar uma anterior — foi bastante utilizada pelo Presidente da República na época. E a constitucionalidade dessa possibilidade foi confirmada quando do julgamento da ADIs nº 1.315, 1.665, 1.204, 1.370 e 1.636.

Foi então quando, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.849 (BRASIL, 1999a), em 1º de setembro de 1999, o Ministro Marco Aurélio, que era relator, pela primeira vez levantou o problema das reedições sucessivas. Em suas palavras, essa prática implicava “empréstimo de prazo indeterminado ao instrumento, à mercê de reedições sucessivas a cada período de 29 dias, não se harmoniza com a finalidade para a qual foi criado” (BRASIL, 1999a).

Essa decisão foi considerada o embrião da EC n. 32/01, pois foi a partir desse julgamento que se iniciou uma grande campanha contra o uso indiscriminado da MP, porque importava usurpação dos poderes legislativos pelo Poder Executivo. A doutrina igualmente já advogava a necessidade de impor limites ao uso das medidas provisórias, haja vista o total desvirtuamento desses atos legislativos. Embora o STF não tenha sido instado a se manifestar especificamente quanto a essas questões, pouco a pouco foram se formando novas teses sobre os limites à edição de medidas provisórias.

Nesse sentido, por exemplo, na ADI nº 1.516-MC (BRASIL, 1999b), em que se assentou a impossibilidade usar medidas provisórias para matéria cujo tratamento a CF/88 submeteu à lei complementar. Depois, no RE nº 254.818 (BRASIL, 2002), a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, o STF entendeu que as medidas provisórias não poderiam veicular matéria penal, exceto para a introdução de normas benéficas (para abolir crimes, restringir seu alcance, abrandar penas, ampliar isenções sancionatórias ou extinguir a punibilidade).

Esses movimentos desembocaram na aprovação da EC nº 32/01, que modificou radicalmente o desenho das medidas provisórias na CF/88, inaugurando um novo capítulo na dinâmica entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

## **4.2 As medidas provisórias a partir da EC n. 32/2001 até 2009**

Parte da doutrina dos cientistas políticos fez a leitura de que a EC nº 32/01 foi uma reação do Congresso para recuperar seu papel constitucional de legislador (por exemplo, Cunha, 2014). Para essa corrente, as mudanças foram concebidas por atores estratégicos (que tinham objetivos claros), embora tenham deixado de fora dos cálculos alguns dados importantes, como, por exemplo, os constantes trancamentos da pauta do Congresso Nacional, que acabariam se tornando o grande efeito não antecipado da EC nº 32/01 (MACHIAVELI, 2009). Prevalece o entendimento de que as novidades na tramitação — especialmente a proibição das reedições — foram fruto de um amadurecimento institucional voltado para o equilíbrio do jogo político entre Poder Executivo e Poder Legislativo.

Como consequência disso, ganhou importância o projeto de lei de conversão — PLV —, que passou a instrumentalizar as tentativas de os congressistas interferirem na agenda política iniciada pelo Presidente da República. Nesse sentido, os PLVs funcionariam como janelas de oportunidade política para os respectivos relatores.

Um detalhe procedimental muito importante corrobora essa impressão teórica: não foram fixados critérios para a definição de quem será o relator das medidas provisórias. Dessa forma, a escolha tende a refletir um critério político, o que, por seu turno, sugeriria que a distribuição das relatorias reflita a própria distribuição da representação partidária no Congresso Nacional. No entanto, o que se observa na prática é um predomínio de relatores que pertencem à base de sustentação do governo (não se observa muito espaço para a atuação das oposições no processo de emendamento das medidas provisórias)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Para se ter uma ideia, durante todo o governo Fernando Henrique Cardoso, os partidos de oposição nunca foram contemplados com nenhuma relatoria. A distribuição de relatorias favorece majoritariamente os congressistas da base aliada.

Essa brecha procedimental é sumamente relevante por duas razões: em primeiro lugar, porque, a partir da EC nº 32/01, o Congresso Nacional passou a desempenhar um papel muito mais ativo em razão do fim das reedições, tendo que apreciar obrigatoriamente as medidas provisórias, pois a conversão em lei se tornou a única forma de as normas continuarem vigendo; e, em segundo lugar, porque nesse contexto a indicação do relator é determinante para o êxito da aprovação da medida provisória. A liberdade para a escolha dos relatores confere um amplo espaço para o comportamento estratégico, na linha da hipótese já desenvolvida por Figueiredo e Limongi (2001).

Dito isso, convém analisar as principais novidades da EC n. 32/01<sup>10</sup>: 1) proibiu a reedição de medidas provisórias; 2) alterou os prazos de vigência

10 A nova redação dada ao art. 62 foi a seguinte (ainda vigente, dado que a PEC n. 91, de 2019, até agora não foi promulgada):

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. *(Redação dada pela EC nº 32, de 2001)*

§ 1º **É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:** *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

I - relativa a: *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

b) direito penal, processual penal e processual civil; *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

III - reservada a lei complementar; *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

§ 2º Medida provisória que implique **instituição ou majoração de impostos**, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido **convertida em lei até o último dia** daquele em que foi editada. *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de **sessenta dias, prorrogável**, nos termos do § 7º, **uma vez por igual período**, devendo o Congresso Nacional **disciplinar, por decreto legislativo**, as relações jurídicas delas decorrentes. *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, **suspendendo-se durante os períodos de recesso** do Congresso Nacional. *(Incluído pela EC nº 32, de 2001)*

para 60 dias, prorrogável e de forma automática por uma única vez e por igual prazo; 3) previu o trancamento da pauta em 45 dias; 4) disciplinou as matérias que não poderiam ser objeto de medida provisória; 5) previu que o silêncio implica rejeição da medida provisória; 6) constitucionalizou a Comissão Mista; 7) trouxe uma regra de transição constante do art. 2º da EC 32/01, pela qual as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação dessa emenda constitucional continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional<sup>11</sup>; 8) detalhou o processo legislativo de aprovação, prevendo expressamente um juízo prévio de admissibilidade, a suspensão dos prazos no recesso parlamen-

---

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de **juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais**. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até **quarenta e cinco dias** contados de sua publicação, entrará em **regime de urgência**, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, **ficando sobrestadas**, até que se ultime a votação, **todas as demais deliberações** legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

§ 8º As medidas provisórias terão sua **votação iniciada na Câmara dos Deputados**. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

§ 9º Caberá à **comissão mista de Deputados e Senadores** examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em **sessão separada**, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

§ 10. É **vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo**. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º **até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória**, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da **medida provisória**, esta **manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto**. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)”

- 11 Diz-se que essa regra de transição foi inserida para poupar o Congresso Nacional de apreciar todas as medidas provisórias que estavam em vigor até então, dado que eram muitas. Esse foi um dos pontos mais polêmicos quando da discussão da EC nº 32/01, pois havia uma proposta no sentido de que as medidas provisórias até então vigentes iriam vigorar por apenas mais 180 dias e, se não fossem convertidas em lei nesse prazo, perderiam a eficácia. Como é possível imaginar, o governo negociou com os parlamentares para garantir a regra como foi aprovada e ainda aproveitou uma janela antes da promulgação da EC nº 32/01 para aprovar uma série de medidas provisórias que até a presente data (e validamente) se encontram nesse “limbo” criado pelo art. 2º da EC nº 32/01.

tar e a apreciação em casas separadas; 9) trouxe um rito de tramitação que beneficiou a Câmara dos Deputados, já que é a casa iniciadora e tem a seu favor o maior prazo de tramitação, e desfavoreceu a atuação do Senado Federal, que na maioria das vezes recebe a medida provisória já trancando a sua pauta.

Como se vê, a EC nº 32/01 tornou mais complexo o jogo de aprovação das medidas provisórias. O advento da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, ainda acrescentou mais ingredientes com: a) as regras para a constituição da Comissão Mista encarregada de emitir parecer sobre as medidas provisórias; b) a fixação de prazo para a apresentação de emendas; e c) a disciplina do trancamento da pauta.

Considerando que, a partir da EC nº 32/01, o Congresso Nacional tinha que se manifestar obrigatoriamente sobre todas as medidas provisórias editadas e que, em razão da grande quantidade desses atos, sua pauta vivia trancada, o Presidente da República passou a usar um novo expediente para “destrancar” a pauta do Congresso Nacional: a revogação de medidas provisórias de menor importância, selecionadas até como demonstração de que “estava abrindo mão” das medidas provisórias revogadas, em favor das que realmente interessavam. No entanto, dias depois, editava a medida provisória que tinha sido revogada, com pequenas alterações.

Prontamente, o Ministro Sepúlveda Pertence denominou essa manobra de “jogo do gato e rato”: revoga-se a medida provisória que está trancando a pauta, aprova-se aquilo que a sua pendência estaria obstruindo e, logo em seguida edita-se nova medida provisória com o conteúdo daquela revogada. No julgamento da ADI nº 2.984-MC (BRASIL, 2004), o STF rejeitou essa possibilidade, vislumbrando (com razão) a ocorrência de fraude à Constituição.

Na ocasião, no entanto, travou-se um interessante debate. A corrente que defendia não existir inconstitucionalidade na prática (de revogação de medidas provisórias com o propósito de destrancar a pauta) sustentava que o Poder Legislativo continuaria com o poder para simplesmente rejeitar a medida provisória revogadora e seguir com a apreciação da anterior, cujo curso anteriormente interrompido agora poderia ser retomado, e, conseqüentemente, aprovar a primeira medida provisória. Em outras palavras, o ato do Presidente da República consistiria em simples inversão na ordem de apreciação das medidas provisórias. No entanto, como se viu, essa tese não emplacou.

Na ADI nº 3.964 (BRASIL, 2008), o STF deu um passo adiante em seu entendimento para considerar que o ato de revogação de uma medida provisória por outra representa uma “autorrejeição” da medida provisória, de forma que, permitir que o conteúdo dela voltasse a ser veiculado em uma reedição equivaleria a “artificializar os requisitos da relevância e urgência” que já haviam sido categoricamente afastados, em razão da revogação da medida provisória (valendo salientar que esse entendimento ensejou a primeira suspensão de uma medida provisória por falta dos pressupostos de relevância e urgência).

Retornando à análise dos impactos da EC nº 32/01, pode-se afirmar que seus principais efeitos foram os seguintes: de um lado, a ampliação do poder de agenda do Executivo sobre o Legislativo (capacidade de controlar os temas deliberados), em razão do trancamento da pauta do Congresso Nacional e, por outro lado, ao mesmo tempo, a ampliação da participação dos parlamentares na apreciação e aprovação das medidas provisórias. Como consequência, em lugar de um uso mais comedido, houve uma maior utilização das medidas provisórias após a EC nº 32/01 (MACHIAVELI, 2009).

Embora o jogo da aprovação das medidas provisórias possa sugerir uma relação conflitiva entre poderes, a melhor leitura indica que essa dinâmica, na verdade, instaurou um ciclo cooperativo, como aduz Cunha (2014). Isso porque, para evitar as obstruções parlamentares ou conflitos de outra ordem, o Poder Executivo tende a favorecer a maioria parlamentar permitindo emendas ao PLV, de maneira que as medidas provisórias funcionariam muito mais como um instrumento de coordenação da coalizão governamental do que propriamente como uma “imposição” legiferante do Presidente da República.

Nesse contexto, não haveria disputa de forças, mas sim o aprimoramento dos limites institucionais entre os Poderes e as medidas provisórias seriam um instrumento de equilíbrio entre os poderes. Já para Amorim Neto e Tafner (2002), por exemplo, o Congresso Nacional sempre adotou uma postura predominantemente passiva quanto às medidas provisórias, porque estrategicamente esse seria o caminho para escapar da responsabilização pelos atos normativos impopulares. Essas conclusões sobre a baixa conflitividade de fato são corroboradas por alguns elementos fáticos. Por exemplo: embora a EC nº 32/01 tenha previsto o juízo prévio de admissibilidade, na prática esse filtro de

rejeição preliminar das medidas provisórias não é muito utilizado. Somente por quatro vezes ocorreu a devolução de medidas provisórias<sup>12</sup>.

Além disso, a previsão da EC nº 32/01 quanto à instalação da Comissão Mista para dar parecer prévio nas medidas provisórias foi uma norma que “não pegou”

- 12 Sobre a constitucionalidade da devolução das medidas provisórias, confira-se Nascimento (2020). A primeira vez, mesmo antes da EC nº 32/01, ocorreu com a rejeição da MP nº 33/1989. A segunda vez ocorreu em 2008, quando o então Presidente do Senado Garibaldi Alves devolveu a MP nº 446/2008, que alterava as regras para concessão e renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS). Na época, o argumento usado foi o de que a MP continua dispositivos “inaceitáveis”. A terceira vez foi em 2015, quando o à época presidente do Senado, Renan Calheiros, informou ao Plenário que tinha decidido pela devolução da MP nº 669/2015, que reduzia o benefício fiscal de desoneração da folha de pagamento em 56 segmentos da atividade econômica. O Presidente Renan afirmou que a matéria poderia gerar instabilidade jurídica, além de não ser urgente. A quarta devolução se deu em 2020, tendo recaído sobre a MP nº 679/2020, que dispunha sobre a designação de dirigentes *pro tempore* para as instituições federais de ensino durante a pandemia. Das vezes em que ocorreu a devolução, a decisão foi tomada com base no art. 48, incisos II e XI, do Regimento Interno do Senado Federal, que afirmam que cabe ao presidente do Senado Federal “velar pelo respeito às prerrogativas do Senado e às prerrogativas dos Senadores” e “impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis ou a este Regimento”. A rigor, portanto, o expediente de devolução de medidas provisórias não conta com previsão expressa e gera polêmicas. Uma das principais indagações sobre a devolução diz respeito aos efeitos jurídicos desse ato sobre a eficácia da medida provisória devolvida. Em princípio, com sua edição, as medidas provisórias têm força de lei imediata, somente perdem a eficácia se não forem convertidas em lei no prazo de 120 dias (art. 62, § 3º, da CF) ou, eventualmente, se for declarada inconstitucional antes disso pelo STF. Na devolução de 2015, no entanto, simplesmente foi publicado um ato declaratório de perda de eficácia da medida provisória devolvida. Esse ato acabou sendo ignorado pelo Palácio do Planalto, que editou a MP nº 671/2015 para revogar a MP devolvida, e essa MP revogadora foi convertida na Lei nº 13.155/2015. Seja como for, o fato é que a Constituição, art. 62, § 5º, confere uma clara autorização para que as casas legislativas realizem um juízo prévio sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias. Claramente, portanto, caberia a devolução para as situações em que não restam cumpridos os requisitos de relevância e urgência ou quando a medida provisória viola o princípio da irrepetibilidade do art. 62, § 10, da CF. Em comum, tratam-se de hipóteses de vícios insanáveis pelo processo legislativo. No entanto, pergunta-se: a devolução se presta para rejeitar preliminarmente medidas provisórias cujo conteúdo materialmente inconstitucional poderia ser objeto de emendas parlamentares? A devolução da MP nº 679/2020 chama a atenção para esse ponto, já que uma das razões dada para a decisão de devolver alegou a violação à autonomia e gestão democrática das universidades, conforme do art. 207 da CF. Em tese, tais disposições normativas poderiam ser modificadas durante o processo de conversão da medida provisória em lei. No entanto, as alterações parlamentares não teriam efeito imediato. Assim, tendo em vista a possibilidade de uma medida provisória inconstitucional ter efeitos imediatos concretos e indesejados, a resposta à pergunta formulada é positiva, de forma a permitir o cabimento da devolução também diante de conteúdo descabido, por manifesta inconstitucionalidade material no juízo do Presidente do Congresso Nacional. A outra razão dada para a devolução da MP nº 679/2020 sustenta a ofensa à irrepetibilidade, em razão da MP nº 914/2019, cuja vigência se encerrou no último dia 1º de junho. No entanto, basta cotejar os textos para verificar que não há coincidência de objetos a atrair a referida vedação constitucional. Seja como for, no caso concreto, foi editada a MP nº 681/2020 revogando a MP nº 679/2020 devolvida, pondo fim à discussão, ao menos nesse caso.

por quase doze anos. Na prática, não era cumprida e, somente com o julgamento da ADI nº 4.029 (BRASIL, 2012), como será visto adiante, passou a funcionar.

Outro subterfúgio do Congresso Nacional, considerado efeito colateral da EC nº 32/01, foi a maior utilização das comissões em caráter conclusivo para a aprovação de projetos de lei (conforme as previsões dos regimentos internos) como forma de atalho para desviar a tramitação do plenário, já que este estava sempre congestionado. Com isso, aprovar um projeto de lei em uma comissão se tornou uma via mais rápida que o próprio pedido de urgência constitucional (que afeta as proposições ao plenário). Se antes a tramitação nas comissões era pouco atrativa, passou a ser um recurso importante, tanto para os parlamentares, como para o próprio governo, conseguirem avançar determinados projetos.

O constante trancamento da pauta acarretado pela EC nº 32/01 também acabou conduzindo a outra reação do Congresso Nacional, sob a forma de interpretação jurídica, que ficou conhecida por “Doutrina Temer”, analisada na sequência.

### **4.3 A partir da Doutrina Temer até 2012**

Em 2009, o então Deputado Federal Régis de Oliveira, formulou a seguinte questão de ordem: Quais são as matérias abrangidas pela expressão “deliberações legislativas” para os fins de sobrestamento da pauta por medida provisória nos termos da Constituição? (Questão de Ordem nº 411, de 2009). Em seu questionamento, defendeu a tese de que o art. 62, § 6º, da CF/88, não contemplaria as resoluções, por cuidarem de matéria administrativa.

Na resposta dada pelo então Deputado Federal Michel Temer, Presidente da Câmara dos Deputados, fixou-se a interpretação no sentido de que, em sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados. Com isso, não estariam sujeitos às regras de sobrestamento: 1) as propostas de emenda à Constituição; 2) os projetos de lei complementar; 3) os decretos legislativos; 4) as resoluções; 5) os projetos de lei ordinária sobre as matérias elencadas no art. 62, inciso I, da Constituição. Além disso, entendeu-se que as medidas provisórias continuariam sobrestando apenas as sessões deliberativas ordinárias, mas não as sessões extraordinárias.

Como analisado com detalhes em Nascimento (no prelo), a decisão do presidente Michel Temer se baseou em três ordens de argumentos: político (acabar com a “paralisia legislativa” acarretada pelo trancamento da pauta); jurídico (interpretação restritiva ao excepcional poder legislativo do Presidente da República); e, sistêmico (necessidade de interpretar a regra sobre o sobrestamento em conjunto com os outros dispositivos do texto constitucional). Este último argumento avança para estabelecer que a Constituição previu a igualdade entre os poderes, de maneira que um deles não pode ter atuação política e juridicamente superior à de outro, com o direito de controlar totalmente a sua pauta.

Com isso, em função da Doutrina Temer, pouco a pouco, a pauta foi sendo aberta, e logo o Senado Federal também entendeu que o trancamento tampouco alcançava a aprovação de autoridades (art. 52, incisos III e IV, da CF/88), nem impedia o Congresso Nacional de apreciar as concessões de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223 da CF/88), já que se trata de mera fiscalização de ato do Poder Executivo. Além disso, fixou o entendimento de que o sobrestamento da pauta por outra urgência constitucional (art. 64, § 2º, da CF/88) não obsta a votação das medidas provisórias.

A interpretação em comento foi imediatamente contestada junto ao STF no MS nº 27.931. O pedido liminar, entretanto, foi indeferido, mantendo-se a validade da interpretação fixada e, posteriormente, a segurança foi denegada, chancelando-se a constitucionalidade da interpretação adotada no Congresso Nacional. Na leitura feita pela corte, o entendimento do Poder Legislativo era legítimo e necessário para “desafogar a pauta” e para que pudesse exercer sua competência primária de aprovação das leis.

Ao mesmo tempo em que representava verdadeira mutação constitucional do art. 62, § 6º, a decisão resultou em claro comportamento estratégico do Poder Legislativo, consequência ensejada pela EC nº 32/01, contornando o problema por ela criado e não antecipado por ocasião de sua aprovação. A nova dinâmica impingiu novo ritmo aos trabalhos legislativos na conversão das medidas provisórias em lei, até o advento de outra decisão do STF, analisada na sequência, que alterou radicalmente a praxe que vinha sendo adotada.

## 4.4 A partir da ADI n. 4029 até 2015

Tinha-se comentado que uma das normas da EC nº 32/01 que não tinha de fato emplacado foi a previsão do art. 62, § 9º, pelo qual cabe à Comissão Mista de deputados e senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer prévio. Na prática, com frequência, a comissão mista não era instalada e seus membros sequer eram designados, cabendo ao relator designado a obrigação de emitir o parecer substitutivo à Comissão Mista já em plenário. Já se havia criado um costume constitucional *contra legem* no descumprimento do art. 62, § 9º, da CF/88.

Por ocasião da decisão tomada na ADI nº 4.029 (BRASIL, 2012), no entanto, o STF fixou a inconstitucionalidade da supressão da Comissão Mista, afirmando que a emissão do parecer prévio por esse colegiado fracionado de deputados e senadores, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das casas do Congresso Nacional configura fase de observância obrigatória no processo constitucional de conversão dessa espécie normativa em lei ordinária.

Na decisão, houve a declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional<sup>13</sup>. Entendeu-se que não existia possibilidade de substituição da vontade colegiada (da Comissão Mista) pela manifestação unipessoal do relator.

Esse julgamento trouxe importantes consequências para a dinâmica de aprovação das medidas provisórias, porque, na prática, a efetiva instituição das comissões mistas implicou na inserção de mais um *veto-player* — que,

---

13 Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º. (...)

Art. 6º A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso o prazo até a sessão ordinária seguinte”

embora já existisse, não funcionava na prática —, aumentando os custos de aprovação das medidas provisórias, e inflacionando a barganha política no jogo das medidas provisórias.

Se imediatamente após o julgamento da ADI nº 4.029, o Congresso Nacional ganhou maior peso no processo decisório, logo depois outra decisão viria a reequilibrar as forças, reduzindo um pouco o papel do Poder Legislativo, ao impedir outro “costume” que se havia formado: a inserção de emendas ao projeto de lei de conversão sem qualquer pertinência temática com a medida provisória originalmente editada. É o capítulo inaugurado na seção seguinte.

#### **4.5 A partir da ADI nº 5127 (Fim dos Jabutis)**

Na ADI nº 5127 (BRASIL, 2016), a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) impugnou o art. 76 da Lei nº 12.249/2010, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 9.295/1946, que criara o Conselho Federal de Contabilidade e disciplinou a profissão de contador. Entre outros argumentos<sup>14</sup>, a CNPL alegou que o dispositivo questionado foi inserido na Medida Provisória nº 472, de 2009, de forma imprópria, pois não tinha qualquer correlação com a matéria do referido ato normativo, cuja temática original era a instituição de uma série de regimes especiais de incentivos para o desenvolvimento (ou seja, concessão de benefícios fiscais).

Segundo a confederação, a inclusão pelo Congresso Nacional de matéria estranha ao escopo original da proposta feria o princípio constitucional da separação dos poderes, pois configuraria usurpação da atribuição exclusiva da presidência da República de propor medidas provisórias. Ainda de acordo com a CNPL, não era a primeira vez que objetos completamente diversos ao tema legislado embarcavam clandestinamente em PLVs, com fins desconhecidos.

---

14 Segundo a CNPL, a norma mais recente tinha extinguido de forma inconstitucional a profissão de técnico em contabilidade ao exigir que as profissões regulamentadas pela lei somente poderiam ser exercidas por bacharéis em Ciências Contábeis aprovados em exame específico e registrados no Conselho Regional de Contabilidade. A confederação observou que o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, respeitadas as exigências legais, é uma garantia prevista no art. 5º, inciso XIII, da CF/88. Mas segundo a petição inicial da ADI, uma alteração neste sentido só poderia ser feita por lei específica, e não por meio de lei de conversão de medida provisória.

De fato, o chamado “contrabando legislativo” (ou inserção de “jabutis”<sup>15</sup>) se trata de tática parlamentar voltada para inserir normas que pegam carona na tramitação abreviada das medidas provisórias. E, realmente, com frequência essas emendas não atendiam à exigência de pertinência temática prevista no art. 4º, § 4º, da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, que dispõe sobre o rito de apreciação das medidas provisórias.

Por ocasião do julgamento da ADI nº 5.127, o STF entendeu que a prática da inserção de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, viola a CF/88, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e LIV, CF/88).

A decisão — ao exigir o requisito da pertinência temática para a apresentação de emendas — impôs um constrangimento institucional até então inexistente nos usos e costumes parlamentares, que supostamente limitaria a barganha parlamentar. Criou-se, então, uma expectativa de impacto negativo no poder de emendamento, uma tendência de “fechar a janela de oportunidade” dos PLVs.

Como constatou Van Der Laan (2018), no novo contexto de fato houve uma menor quantidade de emendas dispendo sobre matérias “totalmente estranhas”, mas seguiram sendo apresentadas emendas “conexas” com as matérias veiculadas nas medidas provisórias. Esse diagnóstico reforça a importância de que sejam reforçados outros mecanismos de controle do comportamento parlamentar, já que os próprios congressistas tendem a rapidamente contornar as proibições que forem surgindo na forma de obstáculos e limites na apreciação das medidas provisórias.

Alguns dos desafios dessa dinâmica decorrem dos conflitos entre as próprias casas legislativas sobre a exclusão dos “jabutis”, na linha do explicado por Nascimento (2020b). Existem dúvidas sobre a natureza da supressão desses vícios de inconstitucionalidade, sobretudo quando partem da casa revisora — isto é, se resta saber se tal eliminação de “jabutis” tem natureza de emenda e, portanto, se determinaria o retorno do PLV à casa iniciadora, conforme o art.

---

15 Em referência ao adágio popular segundo o qual “jabuti não sobe em árvore, se ele está lá, ou foi enchente ou mão de gente”, para fazer alusão ao fato de que, por trás de situações inusitadas, por vezes, há alguém que atuou de propósito.

65, parágrafo único, da Constituição<sup>16</sup> — ou se deveriam receber o mesmo tratamento das emendas de redação, conforme o que restou decidido na ADC n. 3.

Seguindo essa tendência, convém abrir o último capítulo sobre a temática.

## **4.6 A partir da promulgação da PEC nº 91, de 2019**

A despeito de terem sido aprovadas pelas duas casas do Congresso Nacional desde o dia 12 de junho de 2019 até a data em que se escreve este trabalho não foram promulgadas as novas regras da PEC nº 91, de 2019, que altera o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional. Há um impasse ocasionado por uma emenda de redação introduzida pelo Senado Federal, e essa tem sido a razão apresentada para a não promulgação até agora. Mesmo assim, é possível analisar os possíveis impactos decorrentes da entrada em vigor da nova sistemática já aprovada, sobretudo nos custos de aprovação das medidas provisórias. Ao que parece, a reforma foi desenhada em favor dos interesses dos parlamentares, dado que incrementa o poder e a capacidade de influência deles no rito.

A primeira mudança importante nas regras atuais (que estavam em vigor desde a EC nº 32, de 2001) diz respeito à definição de prazos específicos para cada fase de tramitação das medidas provisórias. Como visto, até agora a Constituição estabelecia apenas os seguintes prazos: a) 60 dias de vigência, prorrogáveis por mais 60 dias (automaticamente); e b) trancamento da pauta no 45º dia da edição da medida provisória<sup>17</sup>.

16 Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

17 A Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, fixou alguns outros prazos, destacando-se o art. 5º, que fixou o prazo improrrogável de 14 dias, contados da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, para a Comissão Mista de Deputados e Senadores constituída para apreciar a medida provisória emitir seu parecer, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o atendimento da exigência de motivação do ato (art. 2º, § 1º). Por seu turno, o art. 6º da Resolução nº 1, de 2002, estabeleceu que a Câmara dos Deputados teria até o 28º dia de vigência da medida provisória, contado da publicação no diário oficial, para examinar a medida provisória. Já o art. 7º estabeleceu que o Senado Federal teria até o 42º dia, também contado da publicação. Existe a previsão de que, desrespeitado o prazo do art. 6º, o Senado Federal pode iniciar as discussões sobre a medida provisória, esperando para votá-la somente após finalizada a deliberação na Câmara dos Deputados. No entanto, como já comentado, o fato é que vinha sendo

De acordo com as novas regras estabelecidas na PEC nº 91, de 2019, a Comissão Mista terá 40 dias para apreciar a medida provisória, após os quais a Câmara dos Deputados terá 40 dias para aprovar, e, depois, o Senado Federal terá 30 dias para aprovar, todos os prazos contados a partir do segundo dia útil seguinte, respectivamente: à edição da medida provisória, no caso da Comissão Mista; ao recebimento do parecer da Comissão Mista, no caso da Câmara dos Deputados; e à aprovação pela Câmara dos Deputados, no caso do Senado Federal.

Essa nova redação que será dada ao art. 62, §§ 3º e 9º<sup>18</sup>, da Constituição estabelece que o descumprimento de quaisquer desses prazos implicará na perda de eficácia das medidas provisórias, desde a edição, isto é, sob pena de sua caducidade (ou rejeição tácita). Na prática, a medida aumenta os custos de aprovação das medidas provisórias, constitucionalizando o poder de veto dessas três as instâncias de negociação do Poder Legislativo com o Presidente da República. Embora parte dessa dinâmica já fosse consequência do julgamento da ADI nº 4.029, o descumprimento dos prazos não acarretava as consequências gravosas à luz da PEC nº 91, de 2019.

A segunda novidade são os novos prazos para o trancamento da pauta, conforme a nova redação dada ao art. 62, § 6º, que também incorporou à Constituição a mencionada “Doutrina Temer”. O sobrestamento das demais deliberações, que iniciava no 45º dia da publicação da medida provisória, pas-

---

baixíssima a eficácia desses prazos estabelecidos na Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, e tradicionalmente a maior parte do tempo da tramitação é consumida na Câmara dos Deputados, sobrando pouco prazo para o Senado Federal apreciar propriamente as medidas provisórias. A rotina é que as medidas provisórias cheguem ao Senado às vésperas de acabar o prazo.

18 Eis o teor dos dispositivos citados:

“Art. 62. (...) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 deste artigo, perderão eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes, se não forem:

I - aprovadas pela Câmara dos Deputados no prazo de quarenta dias, contado do decurso do prazo previsto no § 9º ou do segundo dia útil seguinte ao recebimento do parecer da comissão mista;

II - contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pela Câmara dos Deputados;”

*III - apreciadas pela Câmara dos Deputados eventuais emendas do Senado Federal à medida provisória ou ao projeto de lei de conversão, no prazo de dez dias, contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pelo Senado Federal. (...)*

*§ 9º As medidas provisórias serão apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional após a emissão de parecer indispensável por comissão mista de Deputados e Senadores, que deverá ser proferido no prazo de quarenta dias, contado do segundo dia útil seguinte à sua edição.”*

sará a ocorrer a partir do 30º do prazo da Câmara dos Deputados; a partir do 20º dia do prazo do Senado Federal; e durante os 10 dias estabelecidos para que a Câmara dos Deputados aprecie as emendas eventualmente realizadas pelo Senado Federal. Esclareceu-se textualmente que o trancamento não afeta as deliberações legislativas que tenham prazo constitucional determinado e as proposições que veiculem matéria vedada à disciplina via medida provisória.

A terceira novidade consiste na proibição das emendas “jabutis”, que, como já visto, não é bem uma modificação do que vinha sendo feito, desde a decisão do STF na ADI nº 5027. O requisito da pertinência temática estava estabelecido no art. 4º, § 4º, da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, agora foi expressamente inserido no que será o art. 62, § 13, com a seguinte redação: “a medida provisória e o projeto de lei de conversão não conterão matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. Como se vê, a relativa vagueza desses conceitos continuará permitindo brechas para o comportamento estratégico.

A pergunta que fica, então, é: haverá alguma mudança de atitude quanto às negociações políticas? A teoria da escolha pública sugeriria que não. Alterações na legislação dificilmente provocam mudanças que dependem da dinâmica prática das instituições. As instituições são formadas por pessoas, com valores, vontades, interesses e preferências que orientam seus comportamentos. É falsa a noção de que reformas no desenho do processo legislativo podem resolver os problemas das relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo como em um passe de mágica. Somente quando os membros das organizações mudam, sim, há mais chances de as ações mudarem.

## **5. Conclusões**

Neste trabalho foram apresentados os principais contornos da análise econômica do processo legislativo, reunidas sob o rótulo de teoria da escolha pública, cujo principal propósito é examinar o processo de tomada de decisões fora dos mercados, no âmbito das instituições políticas. Como foi possível perceber, a principal utilidade da teoria da decisão pública reside na chamada de atenção quanto ao fato de que que “o Estado” (assim como “o mercado”) não pode resolver todos os problemas sociais, dado que ambos são instituições imperfeitas, que respondem a determinados incentivos e dentro das quais operam, ao fim e

ao cabo, indivíduos, que são os mesmos, seja onde estejam, e atuam de forma a maximizar também as suas próprias utilidades. Assim, uma falha do mercado seria uma condição necessária, mas não suficiente, para a atuação estatal.

Nesse sentido, uma das principais contribuições da teoria da escolha pública consiste na chamada de atenção para o fato de que a qualidade das decisões governamentais depende, em grande medida, dos procedimentos e instituições envolvidas no processo político, assim como dos incentivos, pretendidos ou não, que existem nesse percurso. Isso conduz a outro importante achado: em numerosas ocasiões, as “falhas do governo” se devem às disfuncionalidades das próprias instituições políticas para levar a cabo certas tarefas coletivas (que envolvam a coordenação). E, em paralelo, existem ainda as falhas democráticas, inerentes ao sistema de governo, que permitem afirmar que são ilusórias tanto a crença na própria existência de um interesse que se possa chamar público, quanto a esperança de que os sistemas de votação possam refletir as verdadeiras opções do eleitorado.

Outra das constatações mais relevantes da aproximação econômica ao comportamento do governo na persecução de objetivos políticos é a seguinte: se a opção para levar a cabo uma determinada distribuição (economicamente eficiente) de recursos implicar a perda de votos (pelo partido político que está no poder ou pelos legisladores), possivelmente esse curso de ação não se concretizará. Se o projeto de lei vai adiante, a previsão que se pode fazer é a de que a proposição será emendada para evitar esse efeito indesejado. Consequentemente, é bastante provável que tal modificação resulte em uma distribuição menos eficiente dos recursos. Esse raciocínio é relevantíssimo para as previsões econômicas sobre o processo legislativo.

Especificamente quanto à análise econômica do processo legislativo brasileiro, notadamente o procedimento de edição e conversão das medidas provisórias em lei, foi possível observar que, da forma como estão estruturadas as regras, instituiu-se uma dinâmica decisória que, em lugar de captar de modo eficiente as preferências dos cidadãos eleitores, serve muito mais como estrutura para promover os interesses pessoais dos agentes nele envolvidos, aumentando as chances de reeleição dos legisladores e do partido político do atual governo.

Isso se deve ao principal problema detectado no desenho institucional do procedimento legislativo brasileiro: o incentivo dado para que os agentes

nele envolvidos se fixem somente no curto prazo. O principal instrumento de que o Presidente da República lança mão (as medidas provisórias) é voltado apenas para o atendimento de situações relevantes e urgentes. Com isso, o planejamento de longo prazo é raro e acaba passando longe da realidade política brasileira. Essa característica de “curtoprazismo” da intervenção legislativa via Congresso Nacional é um dos pontos importantes na análise que se deve fazer para saber se o Estado é a melhor alternativa que o mercado para a (re) distribuição de determinados recursos. No processo legislativo brasileiro, há uma clara carência de incentivo para a atuação de forma mais eficiente e com vistas à obtenção de benefícios duradouros no longo prazo.

Como foi possível perceber, no processo de conversão das medidas provisórias em lei, há um número elevado de *veto-players*, com alto poder de barganha, o que tende a se agravar com a iminente promulgação da PEC nº 91, de 2019. Como consequência dessa arquitetura institucional, o Presidente da República tende a ver-se em uma posição de refém, tendo que pagar um alto preço em troca do apoio parlamentar para a aprovação de medidas provisórias, sobretudo as mais importantes. Em geral, o pagamento se dá na forma de clientelismo e fisiologismo, entre cujas práticas a execução das emendas individuais dos parlamentares ao orçamento e a distribuição de cargos tradicionalmente vinham sendo os principais mecanismos de negociação. Viu-se, ainda, que nem mesmo as crescentes dificuldades de aprovação retiram o estímulo para a edição das medidas provisórias.

Nesse processo, restou evidenciado que a decisão do Congresso Nacional não é entre manter o *status quo* ou adotar uma nova regulação, mas entre manter as alterações já trazidas pela medida provisória editada ou regressar à situação anterior, depois de a medida provisória já ter vigorado por um determinado tempo. Com isso, a rejeição de um projeto de lei de conversão tende a implicar um ganho nulo para os parlamentares (ou seja, na verdade não há ganho algum). Só de forma excepcional, a rejeição das medidas provisórias traz vantagens aos parlamentares (quando os assuntos nelas veiculados são impopulares).

Como as medidas provisórias têm um impacto imediato, inclusive na popularidade do presidente, a percepção dessa opinião pública influencia o comportamento dos membros do Congresso Nacional, que tendem a olhar com atenção esses números (sobre a aprovação do governo) como forma de barganhar o emendamento e a aprovação da medida provisória. Tendo esse

efeito “balão de ensaio”, os eventuais impactos negativos de uma medida provisória impopular recaem mais sobre o próprio Presidente da República do que sobre os congressistas. Nessas situações, a não aprovação das medidas tem mais chances de ocorrer, atendendo aos indicadores de popularidade.

Ao mesmo tempo, a dinâmica legislativa brasileira deixa a cargo dos políticos a tomada de diversas decisões, a despeito dos déficits de capacidade institucional (é o Poder Executivo quem reúne o maior número de informações) para a avaliação de alternativas, o que se agrava em épocas de crise e de recursos escassos. O cenário deixa entrever tanto uma relação de agência entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo quanto uma assimetria de informações entre ambos. Para completar, o processo de elaboração das leis costuma ignorar a “indirigibilidade” dos corpos burocráticos, partindo erroneamente da neutralidade dos agentes que estarão envolvidos na implementação das políticas aprovadas.

A partir de tudo o que foi exposto ao longo do trabalho, demonstrou-se que a teoria da escolha pública proporciona o instrumental valioso para análises mais realistas e sofisticadas sobre o processo legislativo brasileiro, mostrando como interagem os interesses dos diversos participantes e as estruturas organizativas (o desenho institucional). A teoria da escolha pública revela que a opção entre o mercado e o setor público é uma opção entre dois mecanismos imperfeitos. Viu-se, ainda, que a adequada compreensão econômica da política, além de detectar os defeitos da dinâmica decisória, permite sugerir aperfeiçoamentos às instituições governamentais. Nesse ponto, a teoria da escolha pública ainda tem muito o que aportar a esses estudos no país.

Permanece em aberto, por exemplo, um dos principais desafios teóricos, qual seja, o de encontrar o desenho ótimo do procedimento de elaboração legislativa para o Brasil, isto é, quais arranjos institucionais trarão os melhores incentivos e efeitos na coordenação da ação dos agentes envolvidos, tendo como resultado uma possibilidade de criação e distribuição das riquezas mais eficiente e representativa das preferências dos eleitores. As reflexões existentes sobre a arquitetura constitucional legislativa ideal ficarão para os próximos trabalhos.

## Referências

AKERLOF, G. A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, 1970, pp. 488-500.

AMORIM NETO, O.; TAFNER, P. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. **Dados**, v. 45, n.1, 2002, pp. 5-38.

ARROW, K. J. **Elección social y valores individuales**. Barcelona: Planeta-Agostini, 1994.

BEDRITCHUK, R. **Medida provisória, uma moeda inflacionada**: A inclusão das comissões no rito de tramitação das medidas provisórias e o aumento dos custos de aprovação. Monografia (Pós-Graduação em Ciência Política) – Instituto Legislativo Brasileiro – ILB, Senado Federal, 2015.

BLACK, D. On the rationale of group decision-making. **Journal of Political Economy**, v. 56, n. 1, 1948a, pp. 23-34.

\_\_\_\_\_. The decisions of a committee using a special majority. **Econometrica**, v. 16, n. 3, 1948b, pp. 245-261.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 293-MC**. Plenário. Relator: Ministro Celso De Mello. Sessão de 06/06/1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, 16 abr. 1993a.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 221-MC**. Plenário. Relator: Ministro Moreira Alves. Sessão de 29/03/1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 out. 1993b.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.849.** Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 1º/09/1999. Diário de Justiça, Brasília, DF, 03 mar. 1999a.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.849.** Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 06/03/1999. Diário de Justiça, Brasília, DF, 13 ago. 1999b.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.984-MC.** Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Sessão de 04/09/2003. Diário de Justiça, Brasília, DF, 14 mai. 2004.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.964-MC.** Plenário. Relator: Ministro Carlos Britto. Sessão de 12/12/2007. Diário de Justiça, Brasília, DF, 11 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029.** Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão de 08/03/2012. Diário de Justiça, Brasília, DF, 27 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.127.** Plenário. Relatora: Ministra Rosa Weber. Sessão de 15/10/2015. Diário de Justiça, Brasília, DF, 10 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 254.818.** Plenário. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Sessão de 08/11/2000. Diário de Justiça, Brasília, DF, 19 dez. 2002.

BUCHANAN, J. M. Política sin romanticismos. Esbozo de una teoría positiva de la elección pública y de sus implicaciones normativas. In: BUCHANAN, J. M.; MACCORMICK, R. E.; TOLLISON, R. D. **El análisis económico de lo político. Lecturas sobre la teoría de la elección pública.** Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984, pp. 105-135.

BUCHANAN, J. M; TULLOCK, G. **El cálculo del consenso**. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.

CUNHA, L. **O emendamento das medidas provisórias no Brasil**. Curitiba: CRV, 2014.

DOWNS, A. Teoría económica de la acción política. *In*: VVAA. **Diez textos básicos de Ciencia Política**. Barcelona: Ariel, 2014, pp. 93-111.

EHRLICH, I.; POSNER, R A. An economic analysis of legal rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, jan. 1974, pp. 257-286.

FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

GIANTURCO, A. **A Ciência da Política**. São Paulo: Método, 2018.

LOPEZ, F.; GUEDES, E. **Três décadas de evolução do funcionalismo público no brasil (1986 - 2017): Atlas do estado brasileiro**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, dez. 2019. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasestado/download/154/tres-decadas-de-funcionalismo-brasileiro-1986-2017>. Acesso em: 28 fev. 2020.

MACHIAVELI, F. **Medidas provisórias: Os efeitos não antecipados da EC 32 nas relações entre executivo e legislativo**. 2009. 150f. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MCCHESNEY, F. S. Rent extraction and rent creation in the economic theory of regulation. **The Journal of Legal Studies**, v. 16, n. 1, 1987, pp. 101-118.

NASCIMENTO, R. S. Sobre a constitucionalidade da ‘devolução’ de medidas provisórias. **Jota**, 29/06/2020 (2020a).

\_\_\_\_\_. A emenda ‘supressiva de jabutis’ e o devido processo legislativo. **Conjur**, 06/07/2020 (2020b).

\_\_\_\_\_. “Quando calar é melhor que falar”. Treze táticas parlamentares para aprovação das leis. (No prelo).

OCDE Brasil. **Relatórios Econômicos**. Fevereiro, 2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/retrato-economico-do-brasil/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

OLSON, M. **A lógica da ação coletiva. Os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. São Paulo: Edusp, 2015.

PEREIRA, C.; MUELLER, B. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. **Dados**, v. 45, n. 2, 2002, pp. 265-301.

PEREIRA, P. T. **O prisioneiro, o amante e as sereias: instituições económicas, políticas e democracia**. Lisboa: Almedina, 2008.

PERLMAN, M. Política de partido y burocracia em la política económica. *In*: TULLOCK, G. **Los motivos del voto (ensayo de economía política)**. Madrid: Espasa-Calpe, 1979, pp. 91-123.

PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. *In*: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, pp. 25-50.

POSNER, R. Theories of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, 1974, pp. 335-358.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSE-ACKERMAN, S. Law & economics: paradigma, política o filosofia. **Revista Derecho y Humanidades**, n. 10, 2004, pp. 47-69.

STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971, pp. 3-21.

STRATHERN, P. **Uma breve história da economia**. São Paulo: Zahar, 2003.

TULLOCK, G. **Los motivos del voto (ensayo de economía política)**. Madrid: Espasa-Calpe, 1979.

WICKSELL, K. A new principle of just taxation. *In*: MUSGRAVE, R. A., PEACKOCK, A. T. (Eds.). **Classics in the Theory of Public Finance**. London: MacMillan, 1958, pp. 72-118.



## Capítulo 14. *Escolhas e serviços públicos: uma análise do Direito e da Economia*

Rodrigo Kanayama

### 1. Introdução

A microeconomia estuda o comportamento econômico dos indivíduos, como o consumidor, sujeito racional que promove escolhas entre alternativas disponíveis. Os indivíduos fazem suas escolhas ponderando custos e benefícios de cada alternativa. No mercado, as escolhas são — normalmente — livres de acordo com os bens disponíveis e a escassez de recursos.

Nas relações com o Estado, os indivíduos nem sempre possuem alternativas possíveis. Não são os usuários dos serviços públicos que escolhem os bens e serviços ou a forma como serão prestados. As escolhas são promovidas por agentes públicos eleitos pelos indivíduos usuários dos serviços<sup>1</sup>.

Não obstante a responsabilidade, os agentes eleitos não se tornam altruístas ao se elegerem. Ocupar um cargo público não transforma a pessoa que o ocupa. Prosseguirá carregando suas idiossincrasias e suas decisões serão baseadas na satisfação do seu autointeresse. Essa constatação leva a questionamentos de pilares estabelecidos do direito público, como, por exemplo, a adoção do interesse público como argumento decisório.

Ainda que se reconheça o *modus operandi* dos agentes eleitos, é possível a prestação de serviços públicos que atendam aos anseios da sociedade. Deve-se *conhecer* os usuários dos serviços para que se proporcione ambiente de escolhas, diante da possibilidade de proporcionar escolhas que os atendam eficientemente e, como consequência, trazer maiores benefícios para os próprios agentes públicos eleitos. Reconhecer a forma de agir dos agentes públicos é um passo importante para a prestação de serviços eficiente.

---

1 Pode-se afirmar que, atualmente, há participação popular na arquitetura do orçamento e das políticas públicas. Contudo, a participação não é decisiva na definição da atuação do Estado. Vale, aqui, salientar que muitas das decisões públicas são realizadas por agentes não eleitos, que possuem outros interesses (*payoffs*) além do voto.

O ponto central deste artigo é avaliar as diferenças entre o público e o privado e definir quem é o agente responsável por fazer as escolhas. No âmbito público, a quem cabe decidir serviços públicos e qual sua motivação? Trata-se de assunto pouco tratado pela doutrina jurídica, embora bastante estudado na economia e na ciência política.

Desta feita, após essa breve introdução, analisar-se-á a seguinte hipótese que levantamos neste trabalho: os agentes públicos eleitos reagem a incentivos da mesma forma que pessoas privadas e são, igualmente, autointeressados?

## 2. Direito e economia

A economia e o direito não são antagônicos e interagem perfeitamente (PORTO, 2019, p. 26; SALAMA, 2017)<sup>2</sup>. O preconceito existente contra a interação é resultado de compreensão de que o direito não pode se valer de categorias econômicas na apreciação de normas jurídicas ou do comportamento dos agentes. O direito (ou, especificamente, a doutrina do direito) sempre se valeu de opiniões (a *doutrina*) que, repetidas à exaustão, tornaram-se verdades, sem análise científica que pode ser realizada mediante adoção da economia<sup>3</sup>.

A utilização do método da economia para compreensão do direito concede-lhe cientificidade necessária para determinar consequências à criação e aplicação das normas jurídicas. Abandonam-se as meras opiniões e trazemos fatos concretos para o mundo jurídico. Conceitos sobre maximização da riqueza (levantada e parcialmente abandonada por Richard Posner, em prol da visão pragmática) (POSNER, 2010, p. 97; DWORKIN, 1980; SALAMA, 2012) e eficiência tornam-se importantes para a análise do direito.

---

2 Antônio José Maristrello Porto afirma que o “direito e a economia podem interagir de duas formas: (i) a interação dialógica complementar entre as ciências; e (ii) utilizando-se a economia como método de investigação aplicado ao problema” (PORTO, 2019, p. 26). Porto prossegue afirmando que na primeira interação não há hierarquia e se busca a complementaridade entre as ciências (uma depende da outra); na segunda, aplicam-se os métodos econômicos para compreender o ordenamento jurídico. Sobre o tema, conferir Bruno Meyerhof Salama, que afirma: “Partindo dessa perspectiva, e discutindo especificamente a recepção da AED no Brasil, Mariana Pargendler e Bruno Salama formularam a hipótese de que no contexto do Estado de Bem-Estar Social a aplicação do direito cada vez mais exija não apenas a averiguação de fatos pretéritos para determinar a incidência do suporte fático de regras, mas também juízos probabilísticos sobre fatos futuros a fim de concretizar os fins jurídicos consubstanciados em princípios de direito”. (SALAMA, 2017).

3 Márcia Carla Pereira Ribeiro analisa a cientificidade do direito e da economia. (cf. RIBEIRO, 2014).

Há dissociação significativa entre o ser e o dever-ser no direito. O direito, em essência, é dever-ser, é prescritivo, normativo. Falha quando, a pretexto de prescrever, ignora a realidade no seu entorno. As normas, de fato, não alteram, por si só, comportamentos arraigados dos indivíduos.

Nesse contexto, o direito tem dificuldade de lidar com a escassez. O dever-ser pouco considera que recursos são escassos e, por essa razão, escolhas serão inexoráveis. O direito não sabe lidar com o comportamento dos agentes públicos, sempre os vendo como altruístas e que não visam a maximização de utilidade, respondendo a incentivos que pautam comportamentos.

### 3. Pressupostos

Antes de adentrarmos à análise da hipótese, deve-se apreciar os pressupostos ao prosseguimento do estudo. Observe-se que se o objeto do artigo é a escolha de serviços públicos que serão oferecidos à população pelos agentes eleitos. Devemos, como primeiro pressuposto, definir serviços públicos.

A prestação de serviços públicos integra capítulo tradicional do estudo do direito administrativo (cf. KANAYAMA, 2005; ARAGÃO, 2007, p. 75; GROTTI, 2003). Neste ramo do direito, estuda-se, entre outros conteúdos, como a administração pública satisfaz necessidades públicas mediante oferecimento de serviços e bens ao público em geral. Pode, realizando a prestação, equalizar desigualdades sociais e promover melhores condições de vida.

Necessidades devem ser satisfeitas por prestação de serviços e bens (não obstante nem toda necessidade possa ser satisfeita por essa forma de prestação). Cada indivíduo é capaz de ordenar suas preferências, avaliando, com fundamento em informações disponíveis, custos e benefícios entre alternativas possíveis.

Ainda que a prestação de serviços públicos possua alguns pontos de contato com serviços prestados por pessoas privadas, as diferenças saltam aos olhos (cf. PEREIRA, 2008, p. 55). É claro que, como fim último, ambas as esferas, pública e privada, prestam serviços para satisfazer seus usuários ou consumidores, mas as semelhanças terminam nesse ponto.

Adotaremos o termo *serviço público* como qualquer ação que vise satisfazer necessidades (pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços). Não nos ateremos à discussão sobre o conceito (tradicional) de serviço público e

não discutiremos a existência de crise do conceito de serviço público. Para este artigo, buscar-se-á diferenciar serviços públicos dos privados, determinando-se como se realizam escolhas governamentais de serviços públicos sob o viés da relação direito e economia.

#### **4. Serviços públicos e serviços privados**

Demonstraremos neste artigo a necessidade de se conhecer o usuário do serviço público para melhor prestá-lo, de forma semelhante ao que ocorre nos serviços privados, pois a prestação eficiente e que satisfaça necessidades proporcionará benefícios sociais e aos próprios agentes eleitos (quem realiza as escolhas).

Entretanto, os serviços e bens oferecidos ao consumidor em uma relação de direito privado pouco se comparam aos oferecidos ao usuário de serviços públicos. O cerne das diversidades entre um e outro é a escolha (ou como ela ocorre), embora existam várias outras diferenças (e poucas similitudes). Exporremos as seguintes diferenças: (a) o fim; (b) o custeio; (c) a escolha.

**(a) Sobre o fim:** o serviço público visa a satisfação das necessidades públicas, ou seja, dispõe de bens públicos para alcançar este intento. Entendemos por bens públicos os que atendem, de forma não rival e não excludente (PORTO, 2019, p. 41), todos os usuários que necessitem desses serviços. Podem utilizá-los concomitantemente (o uso por um não rivaliza com o uso de outro) e é acessível a todos (não há exclusão diante da cobrança de um preço ou taxa). Como exemplo, citemos a segurança pública ou a iluminação pública.

O serviço público poderá satisfazer necessidades públicas e, eventualmente, necessidades privadas, quando houver necessidades públicas envolvidas (cf. BREUS, 2005). É o caso da coleta de lixo, que atende às necessidades privadas (a salubridade da residência de determinada pessoa) e às públicas (a saúde em geral). Nesse caso, poderá haver cobrança de taxa ou preço, pois haverá benefícios individuais e que não deverão ser suportados por toda a sociedade, mas pelo indivíduo.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Trata-se de decisão política a cobrança ou não de um preço ou taxa em grande parte dos serviços a ser prestados pelo Estado. Pode-se alegar que a educação superior proporciona maiores benefícios individuais a sociais (embora existam visões opostas). Nesse caso, seria defensável a cobrança de um preço, mas, no Brasil, uma escolha política desonerou os usuários ao pagamento.

Adotaremos, neste artigo, a satisfação de necessidades públicas como característica própria dos serviços públicos, mesmo que, simultaneamente, sejam satisfeitas necessidades privadas.

Salienta-se que a doutrina jurídica mais moderna diverge sobre a noção de serviço público. Os serviços *uti universi* vem sendo afastados da teoria do serviço público (ALESSI, 1978, p. 470; PEREIRA, 2008, p. 24; ARAGÃO, 2007, p. 155), permanecendo o estudo apenas sobre os serviços *uti singuli*. Justifica-se a separação e opção por manter a teoria apenas sobre os *uti singuli* em razão da relação que se estabelece entre Estado e usuário.

Para este trabalho, não é relevante a distinção. O centro do debate é a forma de escolha dos serviços prestados — independente se prestados para indivíduos determinados ou determináveis ou para a coletividade em geral. Por isso, adotaremos o termo *serviço público* de forma propositalmente abrangente.

Quanto ao fim dos serviços privados (e dos bens privados) é, essencialmente, satisfazer necessidades individuais e sua prestação visará, em regra, o lucro. Não se pretende trazer — ao menos, como prioridade — benefício social mediante a prestação de serviços a indivíduos determinados, especialmente porque o uso do bem é rival (rivaliza com outras pessoas) e permite a exclusão daqueles que não podem pagar pelo bem.

**(b) Sobre o custeio:** o custeio do serviço público ocorre mediante financiamento público (por toda a sociedade) ou privado (o usuário deverá suportar o custo do serviço). É aceitável o financiamento misto, no qual parte é sustentado pela sociedade e a outra parte pelo usuário. O financiamento misto preserva a prestação dos serviços para todos, mantendo seu custo individual baixo.

Em geral, os tradicionalmente conhecidos *serviços uti universi* (faz-se referência ao item anterior, no qual fizemos ressalva quanto à distinção entre *uti universi* e *uti singuli*) são prestados mediante utilização de bens públicos e são custeados por toda a sociedade com pagamento de impostos, e proporcionam benefícios indivisíveis para a sociedade.

No caso da prestação de serviços privados, dar-se-á por pagamento do consumidor, diretamente, embora, em certas situações, é aceitável o custeio pela sociedade, parcial ou integralmente. É o caso de subsídios públicos concedidos (seja na forma de benefícios fiscais, concessão de crédito, despesas públicas), a fim de manter o preço dos bens e serviços em níveis político ou socialmente aceitáveis.

**(c) sobre a escolha:** neste ponto, central para a análise que ora se faz, a diferença é proeminente entre os bens e serviços públicos e os privados. No caso dos serviços privados, compete ao consumidor a escolha, a partir da ordenação de suas preferências. Ponderará entre custos e benefícios, ordenará suas alternativas, e fará sua escolha. Qualquer consumidor, seja letrado ou não, fará a escolha racional (DOWNS, 1990, p. 28)<sup>5</sup> — não se exige conhecimento acadêmico para que o indivíduo possa promover escolhas racionais (YEUNG, 2019, p. 116).

A escolha dos serviços públicos não ocorre pelo usuário — em regra —, mas pelos agentes públicos competentes para fazê-la. Os atores responsáveis — o administrador público, o Parlamento, o Judiciário — promoverão as escolhas — ou, ao menos, a maioria delas — e ao usuário restará o uso do serviço. Às vezes, o usuário terá alternativas (inclusive “usar ou não usar”), mas em outras oportunidades o uso será compulsório (o sujeito não terá a opção de deixar o serviço — *opt out* —, como é o caso da segurança pública, da coleta de lixo, da iluminação pública).

Pode-se afirmar que, mesmo nas escolhas privadas, não haverá liberdade do indivíduo. Estará ele pautado pelas alternativas estrategicamente ordenadas pelos prestadores dos serviços (cf. THALER, 2009, p. 5)<sup>6</sup>. De toda feita, embora suas escolhas sejam influenciadas por agentes externos, haverá a possibilidade de decidir sobre qual serviço atenderá melhor sua análise de custo e benefício.

Os serviços públicos são escolhidos conforme processo governamental de escolha, que pode ser definido como ação de atores que interagem entre

5 Segundo Anthony Downs, “(...) o termo *racional* nunca é aplicado aos fins de um agente, mas somente a seus meios. Isso resulta da definição de *racional* como eficiente, isto é, maximizar o produto no caso de um dado insumo, ou minimizar o insumo no caso de um dado produto. Desse modo, todas as vezes que os economistas se referem a um “homem racional”, eles não estão designando um homem cujos processos de pensamento consistem exclusivamente de proposições lógicas, ou um homem sem preconceitos, ou um homem cujas emoções são inoperantes. No uso normal, todos esses poderiam ser considerados homens racionais. Mas a definição econômica se refere unicamente ao homem que se move em direção a suas metas de um modo que, ao que lhe é dado saber, usa o mínimo insumo possível de recursos escassos por unidade de produto valorizados.” (DOWNS, 1990, p. 28).

6 Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein apresentam seu conceito de *arquiteto da escolha*: “A *nudge*, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere *nudge*, the intervention must be easy and cheap to avoid. *Nudges* are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a *nudge*. Banning junk food does not.” (THALER, 2009, p. 5-6).

si para decisão da alocação dos recursos escassos. Haverá sempre interação entre poderes estatais e, dentro deles, de agentes autointeressados. O cálculo a ser realizado pelos agentes será semelhante ao que é adotado pelo consumidor de serviços privados — análise de custo-benefício. O benefício, nesse caso, são votos. (KANAYAMA, 2016).

Normalmente, as escolhas entre alternativas possíveis dar-se-á pelo critério eleitoral. E a oferta dos serviços seguirá esse raciocínio. Os serviços públicos que proporcionem mais benefícios eleitorais terão mais possibilidade de ser escolhidos por cada agente público. E, a partir do processo de escolha, serão oferecidos serviços públicos que não poderão ser alterados (e, às vezes, ignorados) pelo usuário. Ele adirá ao serviço público como membro da sociedade.

Na escolha dos serviços privados, a análise que será realizada pelo consumidor será a do custo-benefício, igualmente. Porém, nesse caso, o custo-benefício será individual (YEUNG, 2019, p. 117).

Para o estudo que está sendo desenvolvido, é necessária a diferenciação entre as esferas pública e privada, pois o processo de escolha em uma ou outra é deveras diverso. Apresentadas as diferenças entre serviços públicos e serviços privados, do ponto de vista do usuário, consumidor e de suas escolhas, devemos determinar como prestar serviços públicos que atendam aos anseios dos usuários.

## 5. Escolha dos serviços públicos

A escolha de serviços públicos — como serão prestados — é dos agentes eleitos e são eles autointeressados, ou seja, buscam maximizar seus benefícios eleitorais (votos).

Tanto a ciência política quanto a economia estudaram a política e as escolhas governamentais, rejeitando a visão romântica — que é difundida no direito público — de que os agentes públicos visam ao bem comum e ao interesse público. Este perde a relevância, pois o interesse público, no direito, é *ficção*. O estudo deu-se na Escola da *public choice* (escolha pública), cuja contribuição veio principalmente de James Buchanan (KLEIN, 2019, p. 201)<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Vinícius Klein e Anne Caroline Marciquevik Alves dizem que “apesar da construção de James Buchanan ter se dado de forma apartada ao surgimento do movimento de *law and economics* a interdisciplinaridade e o uso do método econômico para a compreensão da realidade institucional

A *public choice* é o estudo econômico do processo de decisão pública, ou seja, a decisão que não se confunde com aquela realizada no mercado privado. Ela reconhece o indivíduo como egoísta, autointeressado, racional e maximizador de sua utilidade (TULLOCK, 2005)<sup>8</sup>. Além disso, identifica-se com a constatação da inexistência de uma vontade orgânica (as decisões coletivas dependem das vontades individuais), reconhece a racionalidade do sujeito e seu egoísmo (PEREIRA, 1997, p. 424; STIGLER, 1980)<sup>9</sup>.

A *public choice* aborda as escolhas fora do mercado — a despeito de aproximar-se do processo decisório do mercado —, trazendo para si os mesmos comportamentos da economia (homem racional e utilitarista), costumeiramente desenha o processo de revelação de preferências análogos ao mercado, faz perguntas similares às da economia, como “é Pareto-eficiente?”, “é estável?”, “traz estabilidade?” (MUELLER, 1999, p. 23). O centro da teoria é o reconhecimento de que o homem é conduzido por motivos egoístas e, ao escolher — faz as escolhas em discussões políticas — preferirá seus próprios interesses a qualquer interesse alheio.

Nessa toada, o sujeito não procura maximizar a riqueza da sociedade, mas a de si próprio, embora admita a maximização da riqueza social se não houver conflito com seus interesses. Os agentes políticos têm como objetivo a maximização dos seus votos nos pleitos eleitorais — esse será seu benefício

---

fizeram com que as propostas desenvolvidas pelo autor fossem rapidamente incorporadas ao debate de *law and economics* e os conceitos por exemplo da teoria da escolha pública fossem incorporados as principais obras de Análise Econômica do Direito” (KLEIN 2019, p. 201)

- 8 “Public choice is a scientific analysis of government behavior and, in particular, the behavior of individuals with respect to government”. (TULLOCK, 2005, p. 5)

“Let me start by indicating what the public choice perspective is not. It is not a method in the usual meaning of the term; it is not a set of tools; it is not a particular application of standard tools with standard methods, although we are getting somewhat close with this last statement. Public choice is a perspective on politics that emerges from a extension-application of the tools and methods of the economist to collective or nonmarket decision-making.” (BUCHANAN, 2000, p. 15).

- 9 O autor afirma que “egoísmo e racionalidade nas escolhas são os principais atributos do homo economicus” (p. 424). Importante abordagem de George Stigler: “let me predict the outcome of the systematic and comprehensive testing of behavior in situations where self-interest and ethical values with wide verbal allegiance are in conflict. Much of the time, most of the time in fact, the self-interest theory (as I interpreted it on Smithian lines) will win. In a set of cases that is not negligible and perhaps not random with respect to social characteristics of the actors, the self-interest hypothesis will fail - at least without a subtle and unpredictable interpretation of self-interest.” (STIGLER, 1980, p. 176).

pessoal. Todas as suas escolhas políticas estarão pautadas por esse fim: ser eleito e obter bônus eleitorais.

Anthony Downs idealizou o modelo que “se baseia no pressuposto de que todo governo procura maximizar o apoio político” (DOWNS, 1999, p. 33). Num Estado em que há eleições periódicas, o principal objetivo de todo governo é a reeleição. O autor procura estudar o que ocorreria na sociedade se as pessoas agissem de modo racional, sempre medindo sua ação visando a maximização de seus benefícios (apoio político, votos)<sup>10</sup>.

Para Downs, “os homens não são sempre egoístas, mesmo na política” (DOWNS, 1999, p. 49). Embora sua teoria se funde no “axioma do interesse pessoal”, “deixa espaço para o altruísmo”, pois entende que “a caridade desinteressada é frequentemente uma grande fonte de benefícios para nós mesmos” (DOWNS, 1999, p. 58)<sup>11</sup>. De todo modo, o agente público, mesmo supostamente desinteressado no agir caridoso, age racionalmente e calcula, pondera custos e benefícios.

Os indivíduos devem ser tidos como membros capazes de decidir e participar de um processo de escolha, e não se deve conceber um *ser coletivo* dotado de consciência. E é por isso que se afirma a necessária relevância da opinião pessoal, do interesse individual, em vez de abandoná-los e tentar forjar a imagem de um interesse público orgânico que, de fato, não existe (BUCHANAN, 2000, p. 155)<sup>12</sup>. E nesse ponto vem a teoria da *public choice*, cuja contribuição, contrapondo-se ao *market failure*, enriqueceu o debate sobre o *government failure* (TULLOCK, 2005).

10 “Como o governo, em nosso modelo, deseja maximizar o apoio político, ele executa aqueles atos de gastos que ganham a maior quantidade de votos por meio daqueles atos de financiamento que perdem a menor quantidade de votos. Em outras palavras, os gastos são aumentados até que o ganho de votos do dólar marginal gasto iguale a perda de votos do dólar marginal financiado” (DOWNS, 1999, p. 71-72).

11 Jon Elster confirma que é possível dizer que presentes motivos altruístas se duas condições são satisfeitas: (a) a ação que beneficia outros é proativa, não reativa; (b) é anônima a ação, no sentido de que é desconhecida a identidade do ator pelo beneficiário ou por terceiros. Sendo assim, parte-se da pressuposição de que os sujeitos participantes do processo político são egoístas (ELSTER, 2007, p. 106).

12 Conforme James Buchanan, “*People vote because they want to – period. And they vote how they want to – period*” (BUCHANAN, 2000, p. 155).

## 6. Conhecendo o usuário

O usuário do serviço público é o mesmo indivíduo consumidor de serviços privados. A forma de prestação o faz agir diferentemente ao consumir bens públicos e bens privados.

Se o Estado presta o serviço público, o usuário não realiza análise do custo-benefício sobre alternativas possíveis, pois não há alternativas (ele pode, eventualmente, fazer outras escolhas como, por exemplo, usar ou não o serviço, ou a forma como fará o uso). Ele simplesmente usufrui do serviço — e o serviço poderá ser de utilização compulsória ou não, suportado por toda a sociedade, pelo usuário, ou por ambos. O usuário destinatário das políticas públicas não tem outra alternativa senão “confiar” na capacidade do gestor público na arquitetura dos serviços a serem prestados pelo Estado.

Observa-se, pois, o deslocamento da análise da relação entre custo e benefício. Enquanto na esfera privada, na aquisição de bens ou serviços privados, o consumidor toma as decisões para realizar escolhas entre alternativas diversas — ordena suas preferências —, em relação aos serviços públicos, normalmente, não ocorre análise do usuário. Caberá ao gestor substituí-lo e oferecer os bens e serviços públicos após ponderação entre os custos e benefícios. Daí advém a responsabilidade do gestor público, que, não obstante seu interesse pessoal, deverá agir com responsabilidade necessária — e alguns diriam *paternalista* — para alcançar o fim público proposto (mesmo que haja benefício privado resultante).

Para toda prestação eficiente de serviço, público ou privado, deve-se conhecer o destinatário (em ambos, para atender os anseios deste, mas com objetivos diversos). A escolha de serviços públicos, como visto, é realizada pelos agentes públicos a favor dos usuários (estes, normalmente, só adirão à escolha realizada).

O agente público tem como objetivo (racional) a reeleição (maximizar seus votos). Deve agir durante seu mandato para proporcionar o maior número possível de apoios e, para obtê-los, deve ter sua ação pautada na opinião pública. Fará as escolhas de acordo com a resposta que receberá (e, por isso, é fundamental um governo *accountable*).

Conhecer o usuário permite melhor arquitetura dos serviços públicos a serem prestados. Prever comportamentos, considerando ações possíveis dos indi-

víduos, soluciona os dilemas na alocação de recursos escassos, aprimorando, ao mesmo tempo, os resultados — para os próprios usuários e para o agente público.

Dessa forma, a gestão dos serviços públicos requer dados científicos que orientarão agentes públicos. E elaboração de propostas legislativas que tratem de serviços públicos, por exemplo, seguirá as informações necessárias para atender às expectativas dos eleitores.

O reconhecimento de que o agente público age racionalmente para obter dividendos eleitorais contradiz o que direito público tradicionalmente defende, ou seja, a visão de que o agente deve ser altruísta ao ocupar cargos públicos. De fato, deve se guiar por normas constitucionais — e, sobretudo, pela probidade e por princípios republicanos —, mas ser guiado pela Constituição não significa que o agente ignorará seus interesses pessoais eleitorais, como pugnou Anthony Downs. O agente público sempre fará suas escolhas conforme a maximização de votos, a materialização de seus interesses.

Haverá uma via de mão dupla: num sentido, o agente público deverá conhecer o seu eleitor e usuário de serviços públicos; no outro, o eleitor terá de ter informações sobre as escolhas promovidas pelo agente eleito. Concomitantemente à obtenção de bônus eleitorais, o agente público proporcionará benefícios aos seus eleitores. Admitindo-se tal faceta da relação entre os usuários de serviços públicos e o sujeito que promove as escolhas, é passo importante para o direito público compreender o ambiente em que está inserido e produzir políticas públicas eficientes.

## **7. Conclusões**

O intercâmbio de saberes entre direito e economia faz resultar maior conhecimento da realidade que nos cerca. A doutrina publicista (do direito público) comumente analisa os conteúdos jurídicos pelo viés do *dever-ser*, no aspecto puramente normativo. Desconsidera que as idiossincrasias do indivíduo são determinantes para o funcionamento da administração pública, para as escolhas que são realizadas cotidianamente pelos agentes públicos.

A economia permite avaliar os agentes como sujeitos racionais e maximizadores de utilidade, ou seja, no caso dos agentes públicos eleitos, maximizam votos. Mesmo o indivíduo iletrado será racional e autointeressado, e vi-

sará apenas um fim: sua reeleição (ou outro benefício político e pessoal). Não se está afirmando que o indivíduo busca por benefícios que violem o direito, mas reconhece-se que buscará benefício pessoal.

A lição que o jurista aprende ao adotar, dialogicamente, a economia é analisar os indivíduos como sujeitos capazes de promover escolhas e ordenar preferências. Não estará pautado por uma moral metafísica, mas por racionalidade econômica: fará constantes cálculos para lhe trazer benefícios. É inexorável.

Portanto, agentes públicos são racionais, reagem a incentivos e buscam maximizar votos. Reconhecer a existência desse comportamento pode permitir melhores resultados na prestação de serviços públicos, mediante permanente acompanhamento e controle da atuação do agente público.

## Referências

ALESSI, R. **Principi di diritto amministrativo**. 4ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1978.

ARAGÃO, A. S. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BREUS, T. L. Da Prestação de serviços à concretização de direitos: o papel do Estado na efetivação do mínimo existencial. *In*: COSTALDELLO, A. C. (Coord.). **Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BUCHANAN, J. M. **Politics as public choice**. Indianapolis: Liberty Funds, 2000.

\_\_\_\_\_. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. *In*: BUCHANAN, J. M; TOLLISON, R. D. **The theory of public choice – II**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999.

DWORKIN, R. Is wealth a value? *In*: **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, pp. 191-226. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724129>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ELSTER, J. **Explaining social behavior**. more nuts and bolts for the social sciences. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

GROTTI, D. A. M. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

KANAYAMA, R. L. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. *In*: COSTALDELLO, A. C. (Coord.). **Serviço público**: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

KANAYAMA, R. L. O Mito do Eleitor Racional. *In*: RIBEIRO, M. C. P.; DOMINGUES, V. H. KLEIN, V (coord.). **Análise econômica do direito**: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2016.

MUELLER, D. C. Public Choice: A Survey. *In*: BUCHANAN, J. M. TOLLISON, R. D. **The theory of public choice** – II. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999.

PEREIRA, C. A. G. **Usuários de serviços públicos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, P. T. A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal? *In*: **Revista Análise Social**, v. 32, n. 141, 1997, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41011271>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. *In*: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. (coords.). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

POSNER, R. A. A. **Economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, M. C. P. *In*: PORTO, A. M; SAMPAIO, P. (orgs.). **Direito e economia em dois mundos**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

SALAMA, B. M. História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *In*: LIMA, M. L. (Coord.). **Direito e economia**. 30 anos de Brasil, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALAMA, B. M. Análise econômica do direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. A.; e FREIRE, A. L. (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>. Acesso em: 30 ago. 2020.

STIGLER, G J. **Economics or ethics?** (the Tanner lectures on human values). Salt Lake City: University of Utah. Disponível em: [https://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/s/stigler81.pdf](https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/stigler81.pdf). Acesso em: 30 ago. 2020.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. **Nudge**. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Penguin Books, 2009.

TULLOCK, G. SELDON, A. BRADY, G. L. **Government Failure**. Washington: Cato, 2005.

YEUNG, L. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. *In*: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. (coords.). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

# Capítulo 15. A eficiência da tutela jurisdicional coletiva e a análise econômica do direito

*Semírames de Cássia Lopes Leão*

## 1. Considerações iniciais

Não é novidade que o número de ações judiciais no Brasil registra uma projeção crescente<sup>12</sup> com o passar dos anos e revela a intensa litigiosidade em nossa sociedade, produzindo uma série de prejuízos que atingem aos jurisdicionados, magistrados, operadores do direito e o próprio Poder Judiciário, que vive assoberbado com o agigantamento do estoque processual, bem superior à sua capacidade de resolução. Sob uma perspectiva macro, a sociedade é afetada com o comprometimento do acesso à justiça, do atendimento às demandas sociais, do tempo de duração dos processos e com o seu alto custo da máquina pública.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça deu início, desde 2005, à série “Justiça em Números”, como forma de angariar dados estatísticos do cenário jurisdicional brasileiro para subsidiar políticas de gerenciamento e “informações acerca de estrutura, gestão judiciária, dados relativos à litigiosidade e aos gargalos de eficiência, o tempo de tramitação médio dos processos[...] e demandas mais recorrentes na Justiça” (CNJ, 2019).

Tais dados técnicos possibilitam a prestação de informações úteis e adequadas para o diagnóstico da atividade judicante no Brasil e para a formula-

1 O relatório “Justiça em Números” do CNJ evidencia a relação direta entre o incremento processual e de despesas financeiras do Poder Judiciário: “Ressalte-se que nos últimos 7 anos (2011–2018), o volume processual também cresceu em proporção próxima às despesas, com elevação média anual de 3,4% ao ano na quantidade de processos baixados e de 3,2% no volume o acervo, acompanhando a variação de 3,4% das despesas.” (CNJ, 2019, p. 62).

2 E acrescenta: “O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. A variação acumulada nesses dois últimos anos foi na ordem de -1,4%.” (CNJ, 2019, p. 79).

ção de políticas processuais voltadas à produtividade desses mesmos órgãos. A ferramenta de gestão contribui para a real eficiência dos meios de resolução de conflitos adotados no Judiciário brasileiro; inclusive ao evidenciar a tendência comportamental brasileira pela via resolutiva da judicialização excessiva e de repetitivas demandas, em detrimento de medidas conciliatórias.

No relatório de 2020, referente ao ano-base de 2019, consta que o primeiro grau do Poder Judiciário está estruturado em 14.792 unidades judiciárias, tendo recebido 29.494.316 casos novos; além do passivo de 76.440.025 causas pendentes em tramitação. O relatório refere que a carga de trabalho é de 7.715 processos por magistrado da justiça estadual, chegando a 9.107 da justiça federal. (CNJ, 2019).

Diante do contexto fático e na tentativa de reduzir o impacto crescente de novos processos judiciais, a Lei nº 13.105/2015 reformulou o Código de Processo Civil, imprimindo ferramentas processuais que pudessem lidar com o fenômeno da grande e intensa litigiosidade repetitiva, marcada por ações massificadas e pulverizadas, com idênticas questões jurídicas. Situação que gera uma profusão de decisões judiciais, que suscitam forte insegurança jurídica e situações anti-isonômicas.

Inobstante a adoção de mecanismos de uniformização e da lógica vinculante dos precedentes<sup>34</sup>, vislumbramos que a enorme profusão de ações pulverizadas e demandas de massa persistem, e mesmo as medidas alternativas à litigância excessiva são insuficientes para conter o intenso ajuizamento de novos processos e o dispêndio de recursos materiais, temporais e humanos.

Desta feita, a proposição da demanda coletiva como via alternativa à adequada tutela dos diversos interesses irradiados em ações atomizadas pode representar o instrumento processual mais eficiente para a contenção da litigiosidade repetitiva, considerando a insuficiência das técnicas de coletivização de demandas individuais.

Assim, o presente ensaio pretende analisar, no contexto da litigância excessiva, como a técnica jurisdicional coletiva pode satisfazer maior eficiência

3 Art. 926. CPC. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

4 Art. 976. CPC. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. [...]

e economicidade para resolução de problemas concretos do Poder Judiciário em detrimento de demandas repetitivas individuais?

Para tanto, tomaremos por base conceitos e contribuições da análise econômica do direito que nos permitam direcionar o processo decisório, por meio da racionalização de recursos e dos efeitos pretendidos, sob a ótica do princípio da economicidade e eficiência, tão caros em nossa realidade judiciária atual.

O trabalho divide-se em quatro etapas. Inicialmente, abordaremos que a interdisciplinaridade entre direito e economia pode ser muito útil para solução de problemas jurídicos. Em seguida, elucidaremos a aplicação da análise econômica ao processo civil coletivo, detalhando conceitos da teoria econômica nas ações coletivas. No terceiro item, apresentaremos a questão da eficiência econômica e eficiência processual como fundamento para a superioridade da via coletiva. E por fim, será explorado como ocorre o processo decisório nas ações coletivas e os seus efeitos processuais.

## **2. Aproximações entre direito e economia**

A preocupação da economia com o comportamento humano permite-nos associações com outras ciências que tenham o mesmo objeto de estudo e que possam intercambiar saberes para o desenvolvimento e aperfeiçoamento mútuo, em seus fins maiores de proporcionar bem para o homem, consideradas as complexas variáveis envolvidas, com o menor uso dos recursos possíveis (SEN, 1999, p. 19).

De igual modo, o direito atua na regulação dos litígios humanos e sociais, na busca pela pacificação dos conflitos, aproximando-se da economia para obter “soluções jurídicas racionalmente eficientes” (DIAS, 2009, p. 20). Nesta interdisciplinaridade, a aproximação entre direito e economia conduziu à potencialidade da corrente *law and economics* (AED) como mecanismo de suporte analítico para o processo decisório na ciência jurídica, por meio de instrumentos e análises da economia com base em “regulação de comportamentos e circunstâncias de escassez de recursos”, como afirma Maristrello Porto (PORTO, 2019, p. 1).

Através da análise sistemática e interdisciplinar, objetiva-se a apreciação dos fins, meios e custos envolvidos para subsidiar a tomada de decisões e a

adoção de medidas adequadas, de modo que o agente pondere sobre as vantagens obtidas e as renunciadas, com vista a maximizar as suas utilidades e preferências (LEÃO, 2019).

Jean Carlos Dias (DIAS, 2009, p. 20) refere que a AED pretende “oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre as normas jurídicas, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas impõem e a busca por soluções jurídicas racionalmente eficientes”. Tal fim somente é possível partindo da premissa de que os sujeitos são seres racionais e que tomam decisões conforme os incentivos positivos e negativos que recebem, tal qual os agentes econômicos.

Neste sentido, de suma importância considerar as motivações e influências que interferem nos processos decisórios e nas ações dos indivíduos, dados os interesses conflituosos em jogo, possibilitando a solução de problemas jurídicos através da interferência da norma ou decisão judicial sobre a conduta humana e para assegurar o atendimento a seus objetivos e maximização dos ganhos sociais.

A pretensão maior é assegurar que as ferramentas legais (materiais e processuais) assumam certo consequencialismo e reverberem efeitos práticos, a fim de que as disposições jurídicas repercutam no mundo fático e não fiquem reduzidas ao nível retórico ou especulatório.

Nesta toada, a produção de resultados concretos visa a eficiência máxima dos recursos empregados, especialmente perante situações de escassez. Tome-mos como exemplo o conceito de eficiência jurisdicional do Poder Judiciário, que opera com elevada taxa de congestionamento, na tentativa de aumentar a produtividade e reduzir as despesas totais.

Portanto, leis e decisões judiciais são importantes pelos efeitos causados em relação aos grupos sociais, contribuindo para a escolha racional do indivíduo que tentará maximizar suas preferências (FUX; BODART, 2019).

Interessa notar que a norma, por si só, não tem capacidade transformativa, mas pode ser indutora de comportamento estratégico humano, consoante os (des)estímulos ofertados. E o desafio recai em demonstrar ao agente, ora litigante judicial, que a sua máxima utilidade também reside no alcance de maior segurança e estabilização das relações sociais<sup>5</sup>.

---

5 A respeito, Fux e Bodart (2019) referem: “A denominada Economia do bem-estar tem por objeto o estudo dos métodos pelos quais é possível obter uma ordem de preferências social com relação a um conjunto de possíveis estados da realidade, os quais envolvem diferentes alocações de recursos.”

As decisões ou estratégias adotadas enfrentam o dilema da maximização do autointeresse ou do atendimento do bem-estar social envolvido e do plano coletivo e daí porque mencionar que uma maior eficiência das medidas não pode direcioná-las unicamente à utilidade individual. Eficiência aqui entendida como o aumento da produtividade e observância do preceito de economicidade e celeridade processual na atividade jurisdicional.

Por tais razões, as contribuições da economia ao direito revelam-se em diversas áreas e com estudos crescentes, como direito econômico, direito penal, direito processual, direito público. Citamos como exemplos: a formação, revisão e alterações de leis; análise de impactos de decisões judiciais e operação de seus efeitos; custos sociais de demandas judiciais; implemento de políticas públicas e impactos orçamentários; atividade estatal regulatória sobre o mercado; medidas voltadas ao desenvolvimento econômico, entre outros.

Interessa-nos, para este estudo, impactos de decisões judiciais e operação de seus efeitos, compreendendo, ainda, os custos sociais envolvidos, para verificar de que maneira a atividade jurisdicional pode produzir maiores e mais concretos resultados na problemática da litigância repetitiva, de modo a conter o seu avanço, poupando recursos e visando a melhor prestação da tutela jurisdicional e a correção de desequilíbrios.

### **3. Análise econômica do direito aplicada à tutela jurisdicional coletiva**

Não é difícil perceber o cabimento da análise econômica do direito nas regras disciplinadoras aplicáveis ao processo civil coletivo, pois, concebendo-o como espaço destinado ao exercício de direitos e de garantias, verificamos preferências individuais em jogo, recursos escassos, assimetrias informacionais e posições antagônicas, com vistas à obtenção de maior vantagem decisória entre os interessados. Tais variáveis impõem a atividade interventiva estatal sobre o comportamento dos agentes e o gerenciamento dos recursos, a fim de propiciar maior eficiência jurisdicional.

Ao considerarmos as demandas massificadas<sup>6</sup> sobre questões de consumo, por exemplo, similarmente notamos traços característicos para a incidência da análise econômica, como: assimetrias entre os sujeitos processuais, hipossuficiência econômica, *expertise* dos grandes litigantes habituais, poderio econômico de empresas em face de consumidores, privações de recursos, custos marginais do processo, uso de máquina pública, utilidades privadas, efeitos da decisão judicial.

Em síntese, elementos que tornam o ambiente processual competitivo e causador de externalidades sociais negativas, além de suscitar o esvaziamento pragmático de algumas normas fundamentais do processo, como economicidade e celeridade. Isto implica na compreensão de que a relação processual é um jogo, marcado pelo conflito de pretensões e pelo desequilíbrio de forças, no bojo de relações naturalmente tensionadas e sem paridade de armas entre os sujeitos, na defesa de seus próprios interesses.

Assim sendo, mister maior regulação e controle estatal para assegurar a observância da repercussão concreta das normas processuais e do controle da atividade finalística jurisdicional, visando a produção de resultados processuais. Neste sentido, implementar medidas decisórias para regulamentação do mecanismo processual pode servir como barreira e contenção à livre litigância das partes, cuja atuação comportamental do indivíduo prefere vias resolutivas atomizadas.

Tal problemática convoca a atuação do Estado para a gestão judiciária e definição de instrumentos eficientes, que possam melhor alocar os recursos escassos e coibir que ações repetitivas (de viés individual homogêneos) comprometam e criem mais gargalos e obstáculos à atividade jurisdicional.

6 Acerca do desenvolvimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Brasil, desde a sua positivação no CPC/15, o grupo de estudos Observatório Brasileiro de IRDR, da Universidade de São Paulo, elencou as principais matérias veiculadas nos incidentes: “A predominância de incidentes que tratam de questões de direito administrativo é notória, incidindo em 37,37% do total de IRDRs suscitados. Após, são também de maior expressividade os incidentes sobre matérias relativas a direito processual (29,23%), direito civil (19,79%) e direito tributário (16,98%). Já direito previdenciário (5,76%), direito do consumidor (5,46%), direito constitucional (4,13%), direito penal (1,32%), direito ambiental (1,18%) e direito empresarial (0,88%) são matérias menos recorrentes na suscitação de IRDR. Direito do trabalho, direito militar, direito financeiro, direito dos seguros privados e direitos da criança e do adolescente foram objeto de apenas uma suscitação, representando, cada um, 0,15% do total.” (Universidade de São Paulo, 2019).

Não se pode negar que, em parte, o problema é corroborado pela expansão do sistema jurisdicional brasileiro e pelo amplo acesso à justiça, que induzem maior litigância civil pelas pessoas. Todavia, cumpre à análise econômica ditar quando essa litigância pode ser benéfica ou maléfica; além de examinar a influência das regras e dos mecanismos de solução de conflito no problema da litigância (FUX; BODART, 2019).

O gerenciamento da crise judiciária perpassa pelo desafio de considerar a realização do interesse social e privado na litigância, com a tentativa de alinhamento desses interesses. Assim, é necessário compreender que a administração da justiça gera diversos custos sociais<sup>7</sup>, por envolver interesse público; e que os ganhos devem justificar os dispêndios da utilização da máquina pública para além dos interesses privados; já que a recíproca pode não ser verdadeira (FUX; BODART, 2019).

Assim, a teoria da decisão racional deve considerar que a litigância socialmente benéfica pode/deve produzir uma mudança comportamental do agente racional, tornando-se atrativa ao conjunto harmônico social e aos próprios interesses privados, a ponto de dar preferência à via processual de maior eficiência.

A racionalidade econômica pode propiciar aos indivíduos a avaliação dos custos de oportunidade envolvidos no processo decisório, ponderando, além dos escassos recursos, aquelas alternativas que possam potencializar os seus ganhos, benefícios e bem-estar. Em síntese, é a tomada de decisão “baseada na análise de benefício-custo”. (YEUNG, 2019, p. 117).

As reflexões sobre economia comportamental elucidam como as informações devem ser disponibilizadas e analisadas para a promoção de políticas de controle da litigância; tanto por parte dos agentes racionais, ora litigantes; como por parte do regulador estatal, que suporta graves prejuízos sociais, decorrentes de escolhas individuais, socializadoras de custos e externalidades.

Como exemplo das utilidades da racionalidade econômica, temos que o acesso individual dos lesados em massa ao sistema de justiça deva ser substituído pelo instrumento da ação coletiva, capaz de evitar decisões contraditórias e

---

7 “[...]as partes contratam advogados (mão de obra que poderia ser utilizada em outras tarefas produtivas), perdem tempo e investem recursos na produção de provas; o Estado, por sua vez, utiliza o dinheiro do contribuinte para financiar o Judiciário, deslocando recursos que poderiam ser empregados em áreas estratégicas, como saúde, educação e segurança pública” (FUX; BODART, 2019).

conduzir a uma maior eficiência, ao deferir provimento em favor do grupo lesado como um todo, além de propiciar ganhos sociais. (MAZZILLI, 2005, p. 48).

Outro exemplo sobre a interseção dos interesses públicos e privados e que pode representar a superioridade da via coletiva é “a problemática dos danos de pequena monta”, abordada por Fux e Bodart. Os autores referem que certas atividades danosas afetam uma coletividade de sujeitos, todavia os custos de litigância individual<sup>8</sup> superam os possíveis ganhos, traduzindo-se como ações pouco rentáveis para as vítimas lesadas. Por vezes, a baixa taxa de pretensões deduzidas em juízo e as pequenas indenizações, dentre as diminutas ações ajuizadas, configuram um benefício e economia aos agressores, estimulando o próprio comportamento nocivo. (FUX; BODART, 2019).

Nesses casos, novamente, a via coletiva pode representar o mecanismo adequado à tutela de interesses, como o instrumento que congrega múltiplas pretensões em veículo processual único, cujo provimento compartilha e transporta a utilidade da coisa julgada para todos os membros do grupo, com efeitos *erga omnes*<sup>9</sup>. Ademais, a potencialidade da resposta coletiva dada ao agressor pode ser suficiente para desestimular e desencorajar à reiteração da conduta lesiva e o seu comportamento estratégico, em uma clara função dissuasória e pedagógica.

O alinhamento ou não dos interesses constitui ponto fulcral para o presente artigo: Definir, sob a perspectiva do ganho social, o que é mais eficiente: a opção pela demanda coletiva ou pela coletivização de demandas?

8 Aqui incluem-se taxas e custas processuais, honorários advocatícios, tempo despendido, custos marginais do processo, despesas estatais, probabilidade de êxito, valor do bem jurídico propriamente e outros.

9 Art. 103. CDC. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

#### 4. Princípio da eficiência e processo coletivo

O Código de Processo Civil traz, em seu artigo 8º, que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A positivação expressa do princípio *supra* traduz uma preocupação do legislador com os meios de desenvolvimento do processo judicial e da sua produção de resultados para o bem-estar social, considerando os diversos custos e recursos envolvidos dentro da política de gerenciamento de processos.

Na relação jurídica processual, o julgador assume o papel de maximizador racional do procedimento e de suas utilidades para obtenção do resultado que dele se espera. Portanto, uma atividade rápida, responsável, abrangente, pode ser redutora de conflitos e evitar um sem-número de recursos ou impugnações, que poupam custos (CARVALHO, 2016, p. 476).

Desta feita, o princípio da eficiência relaciona-se com a forma de desenvolvimento da atividade jurisdicional através de funcionamentos encadeados, qualificando a atuação judicial de acordo com os resultados práticos e efeitos pragmáticos alcançados. Trata-se de uma verificação *a posteriori*, que compreende o procedimento da entrega jurisdicional resolutiva e satisfativa como um todo. Isto implica dizer que o postulado da eficiência deve extrair o máximo do processo, alcançando também as suas fases posteriores e graus de jurisdição.

Essa maximização do processo impõe que: “a eficiência judicial deve assegurar às partes paridade de tratamento, em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais.” (CARVALHO, 2016, p. 478).

Os preceitos acima incidem de forma direta e integrativa sobre a tutela jurisdicional coletiva, ao considerarmos que os resultados globais<sup>10</sup> propor-

10 “Nas causas coletivas que envolvam danos de pequeno valor, mas alcançam um número grande de pessoas, a utilização da técnica da prova por estatística e prova por amostragem, que tem origem na prática das *class action*, e assume feição verdadeiramente coletiva “dando tratamento molecular para o aspecto probatório”, pode ser um mecanismo muito eficiente. Suponha-se uma ação civil pública com o objetivo de condenar a empresa que comercializou 1 milhão de brinquedos, muitos deles fora dos padrões de qualidade e segurança. Como demonstrar a quantidade exata dos produtos viciados? Nesse caso, é possível selecionar por amostragem algumas unidades do produto e por meio de fórmula matemática saber de forma estimada a quantidade com defeito (CARVALHO, 2016, p. 483).

cionados visam alcançar o maior número de pessoas compreendidas pelos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. É a potencialização do instrumento processual pelo microssistema coletivo e demais princípios<sup>11</sup> do processo coletivo (CARVALHO, 2016, p. 481).

Nesta toada, a existência de conflitos metaindividuais requer a adoção de técnicas coletivas, capazes de adotar providências pertinentes ao correto tratamento dos litígios de massa, posto que envolvem um sem número de indivíduos e de problemas a serem resolvidos sob as exigências de um processo justo, o que implica na conscientização política de que a decisão assume dimensões maiores de generalização e não somente *inter partes*, alcançado alta relevância para a comunidade.

Por isto são precisas as vindicações constitucionais, intercambiáveis à seara processual, com vistas ao aumento das repercussões práticas e da concretização de direitos, por meio da amplitude conferida aos instrumentos de tutela, a exemplo da relevância e da funcionalidade emprestadas pelas ações coletivas.

Todavia, em que pese a previsão e a disponibilidade dos instrumentos hábeis ao tratamento coletivo, ainda se visualiza a utilização diminuta dos mesmos, provocando um inchaço de demandas individuais, que acentuam os problemas de infraestrutura no Judiciário. Isto significa sérias negatividades<sup>12</sup> à operatividade do sistema.

Há que se considerar a pertinência em identificar a tipologia dos danos provocados pelas sucessivas e múltiplas externalidades decorrentes de práticas lesivas, tendo em vista que justificarão o tratamento processual adequado conforme o perfil do litígio, na medida em que representem resposta suficiente e proporcional para a realidade em apreço. A justificativa deve-se ao fato de que a correta interpretação dos dados em apreço permite-nos a identificação sintomática do problema, subsidiando uma proposta resolutiva mais efetiva,

11 Fabiano Carvalho refere a incidência da eficiência também nos outros princípios processuais coletivos, a exemplo de: acesso à ordem jurídica justa, participação, ativismo judicial, contraditório, economia processual, disponibilidade motivada, obrigatoriedade da execução e não taxatividade da tutela coletiva (CARVALHO, 2016, p. 483).

12 Sobre as externalidades negativas: “fomentar a contradição entre julgados, tratar desigualmente os que estão exatamente na mesma situação (jurídica ou fática) e assoberbar os tribunais, que devem processar e julgar em separado milhares, ou centenas de milhares de demandas repetitivas, quando um único julgamento em ação coletiva poderia resolver a questão *erga omnes*.” (GRINOVER, 2014, p. 1432).

que conceda potencial solução, sob pena de o tratamento segmentado do fenômeno oferecer respostas meramente parciais.

Desta feita, imprescindível a utilização de técnicas resolutivas globais, que compreendam o elemento em toda a sua grandeza, a fim de conferir medida de combate proporcional ao gravame e dentro de uma perspectiva gerencial de conflitos; mormente quando for verificado que o problema decorre de atitude deliberada e inescusável de agente econômico irresponsável, com efeitos para toda a comunidade.

Seguindo a mesma lógica, o tratamento pulverizado de direitos infringidos por litigantes habituais representa tão somente um gasto de energia, que não combate eficientemente a incidência do problema, principalmente quando produz externalidades em larga escala, induzindo à perpetração de danos e à compensação econômica do ilícito em comparação ao estrito cumprimento normativo. Portanto, violações que, *a priori*, assemelham-se a casos individuais recorrentes ou microlesões geram uma enxurrada de demandas e uma ineficiência da máquina judiciária, devendo ser encaradas sob uma perspectiva ampliada e integral.

Assim sendo, necessária a combinação dos métodos resolutivos individuais e coletivos, que podem somar-se e complementar-se consoante os diferentes conflitos e as necessidades ensejadoras, reforçando-se, mutuamente, na melhor solução fática possível e com os maiores ganhos sociais; especialmente, quando o método individual não for suficiente para a solução integral de lesões massificadas ou quando as ações coletivas não resolverem as ocorrências postas.

À luz de tais danos, depreende-se o caráter da transcendência e da indivisibilidade dos bens jurídicos pleiteados, induzindo a um tratamento único e de forma integral em proporcionalidade à complexidade do problema situado. Isto é justificado pelo conteúdo e pelo alcance dos interesses em referência, que determinam a sua categorização material dentro do gênero de direitos coletivos *lato sensu*, cuja natureza jurídica induz a um perfil de tutela processual específico para representar juridicamente tais pretensões.

Neste sentido, a lesão que atinge a coletividade admite a veiculação judicial coletiva, na medida em que esta representa o meio adequado e apto ao tratamento dos interesses de grupo e dos fatos sociais, sejam estes indivisíveis ou não. E, ainda que se tenha objetos divisíveis, em alguns casos é recomendável a utilização de tutela única, devido aos obstáculos técnicos, econômicos, sociais e políticos impostos à acionabilidade judicial individual.

Assim, o tratamento coletivo justifica-se porque não haveria outra solução para os valores comunitários em apreço, ou porque a origem comum dos interesses homogêneos favorece a representação conjunta. Esta é, exatamente, a linha defendida por Teori Zavascki (2014) acerca da aferição das espécies de interesse para a determinação da defesa pretendida, seja tutela de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos.

Cabe ressaltar que a tutela coletiva favorece ao princípio do acesso à justiça, com o fito de evitar ações repetitivas e decisões contrárias, além do desperdício de recursos públicos no manejo de múltiplas ações versando sobre o mesmo tema. Isto se justifica pela imposição de uma racionalidade social, traduz-se em ver e perceber o outro não sob a perspectiva de homem isolado, mas em sua dimensão coletiva e contextualizada em suas múltiplas complexidades, proporcionando ganhos à sociedade como um todo e os possíveis grupos.

Desta feita, a importância de institutos e de bens jurídicos seletos da sociedade corporificam preceitos basilares da ordenação social, que tornam tais violações ainda mais suscetíveis de repulsa, na medida em que suas repercussões massivas afetam diversos segmentos e sujeitos do seio social, comprometendo a harmonia das relações e os aspectos elementares da vida de seus membros, ensejando maior e dura reação estatal.

Nesta senda, podemos classificar os direitos metaindividuais em: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, consoante a previsão contida no artigo 81 do CDC<sup>13</sup>.

Os direitos difusos são direitos subjetivamente transindividuais, dada a absoluta indeterminação dos indivíduos, com indivisibilidade do objeto entre os titulares não identificáveis. Diz-se que sua titularidade é múltipla, pois

13 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

pertencentes ao seio social, cujos sujeitos são vinculados precipuamente por questão fática (ex.: morar na mesma localidade) (ZAVASCKI, 2014, p. 36).

Sobre estes, Ada Grinover (2014, p. 51) aduz que não há uma relação-base ou um vínculo jurídico definido e congregador dos titulares, fazendo com que seus contornos sejam móveis e imprecisos, justificando a impossibilidade de individualização dos sujeitos. Em sentido complementar, Zavascki enumera que os referidos são, portanto, insuscetíveis de apropriação individual, intransmissíveis, irrenunciáveis e não transacionáveis, podendo mudar os titulares a qualquer tempo pela mudança da situação fática (2014, p. 36-37).

Os direitos coletivos, por sua vez, denotam a superação da clássica dicotomia entre o público e privado e, em que pese apresentarem objeto indivisível e transindividual, os seus titulares são grupos ou categorias que podem vir a ser determinados diante do vínculo jurídico-base que os unem em grupos, classes ou categorias. Este é o fator distintivo dos direitos difusos, pois detêm identificação ou organização mínima entre os membros determináveis. Todavia, mesmo havendo um vínculo entre os titulares, verifica-se que, muitas vezes, os interesses de proteção vinculam-se a fatos acidentais e mutáveis, evidenciando um conjunto de interessados de contorno fluído e móvel, dificultando a individualização exata dos membros (MOREIRA, 2014, p. 72).

Por fim, os individuais homogêneos, cujos titulares do direito subjetivo são individualizados, mas ligados por vínculo de afinidade na origem comum que lhes concede homogeneidade e autoriza que sejam pleiteados conjuntamente, por uma conveniência pragmática. Desta feita, permite-se a defesa coletiva ou molecularizada dos referidos, sendo o objeto divisível em unidades autônomas e permitida a reparação concreta dos direitos violados, inclusive, de forma quantificável.

Há, ainda, um nítido vínculo jurídico entre os titulares e a parte contrária. E como bem pondera Ada Grinover, verifica-se a homogeneidade destes interesses para que sejam tratados coletivamente quando houver a preponderância de suas características comuns perante as individuais (2014, p. 1432). Isto ocorre por motivos de acessibilidade à justiça, a fim de evitar decisões contraditórias e favorecer a economia processual, o que permite a tutela coletiva e conjunta. Assim, quando se fala em defesa coletiva ou tutela coletiva dos referidos, trata-se de uma qualificação do modo de tutelá-lo, e não do direito material em si (ZAVASCKI, 2014, p. 35).

A partir das categorias apresentadas, cumpre-nos mencionar que é diante do caso concreto que ocorrerá a delimitação dos direitos envolvidos, a depender da interpretação fática. De modo que um mesmo fato pode ensejar e repercutir nas três esferas de direito, de forma concomitante ou em mutação, contrariando a subsunção pré-definida a padrões rígidos e estanques. Mister, portanto, verificar a tutela judicial eficiente a tais conflitos coletivos para perquirir a forma eletiva dotada de utilidade e efetividade ao consequencialismo prático e à escassez de recursos.

## **5. A superioridade da via coletiva**

A técnica processual adequada e idônea para a tutela de um direito deve atender à máxima utilidade do provimento, de forma que permita a repercussão no plano fático, atendidas as peculiaridades do direito material posto à apreciação. Logo, a pertinência de identificar a tipologia dos direitos em análise justifica a adoção das medidas processuais mais seguras a tal fim, consoante o interesse envolvido no conflito, sob pena de a eleição da via inadequada restar em ineficácia ou incompletude do provimento jurisdicional.

Nesta senda, a aferição da adequação do método de trabalho à solução de controvérsias perpassa pela satisfação efetiva de direitos e pela promoção de resultados socialmente úteis, de modo a garantir o acesso à ordem jurídica justa e a tutela jurisdicional eficaz (segura) e efetiva (que produza efeitos), quando compatibilizadas lei e realidade (GUERRERO, 2015, p. 3-4).

Diante de litígios coletivos, as providências judiciais destinam-se a interesses de grupo e não-individuais, atingindo múltiplos problemas e pessoas, as quais nem sempre podem integrar o efetivo contraditório no *locus* processual. Isto exige a adoção de métodos específicos para processar os conflitos de forma adequada (BEDAQUE, 2011, p. 50-51). Por estas razões, impõe-se o teste da via coletiva como hipótese superior, na medida em que possa atender aos escopos pretendidos para a maior eficiência do processo judicial, agregando celeridade, segurança, economia, isonomia, no tratamento de conflitos metaindividuais.

O referido coaduna-se com a necessidade de visualizar o fenômeno da ineficiência jurisdicional por uma perspectiva macro e promotora de uma lógica gerencial de conflitos que vá além da análise dogmática e permita a con-

cepção de solução mais integral e global no sistema, especialmente quando as causas detenham correlação e vinculação fática ou jurídica.

Como preceitua Oscar Chase, isto impõe a exigência de reflexividade entre os procedimentos justos e os impactos em determinada moldura social, porquanto os métodos oficiais são modulados e devem refletir os valores e as sensações sociais a que se vocacionam para a operatividade do sistema jurídico (CHASE, 2014, p. 76-77).

O fundamento para a tutela judicial de direitos repetitivos e sociais violados é a proteção do interesse comum na gestão e na racionalização da atividade jurisdicional, representada pelo ideal de construção de sociedade justa e solidária enquanto objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF). Por meio desta, facilita-se a satisfação integral do objeto coletivo e a minoração do volume processual, através da ação integrada dos operadores jurídicos e garantidores da ordem jurídica, permitindo, inclusive, a postulação de medidas estruturantes<sup>14</sup> e coordenadoras dos amplos litígios postos à análise.

Outrossim, a medida não se refere a uma justaposição de pretensões menores sob a forma litisconsorcial, pois diz respeito à essência coletiva, de natureza indivisível e inter-relacionada, posto que a satisfação dos interesses do grupo reflete o interesse do todo, e vice-e-versa, sob pena de a negação dos direitos de uma minoria importar na afetação dos direitos de toda a coletividade. Ou, ainda, quando for o caso de direitos individuais afins e com características comuns, as vantagens da medida coletiva são nítidas, tanto sob a perspectiva jurídica, quanto a social.

Nessa toada, as ações coletivas preponderam diante do sistema processual brasileiro como via superior para a tutela de interesses coletivos *lato sensu*, posto que carreiam pretensão social aos autos, prescrevendo a absoluta prioridade de tramitação da causa para a mais breve contenção da proliferação de conflitos individuais repetitivos e de decisões contraditórias sobre a mesma

14 Acerca disto, Hermes Zaneti e Fredie Didier aduzem que as medidas estruturantes estão presentes nas litigações de interesse público (LIP) e podem ser “postuladas por meio de ações coletivas ou certificadas em compromissos de ajustamento de conduta (acordo coletivo celebrado por órgão público legitimado à tutela coletiva) que permitam coordenar as atividades pela intervenção dos órgãos de garantia (Ministério Público e Poder Judiciário) até a satisfação integral da tutela do direito coletivo.” (DIDIER e ZANETI, 2016, p. 35).

causa de pedir diante de ato lesivo em larga escala, bem como a viabilização de acesso à justiça e de tratamento jurídico igualitário entre as partes.

A prioridade jurisdicional da tutela coletiva é verificável, de forma especial, nos casos em que a similitude das questões comuns ou homogêneas concedam uma maior uniformidade no tratamento da causa, em que pese os diferentes titulares, favorecendo a cognição judicial das alegações, das provas e da própria decisão meritória.

Assim, o inciso III, p.u., do art. 81 do CDC autoriza a tutela de interesses individuais face à homogeneidade e a origem comum de direitos subjetivos, cujas questões afins permitem a agremiação molecular dos direitos. Com isso, almeja-se maior celeridade na prestação jurisdicional e impede-se o aumento exponencial de demandas pela apresentação de reclamações individuais, assim como se desafoga as instâncias superiores por julgamentos repetitivos.

De outro modo, a *Rule 23* acrescenta, ainda, os atributos de eficácia e de justiça da decisão perante os demais mecanismos disponíveis como critério de superioridade da tutela coletiva, o que representa a maior adequação e utilidade da técnica processual para a produção de resultados práticos sob os parâmetros da necessidade material em cada caso concreto. Vê-se, assim, que se trata da exigência de efetividade do processo, precipuamente, com vistas a ampliar o acesso à justiça por meio de instrumento único<sup>15</sup>.

Ou seja, para fins de efetividade em seus diversos níveis e dimensões no âmbito processual, deve-se analisar a eficácia prática da medida, entendida como a aptidão e a utilidade para operar transformações concretas no plano material, satisfazendo a pretensão reclamada e promovendo a pacificação social. Para tanto, deve-se entender o conjunto de atividades jurisdicionais tendentes ao efetivo cumprimento do direito e materializado através das tutelas declaratórias, condenatórias, executivas, e outras. Almeja-se, portanto, evitar que o processo tenha resultado inútil ou inidôneo.

---

15 Na síntese de Ada Pellegrini: “Parece possível estabelecer uma correlação entre o requisito da prevalência dos aspectos comuns e o da superioridade (ou eficácia) da tutela por ações de classe. Quanto mais os aspectos individuais prevalecerem sobre os comuns, tanto mais a tutela coletiva será inferior à individual, em termos de eficácia da decisão. Na linguagem do Código de Defesa do Consumidor, quanto mais heterogêneos os direitos individuais, tanto menor útil a sentença genérica do art. 95 e inadequada a via da ação civil pública reparatória de danos individuais” (GRINOVER, 2014, p. 183).

Outrossim, além da aplicação dos ditos mecanismos, impõe-se a conscientização dos operadores, ora agentes racionais, acerca da evolução e massificação dos direitos fundamentais do cidadão que exigem instrumentos efetivos, tantos quantos possíveis, para uma prestação jurisdicional apta, célere e justa.

## **6. Considerações finais**

A efetividade encontra respaldo legal no artigo 5º, XXXV, CF, na medida em que deve ser assegurado mais que o simples ingresso ao judiciário, compreendendo, ainda, o acesso substancial, na forma da prestação jurisdicional eficiente, justa e concretizadora das disposições materiais a que a parte fizer jus.

Nisto reside a utilidade do ordenamento material, que prescinde da eficácia processual para atuação do direito, prescrevendo a utilização dos meios estatais idôneos e adequados conforme as necessidades do fim pretendido.

Portanto, a medida da efetividade processual visa a máxima satisfação das necessidades sociais e da pretensão coletiva, através do aperfeiçoamento e da ordenação de suas técnicas procedimentais, em uma concepção sistemática para o funcionamento integrado e simplificado da estrutura judiciária e de seus operadores. A obtenção de tais resultados pode ser realizada ao considerarmos a eficiente e correta alocação aos recursos escassos para maximização das utilidades.

Busca-se, portanto, a integração do plano substancial e processual como efetivação máxima da norma e da tutela jurisdicional na remediação da crise da justiça e remediação da litigiosidade repetitiva. Inobservar tais preceitos representa o risco de ineficácia e do distanciamento das vias resolutivas de conflito em prol do acesso à justiça efetivo. Em verdade, os diversos instrumentos processuais congregam esforços complementares, e não excludentes, para a maximização dos ganhos sociais.

Por tais motivos, a técnica coletiva reúne a força e os instrumentos necessários para a reprimenda de demandas repetitivas e de efeitos negativos decorrentes da litigiosidade repetitiva. A via coletiva detém a capacidade de fornecer reposta proporcional aos gravames causados, na medida em que compreende os múltiplos interesses envolvidos e violados diante do dano social.

Nessa toada, o modelo de ação individual se revela insuficiente para a devida reparação integral do dano, pois não compreende, nem de forma mínima, os interesses violados, que apenas insuflam os resultados negativos vivenciados no judiciário.

Ademais, a superioridade da via coletiva, com seus princípios de economicidade, celeridade, amplo acesso à justiça, contribui para a redução de desigualdades, para o desenvolvimento e progresso econômico, gerando bem-estar social e permitindo a resposta adequada do ordenamento jurídico às situações de crise e litigiosidade excessiva, com celeridade e segurança jurídica.

## Referências

CARVALHO, F. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microssistema do processo coletivo e novo código de processo civil. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Processo coletivo**. Coleção Repercussões do NCPC. V8. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 471-485.

CHASE, O. **Direito, cultural e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 15 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

DIAS, J. C. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

FUX, L.; BODART, B. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRINOVER, A. P. *et al.* (Org.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39-60

\_\_\_\_\_. O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. *In*: GRINOVER, A. P. *et al.* (Org.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1431-1436

GUERRERO, L. F. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. De acordo com o novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

LEÃO, S. C. L. A liberdade de acesso ao mercado de trabalho como desenvolvimento e justiça social. *In*: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2019, Belém/PA. **Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica**. Florianópolis: Conpedi, 2019. p. 135-150.

MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. (Coord.). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

SEN, A. K. **Sobre ética e economia**. Tradução por Laura Teixeira Motta. 1ª edição. São Paulo: Companhia de Letras, 1999.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP**. 1ª edição. Disponível em: [http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/sites/400/2019/12/I\\_Relat%C3%B3rio\\_Observat%C3%B3rio\\_IRDR\\_USP\\_Ribeir%C3%A3o-Preto.pdf](http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/sites/400/2019/12/I_Relat%C3%B3rio_Observat%C3%B3rio_IRDR_USP_Ribeir%C3%A3o-Preto.pdf).

YEUNG, L. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. (Coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 115 – 144.

ZANETI JR., H.; DIDIER, F. **Curso de direito processual civil** — processo coletivo, vol. 4, 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., H. (Coord.). **Processo coletivo**. Coleção Repercussões do NCPC. V8. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., H.. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

## Sobre os Coordenadores

**Armando Castelar Pinheiro** | Coordenador de economia aplicada do Instituto Brasileiro de Economia (FGV Ibre) e professor da FGV Direito Rio e do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Trabalhou como analista da Gávea Investimento, pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e chefe do Departamento Econômico do BNDES. É Ph.D em Economia pela Universidade da Califórnia (Berkeley), mestre em Administração pela COPPEAD/UFRJ e em Estatística pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA), e Engenheiro Eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). É membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e articulista dos jornais *Valor Econômico* e *Correio Braziliense*.

**Antônio José Maristrello Porto** | Doutor em Direito (Doctor of the Science of Law — J.S.D.) pela University of Illinois. Mestre (Master of Laws — LL.M.) pela University of Illinois. Professor da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Vice-diretor e coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio. Foi presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE).

**Patrícia Regina Pinheiro Sampaio** | Professora da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em direito da regulação da FGV Direito Rio. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE). Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).



## Sobre os Autores

**Bianca Medalha Mollicone** | Advogada, graduada em Economia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), mestre em Administração pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), pós-graduada em Gestão Empresarial pela Fundação Getulio Vargas - FGV/RJ, especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), com formação complementar em Negociação pelo *Program on Negotiation* da Harvard Law School (2016) e em Law and Economics pelo Coase-Sandor Institute for Law & Economics da University of Chicago Law School (2018). Professora da Faculdade Baiana de Direito e advogada atuante nas áreas tributária, de compliance, proteção de dados e propriedade intelectual.

**Carlos Frederico Ramos de Jesus** | Doutor e mestre em Filosofia e Teoria Geral Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), onde também se graduou. Professor contratado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FD-USP, lecionando, também, a disciplina de Instituições de Direito nos cursos da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP (FEA-USP). Professor licenciado de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil da Universidade São Judas Tadeu (USJT). Membro associado do Oxford Centre for Animal Ethics. Membro consultor da Comissão de Proteção e Defesa dos Animais do Conselho Federal da OAB (biênio 2019-2021). Coordenador do Grupo de Estudos de Ética e Direito Animal (GEDA) da FD-USP. Membro do Grupo de Estudos de Ética e Direitos dos Animais do Diversitas (FFLCH-USP). Advogado da Caixa Econômica Federal.

**Daniela Juliano Silva** | Doutora e mestra em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG (2000). Especialista em Gestão e Manejo Ambiental pela Universidade Federal de Lavras/MG (2006), com MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas (2002). Especialista em Planejamento, Implementação e Gestão em Educação à Distância — PIGEAD, pela Universidade Federal Fluminense (2015). Pesquisadora do Laboratório

Empresa e Direitos Humanos (LEDH.uff). Advogada com experiência em organizações do Terceiro Setor, no Setor Hidrelétrico e em Direito Tributário. É Professora Convidada da FGV Direito Rio (LL.M *Compliance*) e Professora Adjunta na Universidade Federal Fluminense.

**Danielle Pierrondi Abrahão Veloso** | Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Empresarial pela FGV Direito Rio. Assistente de Ensino e Pesquisa da FGV Direito Rio. Orientadora de Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) da FGV Direito Rio. Professora Convidada do FGV Law Program e Redes Conveniadas. Consultora Exógena da Revista da Tribuna OAB/Tocantins. Advogada.

**Heloisa Gomes Medeiros** | Mestre e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2011 e 2017), Graduação em Direito pela Faculdade São Luís (2007). Atualmente é professora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) e do Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação (PROFNIT) — ponto focal UFMA. É pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Advogada associada do escritório Assis Passos Sociedade de Advocacia. Assessora da Agência de Inovação e Empreendedorismo da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA).

**Humberto Cunha dos Santos** | Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito pelo UniCEUB, Pós-graduação *lato sensu* em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Pós-graduação *lato sensu* em Regulação Econômica pelo CEFET/RJ, bacharel em Direito pelo UniCEUB e licenciatura em Ciências Sociais pela UnB. Professor de Direito do UniCEUB. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União — AGU, com atuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

**Janaína Vieira de Castro** | Doutora e mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACK). Durante o mestrado

participou da missão brasileira permanente junto à Organização Mundial do Comércio (OMC). Foi bolsista da Organização Panamericana de Saúde (OPAS). Professora do Programa de Pós-graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas São Paulo (FGV LAW) nas disciplinas de Compliance Trabalhista, Gestão de Pessoas, Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho.

**Juliana Marques Salles** | Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2010) e especializações em Direito Tributário pelo IBET — Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2012) e Direito Empresarial pela EPD — Escola Paulista de Direito (2015). Atualmente é professora da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva/SP e advogada. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, do Consumidor e do Trabalho.

**Lázaro Reis** | Mestre em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Procurador do Estado de Goiás em Brasília.

**Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves** | Mestre em Direito da Regulação, FGV Direito Rio, 2016. MBA Executivo em Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas-RJ (2009). Pós-graduado em Direito Público pela PUC Minas (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (1998). É procurador do Estado do Piauí, ocupando atualmente a função de Procurador-chefe da Consultoria Setorial da PGE junto à Secretaria de Governo/Superintendência de Parcerias Público-privadas e Concessões. Ocupou a função de chefe da Consultoria Setorial da PGE junto à Secretaria Estadual da Educação e Cultura. É Professor-tutor do Programa FGV Online, da Fundação Getúlio Vargas-RJ, e foi Vice-presidente da Associação Piauiense dos Procuradores do Estado (APPE).

**Lucas Bevilacqua** | Doutor e mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) com formação complementar em Comércio Internacional pela Mission of Brazil to the World Trade Organization (WTO) in Geneva. Professor permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da

Universidade Federal de Goiás (PPGDP). Pesquisador líder do Observatório da Macrolitigância Fiscal (OMF) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Procurador do Estado de Goiás em Brasília cedido como Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Conselheiro Titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscal-CARF/Ministério da Economia (2016–2019).

**Magna Corrêa de Lima Duarte** | Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1992), graduação em Ciências Sociais (1982) e conclusão do curso de História (1986), ambos pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS) da Universidade Federal do Rio de Janeiro, especialização em Direito Especial da Criança e do Adolescente (1996) e Mestrado em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999). Atua como professora de Direito Constitucional da Universidade Candido Mendes e da Universidade Estácio de Sá.

**Ricson Moreira Coelho da Silva** | Doutorando em Direito Constitucional Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC-SP (2019). É mestre em Direito do Estado (área de concentração — Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP (2014). É especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP (2012) e em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas — FGV (2016). É graduado em direito pela Universidade Federal de Pernambuco — UFPE (2007) e é professor de Direito Tributário e Econômico da Universidade São Judas Tadeu — USJT (desde 2019). Além disso, é Procurador da Fazenda Nacional — Ministério da Economia/Advocacia-Geral da União — AGU (desde 2008), com atuação perante os tribunais superiores em Brasília.

**Roberta Simões Nascimento** | Professora adjunta da Universidade de Brasília (UnB), aprovada em primeiro lugar no concurso em 2020. Advogada do Senado Federal desde 2009. Doutora *cum laude* em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha). Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). *Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy* pela Università degli Studi di Genova (Itália). *Máster en Argumentación Jurídica* pela Universidad de Alicante (Espanha). Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-

Graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho – UGF. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora dos cursos de especialização em Direito Legislativo do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB/Senado Federal). Professora da Pós-Graduação *Lato sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas desenvolvido pela UnB para servidores do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Desenvolve pesquisas sobre teoria da legislação, argumentação legislativa, processo legislativo, teoria do Direito, interpretação e argumentação jurídicas, desenho institucional dos Parlamentos, estatuto dos congressistas e Direito Constitucional e Parlamentar. Em sua coluna *Defensor Legis* no Jota.info, escreve sobre os temas jurídicos cotidianos do Poder Legislativo, Direito Parlamentar, comissões parlamentares de inquérito, processos legislativos e ações judiciais junto ao Supremo Tribunal Federal – STF. Contato: bertasimoes@hotmail.com

**Rodrigo Kanayama** | Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2012). Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, da Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Ministra as disciplinas de Direito Financeiro, Direito Municipal, Direito Administrativo, Planejamento e Responsabilidade Fiscal. Chefe do Departamento de Direito Público. Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná. Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais (2016–2018, 2019–2021) e membro da Comissão de Educação Jurídica, ambas da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná.

**Semírames de Cássia Lopes Leão** | Advogada. Professora da Graduação do Curso de Direito e de Pós-graduação. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPa). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Pós-graduanda em Direito Previdenciário. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

**Thiago Pedroso de Andrade** | Doutor pela Universidade de São Paulo e Professor Titular da Universidade Paulista. Advogado e consultor jurídico.





