

Direito e Economia

Análises aplicadas

Coordenadores

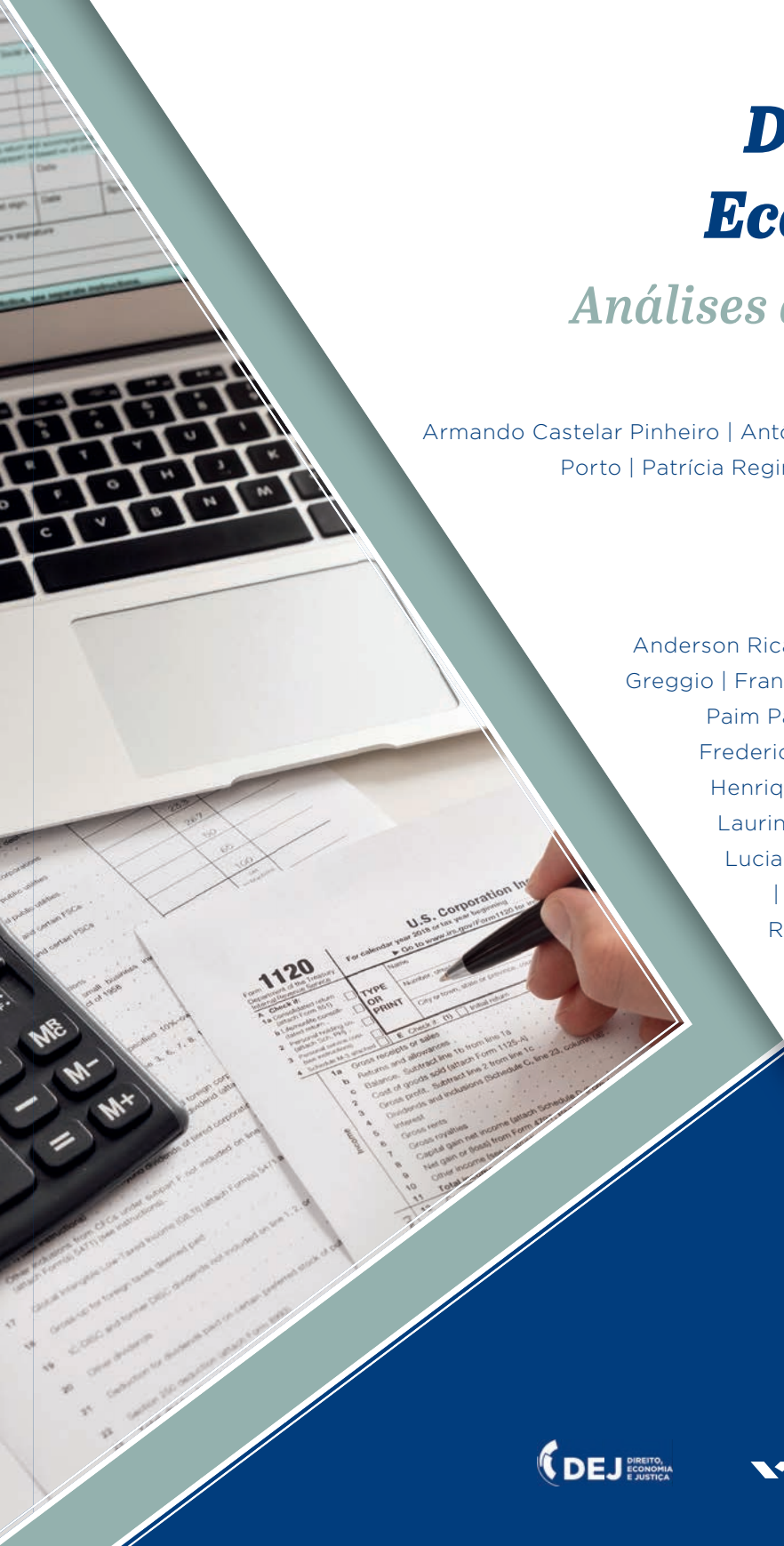
Armando Castelar Pinheiro | Antônio José Maristrello
Porto | Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Prefácio

Clayton Maranhão

Autores

Anderson Ricardo Fogaça | Bruna
Greggio | Franciele Cit | Genevieve
Paim Paganella | Guilherme
Frederico Hernandes Denz |
Henrique Kurscheidt | José
Laurindo de Souza Netto |
Luciana Gonçalves Nunes
| Marcia Carla Pereira
Ribeiro | Mário Helton
Jorge | Rafael
Wasserman





Direito e Economia

Análises aplicadas

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22.250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

Direito e Economia

Análises aplicadas

Coordenadores

Armando Castelar Pinheiro | Antônio José Maristrello
Porto | Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Prefácio

Clayton Maranhão

Autores

Anderson Ricardo Fogaça | Bruna
Greggio | Franciele Cit | Genevieve
Paim Paganella | Guilherme
Frederico Hernandez Denz |
Henrique Kurscheidt | José
Laurindo de Souza Netto |
Luciana Gonçalves Nunes
| Marcia Carla Pereira
Ribeiro | Mário Helton
Jorge | Raphael
Wasserman

EDIÇÃO FGV Direito Rio
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil
Fechamento da 1ª edição em setembro de 2021.
Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Este material, seus resultados e suas conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas/FGV Direito Rio.

Coordenação: Ludmilla Totinick, Sérgio França e
Nathasha Chrysthie Martins

Capa: Aline Martins | Sem Serifa

Imagem da capa: simpson33/iStock

Diagramação: Aline Martins | Sem Serifa

1ª revisão: Patrícia Baroni

2ª revisão: Anna Carolina Avelheda

Dados internacionais de Catalogação na Publicação

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Direito e economia: análises aplicadas / Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coords.); Anderson Ricardo Fogaça... [et al.]. – Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021.
232 p.

Em colaboração com: Bruna Greggio, Franciele Cit, Genevieve Paim Paganella, Guilherme Frederico Hernandez Denz, Enrique Kurscheidt, José Laurindo de Souza Netto, Luciana Gonçalves Nunes, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Mário Helton Jorge.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-86060-21-8

1. Direito econômico. 2. Jurisprudência I. Pinheiro, Armando Castelar. II. Porto, Antônio José Maristrello. III. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. IV. Fogaça, Anderson Ricardo V. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 341.378

Elaborada por Rafaela Ramos de Moraes – CRB-7/6625

Sumário

	Prefácio	7
	<i>Clayton Maranhão</i>	
	Apresentação	15
	<i>Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio</i>	
CAPÍTULO 1	Judicialização da saúde: ausência do consequentialismo como método de decisão dos tribunais superiores	17
	<i>Anderson Ricardo Fogaça, José Laurindo de Souza Netto e Mário Helton Jorge</i>	
CAPÍTULO 2	Análise econômica do Direito nos contratos de locação comercial em tempos de restrições de abertura e acesso ao comércio	43
	<i>Bruna Greggio e Franciele Cit</i>	

CAPÍTULO 3	<i>Blockchain</i> e DLT como estrutura de governança	75
	<i>Genevieve Paim Paganella e Marcia Carla Pereira Ribeiro</i>	
CAPÍTULO 4	Princípios da análise econômica do Direito como elementos de convicção judicial na resolução de demandas envolvendo assimetria de informação na saúde suplementar	113
	<i>Guilherme Frederico Hernandez Denz</i>	
CAPÍTULO 5	Como minimizar a sobreutilização da atividade jurisdicional e a morosidade do poder judiciário: a “tragédia dos comuns” e as soluções propostas por Garret Hardin	145
	<i>Henrique Kurscheidt e Luciana Gonçalves Nunes</i>	
CAPÍTULO 6	Análise econômica das execuções fiscais: o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa como alternativa à litigância excessiva	185
	<i>Rafhael Wasserman</i>	
	Sobre os coordenadores	227
	Sobre os autores	229

Prefácio

I.

É uma honra prefaciara esta obra, resultado da comunhão de propósitos entre a Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), a Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), a Associação dos Magistrados do Paraná (AMAPAR) e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), cujo Acordo de Cooperação Científica e Acadêmica, formalizado no dia 17 de julho de 2019, permitiu ensino de excelência à Magistratura paranaense, por intermédio da oferta do Curso de Introdução em Direito e Economia, com carga horária de 160 horas, durante o segundo semestre de 2019 e o primeiro semestre de 2020, em quatro módulos de 40 horas, todos devidamente credenciados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM), valendo como critério objetivo de aferição de merecimento para fins de movimentação na carreira nos termos da Resolução nº 106 do Conselho Nacional de Justiça.

Esse período virtuoso se deve a muitas pessoas que merecem ser nominadas. Início agradecendo ao presidente da Fundação Getúlio Vargas, professor doutor Carlos Ivan Simonsen Leal, que nos recebeu gentilmente na sede da FGV, no bairro de Botafogo, Rio de Janeiro, juntamente com o

diretor da Escola de Direito da FGV Direito Rio, professor doutor Sérgio Guerra, que, desde o primeiro momento, manifestaram total apoio à consecução deste projeto educacional. Por igual, o desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, então presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, incentivador incondicional de todas as nossas iniciativas durante o período de sua profícua gestão, como também o juiz de Direito Geraldo Dutra de Andrade Neto, presidente da Associação dos Magistrados do Paraná, entidade mantenedora da Escola da Magistratura do Paraná, que fez marcante e serena gestão à frente da nossa entidade de classe.

Três professores da FGV Direito Rio foram essenciais ao êxito do Curso, inclusive mediante ensinamentos, a par da fidalguia no trato pessoal, quando estiveram lecionando em Curitiba e nos recebendo no Rio de Janeiro, em visita à Escola de Direito: refiro-me aos coordenadores do curso e desta coletânea, professor doutor Armando Castelar Pinheiro, professor doutor Antônio José Maristrello Porto e professora doutora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, que me transmitiu, em nome de todos eles, o honroso convite para estas modestas linhas. A eles, os nossos sinceros agradecimentos, pois fizeram a diferença em nossas vidas e estão nos permitindo fazer a diferença na vida dos jurisdicionados, com uma prestação jurisdicional de qualidade.

O elevado nível intelectual de todo o corpo docente da Escola de Direito da FGV encantou a todos os juízes e a todas as juízas que frequentaram o curso. Não poderia deixar de registrar os estimados professores que lecionaram na EMAP durante o período e o faço, com alegria, passando os olhos no sumário de outra obra que serviu de material didático exclusivamente produzido para o curso,¹ com boas recordações de cada sexta-feira em que recebemos, com alegria, para um café, minutos antes do início das aulas, cada um dos que nos transferiram muitas horas de conhecimento, a

1. PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

saber: professor doutor Antonio Carlos Porto Gonçalves; professor doutor Fernando Leal; professora doutora Luciana Yeung; professor doutor Thiago C. Araújo; professor doutor João Manoel de Lima Júnior; professor doutor Gustavo Kloh; professor doutor Ivo Teixeira Gico Junior; professor doutor Márcio Souza Guimarães; professor doutor Leonardo de Andrade Costa; professora doutora Luciana Dias; professor doutor Sandro Leal Alves; professor doutor Rubens Sardenberg; e professor doutor Ivar Hartmann.

Registro, ainda, um agradecimento muito especial por todo o apoio e por toda a atenção a Fernanda Fustagno de Abreu, secretária executiva do curso, assim como aos pesquisadores do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV, Fernanda Martins e Emanuel Paraíso.

É preciso dizer que tudo começou com um convite para uma reunião no gabinete do então diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, desembargador Cássio Colombo Filho, ocasião em que recebemos, conjuntamente, a notícia de que o TRT9 e o TJPR teriam a oportunidade de ofertar o Curso de Introdução em Direito e Economia em parceria com a FGV Direito Rio. Consigno, pois, efusivos agradecimentos tanto ao desembargador Cássio Colombo Filho, quanto ao professor doutor Rômulo S. R. Sampaio. Faço, ainda, um agradecimento muito especial a todos os servidores da EMAP, na pessoa da competente, eficiente e sempre atenciosa assessora da diretoria-geral, bacharela Monalisa Szesz de Oliveira Vargas.

II.

Feitos os agradecimentos, cabe-me tecer considerações sobre o excelente conteúdo da obra, escrita por magistradas e magistrados que frequentaram o Curso de Introdução em Direito e Economia ofertado pela FGV Direito Rio junto à EMAP, cuja produção científica é efeito decorrente das atividades de ensino e pesquisa.

O desembargador José Laurindo de Souza Netto, atual presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o desembargador Mário Helton Jorge e o juiz de direito Anderson Ricardo Fogaça instigam a análise consequencialista na judicialização da saúde, notadamente o elevado impacto no orçamento público do SUS, cujos recursos são escassos, decorrente de liminares que deferem a dispensação de medicamentos de alto custo ou não registrados na Anvisa, por vezes mediante responsabilização solidária dos entes federados.

A juíza de direito Bruna Greggio e a juíza de direito Franciele Cit procedem a uma análise econômica da teoria do contrato incompleto de locação comercial no contexto da pandemia, assunto atual e, portanto, relevante.

A professora doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro e a juíza de direito Genevieve Paim Paganella discorrem a respeito do chamado *blockchain*, tecnologia de livro-razão que confere confiabilidade às transações e elimina intermediários de acordo com a Economia de Compartilhamento, implicando redução dos custos de transação e alçando estrutura de governança.

O juiz de direito Guilherme Frederico Hernandez Denz aborda a importância da análise econômica do Direito na resolução judicial dos litígios envolvendo planos privados de saúde suplementar, diante da assimetria informacional, da seleção adversa e do risco moral, hábeis a fornecer elementos argumentativos de natureza econômica que possam subsidiar a justificação na tomada de decisão judicial.

O juiz de direito Henrique Kurscheidt e a juíza substituta Luciana Gonçalves Nunes enfrentam o problema da numerosidade processual excessiva, que prejudica a garantia de razoável duração do processo a partir da tragédia dos comuns, propondo educação e regulação do acesso ao bem comum por intermédio da revisão conceitual do interesse de agir e por meio de *nudges* que conduzam as partes em conflito aos meios autocompositivos extraprocessuais disponibilizados no âmbito dos CEJUSC e na plataforma consumidor.gov.br.

O juiz de direito Rafael Wasserman investiga quais fatores podem justificar a excessiva litigância no âmbito da recuperação do crédito fiscal,

tendo em vista que os executivos fiscais representam elevado percentual na numerosidade estatística oficial, gerando externalidades negativas e custos de transação na execução do orçamento público do Poder Judiciário, estabelecendo como hipótese de trabalho o emprego do protesto extrajudicial da certidão da dívida ativa como uma forma de remediar os custos e a morosidade do sistema de Justiça.

Como se percebe, o excelente curso ofertado pela Fundação Getúlio Vargas rendeu frutos também na seara acadêmica, consentindo aos magistrados e às magistradas que o frequentaram um período de intensa reflexão e pesquisa, a demonstrar a importância do investimento do Poder Judiciário na capacitação permanente do seu capital humano, tanto mais nesse curso, cuja pedra angular é o manejo adequado de uma metodologia consequencialista na aplicação da norma.

III.

Nós, operadores do Direito, que tivemos uma formação jurídica tradicional, com uma grade curricular que tinha um olhar cujo *topoi* situava-se nas lentes do positivismo metodológico, segundo o qual o juiz deve partir da interpretação literal do texto produzido de acordo com um horizonte passado (às vezes, ultrapassado) do legislador, para comedidamente buscar adscrever-lhe sentido (que faça sentido) no tempo presente.²

Com o advento de recentes acréscimos na LINDB, o raciocínio judicial segue com a necessária visão consequencialista na aplicação da norma, isto é, mediante consideração dos efeitos práticos de natureza jurídica, econômica, política e social quando da tomada da decisão judicial. Para que se tenha inovação tecnológica, é necessário segurança jurídica.³

2. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 379-386.

3. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2020.

Juízos hipotéticos, principialistas, não eliminam juízos consequencialistas e vice-versa, de modo que a prolação de decisão judicial revela-se um ato intelectual complexificado, sobretudo quando estão em voga direitos patrimoniais das pessoas naturais e das pessoas jurídicas de direito privado e de direito público.

Pense-se nas questões envolvendo fusões e incorporações de empresas ou nos litígios envolvendo concorrência ilícita ou desleal, bem como nas demandas revisionais de contrato fundadas em fato extraordinário e superveniente à contratação, causador de desequilíbrio na posição genética das partes, como têm sido inúmeras avenças abaladas pelo advento da pandemia.

Não há mais como se pensar o direito somente a partir de uma necessária conexão com a moral e o embate decorrente dessa equação entre positivismo exclusivo, positivismo inclusivo, antipositivismo, pós-positivismo ou jus-moralismo.⁴

Para além dessa ainda vívida discussão entre os filósofos e os teóricos do direito após a polêmica entre Hart e Dworkin,⁵ é certo que se faz necessário o emprego de metodologias consequencialistas, utilitaristas e, notadamente, daquelas que procurem analisar o direito a partir de uma visão neoinstitucionalista da economia.

Exige-se do magistrado dos dias atuais um cabedal zetético para melhor compreender e aplicar os pontos de partida da dogmática, não bastando a formação a partir do exclusivamente jurídico, sem que se compreendam os reflexos no âmbito econômico dessa relação conflitiva.⁶

Decretar-se a resolução de um contrato vai muito além das meras consequências jurídicas de retorno das partes ao estado anterior, de restituição

4. ALEXY, Robert. *O conceito e a natureza do direito*. São Paulo: Marcial Pons Editor, 2014. p. 59-69; FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

5. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 3rd ed. Oxford, 2012. p. 238-276.

6. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39-51.

de bens ou de soma em dinheiro equivalente, acrescidas de juros e correção monetária. Além disso, é preciso verificar as consequências econômicas e a posição final na transferência dessas riquezas entre as partes à luz do princípio de vedação do enriquecimento indevido, por exemplo.

O operador do Direito há de compreender o porquê do princípio do poluidor-pagador a partir da compreensão dos custos de transação e, portanto, das externalidades negativas.

O pensamento econômico clássico sempre modelou as teorias, isto é, partindo de situações hipotéticas, ideais. O Teorema de Coase é um clássico exemplo: segundo George Joseph Stigler, “sob concorrência perfeita, os custos sociais e privados serão iguais”.⁷ Todavia, soa utópico que algum setor de mercado possa ter uma concorrência perfeita. Fazem-se necessários mais estudos empíricos, o emprego da estatística e a mineração de dados para uma compreensão da realidade com mais precisão, de modo que, por exemplo, em uma relação contratual, ambas as partes maximizem seus benefícios em um modelo regido pela liberdade de iniciativa, buscando-se eficiência.

Herbert Simon constatou que a racionalidade dos agentes econômicos é limitada.⁸ Richard Thaler constatou que o comportamento financeiro é inadequado;⁹ junto com Cass Sustein, teorizou o *nudge*.¹⁰ Daniel Kahne-

7. KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do Direito*. São Paulo: Editora Fórum, 2011. p. 71. Cf. COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: _____. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. São Paulo: Gen/Forense Universitária, 2017. p. 95-114. Sobre a tragédia dos comuns, cf. ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 15. imputando créditos a Ronald Coase.

8. SIMON, Herbert. *Naturaleza y límites de la razón humana*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

9. THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

10. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Yale: Penguin Books, 2009.

man e Amos Tverski¹¹ vislumbraram heurísticas e vieses, duas velocidades do cérebro, S1, intuitiva, e S2, reflexiva.¹² Na modernidade líquida, o consumidor se conduz intuitivamente na tomada das suas decisões. Paga por seus objetos de desejo no mercado de consumo, pelo que o faz feliz, embora não esteja maximizando riqueza em termos racionais.

Muitas dessas ideias estão transversalizadas nos capítulos desta obra como uma forma de agradecimento também a todos os magistrados e a todas as magistradas que o frequentaram e a quem, na condição de diretor-geral, dirijo uma especial homenagem, pois, em última análise, são a razão de ser da Escola da Magistratura do Paraná.

Estimo uma excelente leitura, pois, de agora em diante, é a vez do leitor!

Curitiba, abril de 2021.

Clayton Maranhão

Diretor-Geral da Escola de Magistratura do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor Associado do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR. Mestre em Raciocínio Probatório pela Universitat de Girona e pela Università Degli Studi di Genova.

11. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 524-539.

12. KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Orgs.). *Análise econômica do Direito*: principais autores e estudos de casos. Curitiba: CRV, 2019.

Apresentação

O Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça tem por objetivo apresentar, provocar e disseminar reflexões acerca da relação entre Direito e Economia aplicada à atividade jurisdicional. O projeto se desenvolve por meio de atividades de ensino e pesquisa conduzidas pela FGV Direito Rio em parceria com Tribunais e suas Escolas Judiciais.

Esta obra reúne artigos escritos por magistrados que integram o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) e que participaram do Projeto por intermédio da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP).

Todos poderão constatar, por meio da leitura dos artigos que compõem a presente obra, a complexidade e a interdisciplinaridade dos temas aqui abarcados, que bem ilustram quão abrangentes são as questões litigadas pela sociedade. Tendo em vista a multiplicidade de assuntos abordados, optamos por organizar os textos em ordem alfabética de autores.

Expressamos nossos mais profundos agradecimentos aos autores dos trabalhos aqui compilados, que prontamente aceitaram nosso convite para partilhar suas visões e suas experiências, aqui discorrendo sobre diferen-

tes matizes constantes da relação entre Direito e Economia, uma relação que, como bem mostram os textos aqui compilados, está cada vez mais presente nas atividades do Poder Judiciário.

Armando Castelar Pinheiro

Antônio José Maristrello Porto

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Judicialização da saúde

Ausência do consequentialismo como método
de decisão dos tribunais superiores

Anderson Ricardo Fogaça
José Laurindo de Souza Netto
Mário Helton Jorge

1. INTRODUÇÃO

Neste período histórico em que o pós-positivismo é o marco filosófico do novo direito constitucional, conforme Barroso (2019), uma série de valores, sob a forma de direitos fundamentais, foram incorporados à Constituição da República de 1988 por meio de expressões vagas e imprecisas, dispostas em normas com ampla carga valorativa.¹

Seguindo tendência mundial, a inserção massiva de princípios, agora dotados de normatividade, na Constituição de 1988, permeou a Carta de

1. SARLET, Ingo Wolfgang. Nota do coordenador científico. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008.

uma densa indeterminação semântica e de uma abertura interpretativa, implicando na adoção de uma nova hermenêutica jurídica por parte do Poder Judiciário.

O direito à saúde, em especial, vem positivado como direito social universal elencado no rol desses direitos fundamentais, que impõem ao Estado um dever de atuar positivamente, criando a obrigação de implementá-lo com máximas eficácia e efetividade, nos dizeres de Sarlet (2008). Por esse motivo, a Constituição estabelece, em seu art. 196, o dever do Estado de garantir a integral assistência de saúde aos cidadãos, de modo universal e igualitário. Além disso, a Lei nº 8.080/90 passou a organizar a estrutura e o funcionamento dos serviços de saúde e a Lei nº 8.142/90, a tratar da participação dos usuários no sistema e na transferência de recursos.

Por sua vez, a ideia de efetividade diz respeito à realização em máxima medida do programa abstratamente estabelecido pelo constituinte no plano do “ser” da realidade social. Contudo, é forçoso reconhecer que, no processo de efetivação das normas previstas na Constituição, há dependência de uma série de fatores exteriores ao próprio domínio do Direito Constitucional, entre eles a dimensão econômica, relevante em matéria de concretização dessa prestação imposta ao Estado.²

A problemática reside não no reconhecimento da fundamentalidade desse direito, mas em sua efetivação diante de um panorama de escassez orçamentária, o que vem desencadeando uma judicialização massiva por meio dos pleitos individuais. Sob esse prisma, Thaler e Sunstein (2009) elucidam ser imprescindível a compreensão de que a concretização e a execução dos direitos sociais envolvem elevado custo, que será suportado pelos cofres públicos, especialmente quando se pretende que se dê de modo universal e igualitário. Dessarte, caso inviável economicamente sua concretização, o direito pode acabar se esvaziando.³

2 SARLET, op. cit., p. 208.

3. GARCIA, Lara Rocha. *Inovação tecnológica e direito à saúde: aspectos jurídicos, econômicos, tecnológicos e de políticas públicas*. Curitiba: Juruará, 2017. p. 44-63.

O neoconstitucionalismo é o responsável por um acréscimo significativo da autoridade dos tribunais enquanto responsáveis últimos pela materialização do amplo rol de promessas constitucionais, fomentada também pela ineficiência, muitas vezes involuntária, dos demais poderes — um Legislativo em mora, que precisa editar inúmeras leis para concretização do extenso rol de direitos dispostos no texto constitucional, e um Executivo sem recursos para concretizá-los. A conscientização de que não há recursos orçamentários ilimitados para atender a todas as demandas de saúde existentes de modo universal é vital para a sustentabilidade do sistema.

O protagonismo do Poder Judiciário, entretanto, torna-se preocupante à medida que se percebe que a jurisprudência está alheia a esse cenário, optando por se socorrer de conceitos abstratos e indeterminados para realizar microjustiça no caso concreto e deixando passar despercebida a crise do sistema público de saúde e a consequência de suas decisões.

Nessa linha, apenas a título de ilustração, destacam-se os Recursos Extraordinários nº 566.471 e 657.718, bem como os Recursos Especiais nº 855.178/SE, 1.203.244/SC, 1.396.300/SC, 1.144.382/AL e 1.657.156/RJ, julgados em cortes superiores que apenas se preocuparam em impor critérios objetivos para a concessão dos pleitos individuais, deixando de sopesar as consequências de suas decisões. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de adoção de critérios de controle objetivos, de racionalidade econômica, efetivando os princípios estruturadores do Estado de Direito.

O presente trabalho tem por objetivo tratar da judicialização da saúde a partir da jurisprudência dos tribunais superiores em relação aos principais temas discutidos na justiça, tendo como hipótese de investigação a necessidade do uso do consequencialismo como método de decisão judicial para a superação da dicotomia acesso universal e igualitário ao direito à saúde *versus* recursos públicos escassos, sem prejuízo da materialização em máxima medida possível do direito à saúde.

Para tanto, far-se-á uso do método lógico-dedutivo, tendo por fonte a doutrina e a análise de precedentes dos tribunais superiores, além de

pesquisa de estatísticas envolvendo o tema. O artigo desenvolver-se-á em três tópicos, além da introdução e da conclusão. O primeiro tratará do direito à saúde e da problemática em torno de sua efetivação e de sua implementação; o segundo apresentará o consequencialismo como método de decisão e sua necessidade de aplicação pelo Poder Judiciário após a introdução do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pela Lei nº 13.655/2018. No terceiro tópico serão apresentados e discutidos alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça relacionados às questões mais judicializadas do direito à saúde, abordando a ausência de preocupação com julgamentos à luz do consequencialismo como método de decisão judicial e como isso contribui para o aumento da insegurança jurídica e das dificuldades no controle do orçamento público, o que conduz a mais judicialização e, em um futuro próximo, a uma maior ineficiência do Sistema Único de Saúde, na medida em que há uma polaridade funesta entre a escassez dos recursos públicos e o dever do Estado de garantir o direito à saúde de forma universal e igualitária a toda a população.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA ASCENDENTE JUDICIALIZAÇÃO

O direito à saúde é direito fundamental social inserido no catálogo de direitos sociais do art. 6º da Constituição, que prevê um rol de direitos que visam conferir a igualdade material a todos, não se contentando a Constituição com a mera igualdade formal. Os direitos sociais são protegidos contra emendas constitucionais abolitivas (art. 60, § 4º, IV), são multifuncionais e gozam de dupla dimensão, objetiva e subjetiva, o que implica o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

O que pretendia o constituinte ao inserir referido direito no rol dos direitos fundamentais era, em um primeiro momento e à luz do dever

de implementação progressiva dos direitos fundamentais, evitar seu esvaziamento, de tal sorte que o mínimo existencial em matéria de saúde deve ser visto como um piso mínimo, com noção bem delimitada, para as prestações jurisdicionais, não como um teto máximo.⁴

Dessarte, o direito à saúde básica — que compõe o mínimo existencial — compreende aquelas prestações que podem ser para todos disponibilizadas e de que todas as pessoas necessitaram, necessitam ou necessitarão durante sua vida para que tenham condições dignas de sobrevivência.⁵ Não é, como trata Hachem, “toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social”⁶ que se verá incluída em seu conteúdo indistintamente.

A despeito disso, conforme salientam Sarlet *et al.* (2015), é no âmbito desse direito “que se manifesta de forma mais contundente a vinculação [...] com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana”. Não obstante, como ressalta Loureiro, trata-se de direito marcado por “zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”,⁷ a exemplo, entre outras, da vida, da educação e do ambiente.

Nesse cenário, verifica-se que a Constituição empregou grandes esforços para a materialização em máxima medida desse direito por meio da efetivação de ações e programas na área da saúde, trazendo ao longo de seu texto uma série de dispositivos definidores de direito e de cunho impositivo de deveres que tratam sobre o tema, como incisos IV e XXII do art. 7º, inciso II do art. 23, inciso XII do art. 24, inciso I e VII do art. 30, inciso VII do

4. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: HACHEM, Daniel Wunder; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

5. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

6. HACHEM, op. cit., p. 205-240.

7. LOUREIRO, João Carlos. Direito à (protecção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 1, p. 660.

art. 34, inciso IV do art. 167, art. 196, 197, 198, 200, inciso VII do art. 208, §3º do inciso II do art. 220 e art. 227.⁸

Entre o amplo rol elencado, Sarlet (1998) destaca que é nos artigos 196 e ss. que o direito à saúde encontrou máxima concretização sob o ponto de vista normativo-constitucional, com destaque para as normas que tratam da organização e dos benefícios do Sistema Único de Saúde, bem como do fornecimento de medicamentos. Contudo, a necessidade de intermediação legislativa e executiva apresenta-se como óbice à sua eficácia plena, cuja exigibilidade judicial vem se apresentando como saída.

Aliás, é em razão das deficiências na intervenção do Executivo e do Legislativo que os tribunais passaram a se incumbir da responsabilidade de materializar, em última análise, o amplo rol de promessas constitucionais.

O relatório *Judicialização da saúde no Brasil*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, aponta que houve um crescimento de aproximadamente 130% no número de demandas de primeiro grau envolvendo o direito à saúde do ano de 2008 para 2017.⁹

Dados levantados pelo Tribunal de Contas da União em auditoria realizada no ano de 2017 apontam, ainda, que os gastos federais com o cumprimento de decisões judiciais para aquisição de medicamentos e insumos, de 2008 a 2015, sofreram um aumento de mais de 1.300%, saltando de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão.¹⁰

No período de 2010 a 2015, mais de 53% dos gastos se concentraram em três medicamentos que não fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), sendo que um deles não possuía sequer registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

8. SARLET, Ingo Wolfgang. Nota do coordenador científico. *Revista de Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008.

9. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 3 set. 2019.

10. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 3 set. 2019.

Considerando-se os processos ajuizados até 31 de dezembro de 2018 e em trâmite em primeiro e em segundo grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, cumulativamente, foram identificadas 2.228.531 demandas sobre a judicialização da saúde. Entre os assuntos mais recorrentes, destacam-se o fornecimento de medicamentos no SUS (544.378 demandas) e o tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos no SUS (259.334 demandas).¹¹

Os dados apresentados demonstram como a judicialização da saúde cresce a cada dia no país — sem perspectivas de solução desse problema a curto prazo. Não é por outro motivo que Rogério Luiz Nery da Silva e Yuri Schneider asseveram que, no Brasil, além de se chegar a um Estado Democrático de Direito no qual o poder deslocou-se para o Judiciário, encarregado de contrabalancear as ineficiências dos demais poderes, a situação é agravada, “pois se proclama, na Constituição, um Estado Democrático de Direito sem a anterior concretização de um Estado Social”.¹²

Destaca-se o cenário de escassez de recursos disponíveis no SUS, viabilizando a busca por alternativas para ampliação do acesso à saúde enquanto direito social. Sobre o tema, afirma Garcia:

O financiamento do SUS não tem sido suficiente para assegurar recursos financeiros adequados ou estáveis para o sistema público. [...] O SUS, portanto, dispõe de menor volume de recursos públicos para o atendimento às necessidades de saúde da população que aquele previsto quando o sistema foi criado, com o objetivo de se tornar um sistema de saúde universal e equitativo no Brasil, financiado com recursos públicos.¹³

11. SCHULZE, Clenio Jair. *Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>. Acesso em: 3 set. 2019.

12. SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 137-138, jan./mar. 2016.

13. GARCIA, Lara Rocha. *Inovação tecnológica e direito à saúde: aspectos jurídicos, econômicos, tecnológicos e de políticas públicas*. Curitiba: Juruará, 2017. p. 44-63.

Verifica-se um alarmante cenário envolvendo a judicialização da saúde, composto, de um lado, por uma ampla carta de direitos previstos constitucionalmente, que devem ser satisfeitos pelo Estado, multiplicada por uma crescente população e, de outro, uma ascendente dívida pública somada ao exorbitante número de ações judiciais, uma balança que não encontrará o justo meio senão por meio de uma racionalização do método interpretativo por parte dos tribunais, para os quais se deslocou a competência efetiva de materializar referida carta de direitos para muitos casos não contemplados adequadamente pelo poder público.

3. O CONSEQUENCIALISMO COMO MÉTODO DE DECISÃO

Inferre-se ser imprescindível a busca pelo equilíbrio entre os pilares do direito à saúde, enquanto direito de todos, e o orçamento público que o financiará, tendo em mente que ambos precisam um do outro — especialmente em se pensando na sustentabilidade do próprio SUS como atendimento integral e universal, nos termos da Constituição Federal e da lei de regência.¹⁴

Nesse contexto, inserem-se a análise econômica do Direito e o consequencialismo como método de decisão. A associação entre o Direito e a Economia é pertinente na medida em que, enquanto o Direito regula o comportamento humano, a Economia estuda como o ser humano toma decisões e se comporta diante da escassez de recursos.¹⁵

Ao tomar uma decisão, os agentes econômicos avaliam os custos e os benefícios das diferentes alternativas disponíveis, análise que é essencial-

14. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 47.

15. GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 8, jan./jun. 2010.

mente consequencialista, já que leva em consideração o que vai acontecer depois de tomada a decisão.¹⁶ Esse método de decisão obriga o julgador a levar em consideração as consequências práticas de suas decisões, não apenas valores abstratos.

O método ganha importância após a vigência do contexto neoconstitucionalista — que, apesar de valorizar os princípios, não se preocupa com as consequências das leis ou das decisões judiciais. O neoconstitucionalismo, por sua vez, sucedeu o juspositivismo — com foco no caráter normativo e também sem se preocupar com as consequências — e o jusnaturalismo — que valorizava o direito natural.¹⁷ Após essas correntes, a análise econômica do Direito começou a ser discutida no Brasil e o consequencialismo foi finalmente positivado pela Lei nº 13.655/2018, que reformou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

De acordo com o artigo 20 do referido diploma, “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Portanto, indene de dúvidas que é necessário analisar as consequências práticas das decisões referentes ao direito à saúde. Apesar de se tratar de direito fundamental, que deve ser garantido a todos, devem-se levar em consideração as externalidades geradas. Muitas vezes, ao se atender a demanda individual, cujo custo não estava previsto no planejamento orçamentário, o valor é abatido daquele que estava destinado a outras finalidades públicas.

É claro que aqui não se está a defender nenhum radicalismo, assim como se questiona o extremismo dos argumentos que não levam em conta as externalidades negativas, mas se defende que as consequências passem a ser apuradas como, conforme relata Schuartz (2008), “elementos constitutivos da fundamentação das decisões, que devem [...] ser inseridas e contempla-

16. PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios da Análise do Direito e da Economia. In: PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PINHEIRO, Armando Castelar (orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 5.

17. GICO JUNIOR, op. cit., p. 9-16.

das [...] com peso no máximo igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas”,¹⁸ nos exatos moldes do disposto na LINDB.

Não obstante, considerando que o Judiciário passou a ocupar posição determinante no *standard* das políticas públicas, não há que se olvidar da necessidade de que compreenda que toda escolha implica custos de oportunidade. O Estado não possui recursos ilimitados para tudo materializar em máxima medida para todos.¹⁹

Nessa seara, já que decisões pautadas apenas no neoconstitucionalismo deixam de lado as consequências e que as normas nem sempre terão por resultado aquilo que visavam obter quando de sua criação, a somatória da racionalidade prática advinda da adoção do método consequencialista apresenta-se como imprescindível à concreção eficaz dos objetivos e dos valores preceituados pelo ordenamento, com menor ônus aos direitos da coletividade, na medida em que permitirá a análise acerca do atingimento efetivo do interesse cuja lei tutela. Além disso, dará ensejo a decisões universais mais alinhadas ao sistema jurídico.²⁰

Diante dessa perspectiva, caberá ao magistrado complementar e integrar o ordenamento jurídico por meio do exercício de juízo de proporcionalidade do custo-benefício, avaliando as futuras consequências decorrentes da aplicação de determinada norma para fins de sopesar sua aplicação ou sua validade no caso concreto, para além da aplicação de princípios, o que lhe permitirá atender ao binômio legalidade-resultado.²¹

O juízo de validade da norma passará a estar relacionado às suas consequências, as quais serão avaliadas pelo intérprete dentro do “con-

18. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 28 out. 2019

19. CATEB, Alexandre Bueno et al. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas SA, 2014.

20. TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 21, p. 541-547, 2011.

21. (ARAGÃO, 2009, p. 29-52)

texto legal, político, social, econômico ou institucional em que será implementada”.²²

Tendo em vista a relevância que vem ganhando o método consequencialista e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre verificar se os Tribunais Superiores estão analisando as consequências de suas decisões.

4. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE: AUSÊNCIA DE UMA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA

No contexto da justiça brasileira, os assuntos que mais têm se repetido, como brevemente mencionado, são pleitos individuais por medicamentos e procedimentos clínico-hospitalares, os quais representam o que Élide Graziane Pinto chama de *década estéril de microjustiça na saúde no STF*.²³

A propósito, no âmbito da Corte Suprema, há cerca de uma década vem se prolongando a discussão de três temas, que juntos afetavam cerca de 42 mil processos, quais sejam: o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições de comprá-lo (Tema nº 6); o dever do Estado de fornecer medicamentos não registrados pela Anvisa (Tema nº 500); e a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde (Tema nº 793).

Por outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a fim de estabelecer critérios de decisão em prol da segurança jurídica, a Primeira Seção, em abril de 2018, ao julgar o REsp nº 1.657.156/RJ, traçou requisitos objetivos

22. CATEB, op. cit.

23. PINTO, Élide Graziane. Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas. *CONJUR*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vis-ta-esteril-decada-microjustica-saude-stf>. Acesso em: 3 set. 2019.

para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, quais sejam: *a)* comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente sobre a imprescindibilidade ou a necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; *b)* incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e *c)* existência de registro na Anvisa do medicamento.²⁴

Houve modulação dos efeitos da decisão, tendo em vista que a exigência dos mencionados requisitos se deu a partir da conclusão do julgamento do recurso, não alcançando os processos suspensos desde a afetação do tema repetitivo. Portanto, apesar de uma postura ativista, o tema de fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa quedou-se superado com a publicação do Recurso Especial supramencionado.

Como se vê, nota-se que o entendimento firmado nesse caso paradigmático não inclui o método consequencialista de análise do custo-benefício ou das consequências práticas da decisão. Os tribunais superiores, para longe de materializar o direito à saúde no macrossistema, apenas trazem critérios para fins de racionalizar o método decisório no caso concreto, como se os casos ligados ao direito não envolvessem maiores e outras consequências, postura essa que vai de encontro aos artigos 4º, 5º e 20 da LINDB.

No STF, no caso do RE 566.471/RN (Tema nº 6), por exemplo, em que se discutiu o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições de comprá-lo, o estado do Rio Grande do Norte se utilizou do raciocínio consequencialista para embasar seu requerimento:

[...] a decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete as políticas de universalização do serviço de fornecimento de medi-

24. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7. Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 22 set. 2021.

camentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação; viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária; bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde.

Em 11 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, desproveu o recurso extraordinário, restando vencido parcialmente o ministro Edson Fachin, que lhe dava parcial provimento, mas foi deliberada a fixação da tese para fins de repercussão geral em assentada posterior.

Os autos retornaram a julgamento, no plenário virtual, realizado de 21 a 28 de agosto de 2020, quando o relator ministro Marco Aurélio apresentou seu voto, com proposta de tese, e os ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso divergiram do relator, enquanto o ministro Gilmar Mendes pediu vista.

A tese proposta pelo ministro Marco Aurélio foi a seguinte:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Nota-se, na tese sugerida e no voto do relator, que não foi adotado o consequencialismo como método de decisão. Pelo contrário, o ministro Marco Aurélio afirmou que os argumentos relacionados às consequências da decisão no orçamento público não podem ser utilizados para indeferir o fornecimento de medicamentos, como já havia afirmado em controvérsias análogas:

o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (recurso extraordinário nº 195.192/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 22 de fevereiro de 2000).

Diante da ausência de consenso, o ministro Alexandre de Moraes sugeriu a fixação de tese no seguinte sentido:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente – inclusive da análise da tutela de urgência –, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento.

Por entender que o voto do ministro Alexandre de Moraes não incorpora integralmente o parâmetro procedimental de realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, o ministro Roberto Barroso sugeriu nova tese:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

Resta aguardar o final do julgamento, com anseio de que o Supremo Tribunal Federal tome por base o método consequencialista no momento de fixação da tese, para decidir da melhor maneira sobre a celeuma da obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

No que se refere aos medicamentos não registrados pela Anvisa (Tema nº 500), no julgamento do RE 657.718, em maio de 2019, foi fixada a seguinte tese pelo STF:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo

superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Da análise dos critérios fixados pela tese, nota-se a ausência de preocupação com as consequências da decisão. Para afastar a regra geral que impede o fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa, o STF fixou três requisitos objetivos a serem preenchidos no caso de mora irrazoável da apreciação do pedido pela Anvisa – pedido de registro no Brasil, registro no exterior e inexistência de substituto terapêutico registrado no Brasil. Entre os requisitos, não há qualquer remissão aos custos do medicamento para o orçamento público.

Em relação à questão da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde (Tema nº 793), ao analisar o mérito do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, em março de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, se limitou a reafirmar a jurisprudência dominante sobre a matéria, mencionando inúmeros precedentes sobre a responsabilidade solidária dos entes quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamentos.

A jurisprudência foi firmada pelo Plenário da Corte, em abril de 2010, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. O entendimento foi fundamentado nos artigos 23, II e 196, ambos da Constituição Federal.

No entanto, o reconhecimento da responsabilidade solidária agravou o cenário já alarmante, trazendo consequências gravosas para todos os entes. A judicialização de um medicamento em face de um município faz com que esse passe, em razão de determinação judicial, a ter que arcar com valores que extrapolam em muito aquilo que é capaz de suportar, o que coloca em risco suas finanças. Por sua vez, ante a concessão indiscriminada de medicamentos pelo Judiciário, os Estados passam a ter de incorporar medicamentos que não possuem amparo técnico do CONITEC apenas para facilitar seu processo de aquisição. Além disso, a União passa a ter de sistematizar a distribuição de medicamentos sem controle de uso e estrutura vantajosa se comparada ao SUS.²⁵

Dessarte, há que se ressaltar que, apesar de todos os entes possuírem dever uno de efetivação do direito à saúde, certo é que a divisão de responsabilidades no Sistema Único de Saúde “segue uma gradação ascendente: centrípeta na ampliação das responsabilidades técnicas e de financiamento; e centrífuga na atribuição de execução das ações e serviços de saúde”.²⁶

É por esse motivo que a Lei nº 8.080/1990, obedecendo aos comandos constitucionais, especialmente ao longo dos artigos 16 a 19, elenca que o custeio dos medicamentos deve seguir a lógica da integralidade do tratamento e da complexidade, atribuindo aos entes competência especializada, de tal sorte que ao município compete, em regra, apenas o tratamento básico e que o que extrapolar esse âmbito deverá ser repartido entre os demais entes ou provido pela União.

Desse modo, evidenciou-se que o entendimento adotado pelo STF, ao ignorar a lógica constitucional, acarretou desordem administrativa, afetando não só o paciente, mas todos os usuários.²⁷

25. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 ED. Rel. LUIZ FUX. Relator p/ acórdão: EDSON FACHIN. Tribunal Pleno. Julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. DJe-090. DIVULGAÇÃO 15-04-2020. PUBLICAÇÃO 16-04-2020.

26. Ibidem.

27. Ibidem.

Portanto, mais coerente seria, atendendo aos comandos constitucionais e à lógica de competências adotada pela Lei do SUS, adotar o entendimento de que a demanda deve ser proposta em face do ente devido, ou seja, da “pessoa política com competência administrativa [...], ressalvada a responsabilidade subsidiária da União”.²⁸

Ato contínuo, o contrassenso perdurou no âmbito dos demais julgados, apesar de o município do Rio Grande do Norte, no caso do RE 566.471/RN, do estado do Rio de Janeiro, no RE 1.657.156/RJ, e da União, no RE 855.178/SE, terem alertado acerca das desastrosas consequências, utilizando-se de raciocínio típico do método consequencialista e sustentando, em síntese, que as decisões judiciais que atendem a um único indivíduo: *i)* ignoram o cenário de escassez de recursos que impõe eleição de prioridades e escolhas; *ii)* colocam em risco as políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos e prejudicam os cidadãos, em completa violação aos princípios de universalidade e isonomia; *iii)* debilitam os investimentos nos demais serviços de saúde e outras áreas; *iv)* violam a reserva do possível e a reserva orçamentária; *v)* não se fundamentam na Constituição, diante do caráter programático das normas sobre saúde; e *(vi)* infringem os dispositivos da Lei nº 8.080/1990.

Diante das nefastas consequências da aplicação da solidariedade entre os entes federativos, em sede de Embargos de Declaração opostos pela União no RE 855.178/SE, o Supremo Tribunal Federal voltou a se debruçar sobre o tema. Na ocasião, em maio de 2019, apesar de rejeitar os Embargos de Declaração quanto ao mérito, reconheceu-os com o objetivo de detalhar e esclarecer o sentido da tese da responsabilidade solidária, que restou assim fixada:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as re-

28. BRASIL, op. cit.

gras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

A tese foi fortemente influenciada pelo Enunciado 60 da II Jornada de Direito da Saúde/CNJ, que trouxe uma alternativa ao imbróglgio criado ao dispor que o magistrado poderá, ao conceder liminar ou medida definitiva, direcionar “o seu cumprimento a determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento”.

A tramitação do RE 855.178/SE demonstra que, em um primeiro momento, o STF, por maioria, pelo Plenário Virtual, se limitou a reafirmar a jurisprudência dominante sobre a matéria, sem qualquer análise sobre as consequências de sua decisão, afirmando que, diante da responsabilidade solidária dos entes federados em conferir tratamento médico adequado, o polo passivo poderia ser composto por qualquer um deles. No entanto, diante das consequências desastrosas da decisão, o Supremo se viu obrigado a analisar o tema com mais profundidade quando da oposição dos embargos de declaração e levou-os ao Plenário Físico.

No julgamento dos embargos de declaração, o ministro Edson Fachin expôs as distorções decorrentes da interpretação e da aplicação, pelos operadores do direito, do entendimento firmado sobre a solidariedade dos entes. Foram trazidos os seguintes argumentos, com respaldo no consequencialismo:

- 1) AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE APÓS A FIXAÇÃO DA TESE DA SOLIDARIEDADE – TAL QUAL ENUNCIADA (E NÃO COMO DEVE SER LIDA E INTERPRETADA) – COM O CORRELATO AUMENTO DOS GASTOS PÚBLICOS COM SAÚDE, SEM A CORRELATA MELHORA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. O sistema gasta mais e atende pior.
- 2) DESESTRUTURAÇÃO DO SUS: a compreensão de que qualquer cidadão pode demandar de qualquer pessoa política, independentemente do

que preveem a lei e as pactuações no âmbito do SUS sobre a respectiva atribuição, aliada ao fato de não se admitir o chamamento (do ente correto) ao processo, tende a acarretar a falência do SUS em médio ou longo prazo. 3) Por fim, em muitas oportunidades, há SOBREPOSIÇÃO ou AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL – ao se aceitar que o cidadão pode acionar qualquer ente (e que este não pode apontar quem seria legalmente responsável pela obrigação e chamá-lo ao processo), evidencia a dificuldade da tese, que é corroborada pela possibilidade de condenação de pequenos municípios a arcarem com tratamentos e medicamentos literalmente milionários, incluindo transplantes, de forma a serem obrigados a utilizar quase todo o seu orçamento para saúde no atendimento de demandas que deveriam ser propostas contra a União ou contra o Estado.

A fundamentação consequencialista é de extrema importância, no entanto, no caso do RE 855.178/SE, somente foi adotada em sede de embargos de declaração, sendo ignorada no julgamento do mérito do recurso extraordinário. E, apesar de o voto vencedor ter sido o do ministro Edson Fachin, a interpretação não logrou uniformidade.

O que se espera é que, ao se interpretar o tema 793, sejam levadas em consideração as regras do SUS, entre elas, a regra de ouro, de ser sistêmico e organizado em regiões de saúde, com competências definidas para cada ente federativo.²⁹

De um modo geral, analisando detidamente as decisões, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal costuma ignorar o imprescindível debate imposto pela crise da saúde, recorrendo-se à ideia de saúde como direito ao mínimo existencial imponderável frente a argumentos de ordem orçamentária. Também se socorre de ampla jurisprudência que, ao longo de décadas,

29. MELO, Felipe Barreto de. O tema 793 do STF e o dissenso jurídico. Aqui tem SUS?. *Direito em comprimidos*, 2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 19 out. 2020.

conservou idêntica compreensão sem sequer adentrar no referido debate, partindo da lógica da “realidade como ela é”, como se não houvesse aspiração à mudança diante de um instituto ou regramento que não mais se conforma com a realidade posta ou anteposta ao longo da evolução, interpretação que se revela inadequada e irresponsável.³⁰

As decisões devem sempre ser dadas com olhos para o futuro e sua fundamentação, corresponder às necessidades humanas e sociais, fugindo da mera análise retroativa — bem diferente dos julgados em comento. Inclusive, a ideia de revolução científica adotada por Thomas Kuhn representa com exatidão o atual cenário.³¹

O paradigma do neoconstitucionalismo puro e simples deve ceder espaço gradativamente ao novo paradigma em que há auxílio do consequencialismo e das ferramentas fornecidas pela análise econômica do Direito. Aliás, é o que preceitua a LINDB, em seus artigos 4º, 5º e 20, ao vedar fundamentação com base exclusivamente em valores jurídicos abstratos, impondo a necessidade de análise do custo-benefício para motivar a decisão.³²

Não obstante, diante do cenário atual de dívida pública crescente e gastos para além do que comporta o orçamento, não há mais espaço para decisões de ordem abstrata alheias ao mundo dos fatos, como também não há lugar para a tentativa de se perfazer política pública individual de modo ineficiente e dispendioso, com possibilidade de inviabilização do próprio direito coletivo à saúde. O julgador precisa realizar juízo de ponderação de todas as possibilidades e de todas as circunstâncias para, só então, definir as prioridades e a finalidade da norma.

30. (ARAGÃO, 2009, p.29-52)

31. SOUZA NETTO, Jose Laurindo de. A centralidade da jurisdição como fonte reveladora de direito: a busca da cientificidade perdida. *Compedi Law Review*, v. 1, n. 13, p. 8-28, 2016.

32. KHUN, Thomas S.A. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva SA, 1997. Resenhado por Roberta Chiesa Bartelmebs. *Ensaio Pesquisa em Educação em Ciências*, v. 14, n. 3, p. 351-358, 2012.

5. CONCLUSÃO

Não há que se olvidar que a saúde é direito fundamental social que impõe ao Estado o dever de atuar positivamente para sua implementação em máximas medida e eficácia, já que positivado nos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Federal.

Igualmente, não há dúvidas de que o Sistema Único de Saúde foi instituído com o fim de garantir integral assistência à saúde dos cidadãos de modo universal e irrestrito, regulamentado pelas Leis nº 8.142/1990 e nº 8.080/1990.

No entanto, a falta de satisfação espontânea do direito à saúde levou a uma sobrevalorização do Poder Judiciário. Não é de hoje que os tribunais vêm recebendo incumbência de, em última análise, materializar o rol de promessas constitucionais. Aliás, o relatório do CNJ, referente aos anos de 2008 a 2017, já apontava para esse cenário.

A problemática se acentua quando os tribunais superiores, enquanto uniformizadores de jurisprudência, indenem ao arrepio das consequências de suas decisões, editam uma série de teses de observância obrigatória acerca de temas ligados à saúde que movimentam mais de 42 mil processos — o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave que não possua condições de comprá-lo, o dever do Estado de fornecer medicamentos não registrados na Anvisa e a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde —, optando por fazer microjustiça no caso concreto sem levar em conta a escassez dos recursos públicos, ficando claro que todos esses temas não foram analisados pelo método consequencialista, dever do julgador, conforme art. 20 da LINDB.

No tocante à responsabilidade dos entes, não se pode ignorar a lógica constitucional. Dessarte, as demandas devem ser propostas seguindo a lógica de competências adotadas pela Lei 8.080/1990, a qual atende aos comandos constitucionais, sob pena de desordem administrativa e financeira que afetarão todos os usuários.

Dentro da lógica de responsabilidade solidária adotada pelo STF, foi buscada uma saída, inclusive com influência do Enunciado 60 da II Jornada de Direito Civil, em que se fez um detalhamento da tese no âmbito dos Embargos de Declaração, especificando que deve haver um direcionamento do cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinação de ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Não obstante, quanto às demais teses fixadas e ainda pendentes de definição, fica evidente a necessidade de mudança do paradigma interpretativo adotado.

Interpretações com base em conceitos e valores jurídicos abstratos sem análise do custo-benefício não têm mais espaço diante de um contexto de crise acentuada, especialmente quando despidas de legitimação intrínseca, podendo inviabilizar o próprio direito à saúde, que deve ser garantido a todos. Inclusive, a própria LINDB, em seus artigos 4º, 5º e 20, veda fundamentações pautadas exclusivamente em princípios, impondo que também se pondere o binômio custo-benefício.

Mesmo que não fosse o caso, a necessária compreensão do conteúdo do direito fundamental social à saúde leva ao entendimento de que esse não abrange, segundo Hachem,³³ “toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social”, mas o direito básico à saúde, ou seja, aquelas prestações materiais universais, comuns a todas as pessoas para que vivam de forma digna.

Ato contínuo, considerando que o Judiciário passou a ocupar o cerne da materialização das políticas públicas de saúde, é imprescindível que compreenda que, se o Estado não tem como materializar todos os tratamentos e todos os medicamentos disponíveis no mercado a todos os cidadãos, em razão da escassez orçamentária, e se toda escolha implica custo, caso o Judiciário escolha potencializar ao máximo o direito individual à saúde, deixará de garantir o atendimento integral, universal e sustentável do próprio SUS.

33. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: HACHEM, Daniel Wunder; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

Embora a garantia individualizada do direito à saúde em máxima medida, em um primeiro momento, pareça atraente, quando se considera de que se tem de abrir mão para persegui-la, nota-se como é indesejável e utópica essa concessão desmedida pelo Poder Judiciário.

Por esse motivo, a clássica ideia de justiça deve ser tratada de maneira racional, por meio de critérios de controle objetivos, recorrendo o intérprete ao método consequencialista para tomar a decisão mais acertada, realizando, no mundo dos fatos, os objetivos jurídicos que incumbem ao Estado atingir sem maiores efeitos colaterais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números, 2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 3 set. 2019.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7. Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES. PRIMEIRA TURMA. Julgado em 25/04/2018. DJe 04/05/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 22 set. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 916.272/RN. Rel. Ministra ROSA WEBER. PRIMEIRA TURMA. DJe 25/09/2019.

- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 ED. Rel. LUIZ FUX. Rel. p/ acórdão: EDSON FACHIN. Tribunal Pleno. Julgado em 23/05/2019. PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO.; DJe-090. DIVULGAÇÃO 15-04-2020. PUBLICAÇÃO 16-04-2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 RG. Rel. LUIZ FUX. Tribunal Pleno. Julgado em 05/03/2015. PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. DJe-050. DIVULGAÇÃO 13-03-2015. PUBLICAÇÃO 16-03-2015.
- _____. Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 3 set. 2019.
- CATEB, Alexandre Bueno et al. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas SA, 2014.
- GARCIA, Lara Rocha. *Inovação tecnológica e direito à saúde: aspectos jurídicos, econômicos, tecnológicos e de políticas públicas*. Curitiba: Juruará, 2017. p. 44-63.
- GIANNETTI, Eduardo. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GICO JUNIOR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: HACHEM, Daniel Wunder; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.
- KHUN, Thomas S.A. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: editora Perspectiva SA, 1997. Resenhado por Roberta Chiesa Bartelmebs. *Ensaio Pesquisa em Educação em Ciências*, v. 14, n. 3, p. 351-358, 2012.
- LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 1, p. 660.
- MELO, Felipe Barreto de. O tema 793 do STF e o dissenso jurídico. Aqui tem SUS?. *Direito em comprimidos*, 2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 19 out. 2020.
- PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios da análise do Direito e da Economia. In: PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PINHEIRO,

- Armando Castelar (Orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Nota do coordenador científico. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008.
- _____.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008.
- SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 28 out. 2019.
- SOUZA NETTO, Jose Laurindo de. A centralidade da jurisdição como fonte reveladora de direito: a busca da cientificidade perdida. *Compedi Law Review*, v. 1, n. 13, p. 8-28, 2016.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. London: Penguin Books, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 21, p. 541-547, 2011.

Análise econômica do Direito nos contratos de locação comercial em tempos de restrições de abertura e acesso ao comércio

*Bruna Greggio
Franciele Cit*

1. INTRODUÇÃO

Um tema em voga atualmente em âmbito acadêmico e na prática judiciária é o reflexo da pandemia de covid-19 nos contratos em geral, sobretudo nos contratos de locação comercial de atividades não essenciais, que, na grande maioria dos municípios, foram impactadas pelas severas restrições de funcionamento e até pelo fechamento total em determinados períodos. Essas restrições (ou ordens de fechamento) afetaram profundamente o faturamento das empresas, o que as levou a solicitar uma diminuição no pagamento dos aluguéis.

É cediço que essas restrições não poderiam ter sido previstas à época da elaboração do contrato e são advindas de um poder competente. Obviamente, alguns atos normativos foram objeto de discussão no Poder Judiciário. Contudo, observa-se que a maioria das decisões mantiveram as restrições impostas, sob pena de invadir a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo.¹

Com isso, começaram a surgir publicações acadêmicas e processos judiciais começaram a surgir sobre as teorias que excepcionam o pagamento das obrigações oriundas do Direito Civil, como a teoria da imprevisão para relação entre particulares e o fato do príncipe quando envolvido o poder público, abordagens teóricas que serão aprofundadas na seção 2. Todavia, pouco frequente foi a abordagem do problema pela análise econômica do Direito, que, como este artigo busca mostrar, é mais efetiva e justa.

Partindo dessa abordagem, o trabalho tem como viés defender a aplicação da análise econômica do Direito aos contratos de locação, permitindo

1. “[...] qualquer determinação judicial neste sentido não seria exequível e invadiria a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, que, repete-se, é quem tem a visão macro do sistema, não dotada pelo Poder Judiciário. Ou seja, é o Chefe do Poder Executivo quem administra o Município, com ou sem pandemia, devendo agora, mais do que nunca, nesta situação de calamidade pública, acurar-se o Judiciário para não substituir a função dos demais Poderes, não invadir a atuação dos gestores, sob pena de violação do próprio Pacto Federativo”. (BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Sentença. Processo n. 0001289-37.2020.8.16.0004. Autor: Promotoria de Proteção à Saúde Pública de Curitiba. Réu: Município de Curitiba. Magistrada Rafaela Mari Turra. Mov. 32.1, p. 12. Julgado em 18/06/2020).

“[...] não cabe ao Judiciário sobrepor-se ao Poder Executivo nesta atividade que lhe é própria, conforme, aliás, vem repetindo o Supremo Tribunal Federal mesmo diante da pandemia (v.g. ADPF nº 672 e ADI nº 6341), seja porque o poder é discricionário do gestor público, devendo, por isso, ser-lhe assegurada a liberdade de agir, seja porque a visão do Judiciário é limitada, não tendo condições de avaliar todos os fatores relacionados à questão, até porque demandaria atividade política, estranha à atividade judicante.

Solução diferente, vale dizer, acabaria por violar o princípio da Separação de Poderes, inerente ao próprio Estado Democrático de Direito”. (BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Decisão. Processo n. 0002117-33.2020.8.16.0004. Autor: Defensoria Pública do Paraná. Réu: Município de Curitiba e Fundação de Ação Social. Magistrada Rafaela Mari Turra. Mov. 25.1, p. 12. Julgado em 18/06/2020).

que haja, em caso de modificação temporária no valor da locação, seja por negociação, seja por imposição, parâmetros mais objetivos e eficientes, evitando, assim, insegurança jurídica e consequências econômicas desastrosas. Será analisada, ainda, a relação de locação comercial pela teoria do contrato incompleto, que vem complementar as teorias que implicam a revisão dos aluguéis previamente acordados.

Para isso, indaga-se se a lei 14.010/2020, criada para o período pandêmico, com o objetivo de dispor sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia do novo coronavírus, ao não fixar percentuais de redução de aluguel, aumentou ou diminuiu os custos de transação para as partes, facilitando (ou não) a composição amigável.

O que será defendido, portanto, em razão de o direito não a prever objetivamente, bem como de as teorias civilistas existentes serem insuficientes, na seção 3, é a importância de o operador do direito ter ciência dos princípios da análise econômica do Direito, do conceito de eficiência, de custos de transação e de porque seria possível utilizar a teoria do contrato incompleto para auxiliar na tentativa de revisão contratual.

Ainda que este texto olhe a questão pelo retrovisor, suas conclusões são úteis para futuros momentos de crise e incerteza. Assim, mesmo que o período crítico da pandemia possa ter passado, há a possibilidade de uma eventual “segunda onda”, quando novas restrições podem ser impostas. Da mesma forma, novos contratos de locação podem ser feitos contemplando uma “cláusula de pandemia” ou propositadamente deixando de contemplar essa circunstância, cabendo ao Judiciário saber lidar com essa situação.

2. ABORDAGEM PELAS TEORIAS CIVILISTAS

Quando da elaboração dos atuais contratos de locação, não era possível prever a pandemia da covid-19 e os efeitos econômicos e sociais que dela adviriam. Assim, com o advento da crise sanitária e suas decorrên-

cias, os locatários se viram em dificuldade para efetuar o pagamento dos aluguéis, fazendo com que fosse necessário rediscutir seus contratos e, eventualmente, como argumentam alguns, revê-los para restabelecer o equilíbrio contratual.

Sabe-se que o contrato, quando celebrado, assim o é considerando determinadas circunstâncias. Dessa forma, presume-se naquele momento que ele esteja em equilíbrio. No entanto, imprevistos podem ocorrer:

Todavia, certas circunstâncias, durante a execução do contrato, podem afetar profundamente esse desequilíbrio, levando objetivamente à onerosidade excessiva dos deveres de uma das partes ou até mesmo comprometendo sua finalidade. Essas circunstâncias são exteriores ao contrato – o que significa dizer que não foram provocadas por uma das partes – e supervenientes à data de sua celebração, o que implica execução contratual duradoura, não sendo logicamente cabíveis em relações negociais de execução instantânea. O advento de tais circunstâncias pode levar à resolução ou à revisão do contrato, porque este não é mais o mesmo que as partes celebraram.²

Uma reação comum dos locatários à ocorrência de desequilíbrios contratuais por circunstâncias exteriores e supervenientes é a solicitação da revisão do aluguel. As teorias mais utilizadas para os pedidos de revisão de aluguel durante a pandemia da covid-19 são a teoria da imprevisão indicada no art. 317³ e a teoria da onerosidade excessiva incluída no art.

2. LÔBO, Paulo. *Direito civil 3: contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. [livro eletrônico]

3. “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2020).

478, ambas do Código Civil.⁴ Essas teorias permitem a revisão do contrato diante de um motivo imprevisível e de manifesta desproporção do aluguel quando da contratação e do momento da execução. Fábio Ulhoa Coelho assim explica:

Pois bem, a equação entre perdas e ganhos do cálculo de interesses enxergada pelo contratante no momento da contratação pode desfazer-se com o tempo. A relação se desestabiliza na hora da execução do contrato, de modo que as perdas se mostram maiores que as calculadas ou os ganhos, menores. O sujeito de direito não vê, às vésperas do vencimento da obrigação, a mesma relação entre perdas e ganhos que o motivou a contratar. Se o descompasso é acentuado, a tendência é o contratante interessar-se pela restauração da equação originária ou pelo menos pela atenuação das perdas. Procurará, então, o outro contratante para, numa renegociação, alterar o conteúdo do contrato (subitem 6.1). Mas a renegociação de contrato para restauração da equação inicialmente calculada por um dos contratantes nem sempre é factível. Em geral, à acentuação das perdas para uma das partes corresponde o aumento dos ganhos para a outra. A alteração é interessante para um contratante apenas, circunstância que não motiva o outro a concordar com ela.⁵

4. Apesar de serem duas teorias distintas, com resultados práticos almejados distintos pela lei (teoria da imprevisão sugere a revisão do contrato e teoria da onerosidade excessiva sugere a resolução contratual), a imensa maioria da doutrina entende como muito semelhantes ambas as teorias, tratando-as de forma igual, sendo, inclusive, editados os enunciados 176, 365 e 367 nas Jornadas de Direito Civil da CJE. ENUNCIADO 176 – Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos, não à resolução contratual. ENUNCIADO 365 – A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou da revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena. ENUNCIADO 367 – Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

5. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral I. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3. [livro eletrônico]

Diversas ações foram ajuizadas com base nessas teorias. Diante das restrições de funcionamento e das determinações de fechamento dos comércios considerados não essenciais, o faturamento dessas empresas diminuiu drasticamente, o que levou alguns juízes a impor a diminuição do aluguel, inclusive liminarmente.

Entendeu-se nesses casos que a pandemia (fato imprevisível) e a queda no faturamento atenderiam aos requisitos do art. 317⁶ e/ou do art. 478 do CC,⁷ havendo, dessa forma, uma onerosidade excessiva ao locatário, causando um desequilíbrio contratual suficiente para justificar a alteração de suas cláusulas.

Para proteção à livre iniciativa e para garantias para o livre mercado, contrastando os dispositivos indigitados, a edição da Lei nº 13.874/2019, conhecida como lei da liberdade econômica, incluiu diversos artigos no Código Civil de 2002, entre eles o art. 421⁸ e o art. 421-A,⁹ que versam

6. “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. (BRASIL.Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2020).

7. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. (BRASIL.Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 3 fev. 2021).

8. “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. (BRASIL.Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 3 fev. 2021).

9. “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e

sobre a liberdade contratual, o princípio da intervenção mínima nos contratos e a excepcionalidade da revisão contratual.

Apesar de o art. 421-A do Código Civil indicar que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada, é necessário respeitar a alocação de riscos definida pelas partes no momento da contratação. A pandemia da covid-19 desequilibrou a alocação de riscos dos contratantes, o que permite a tentativa de restabelecimento do equilíbrio contratual. Assim, é relativizado o princípio da força obrigatória dos contratos para ser possível preservá-los a longo prazo.

Contudo, na pandemia, a imprevisibilidade também está para o locador e, do mesmo modo, pode haver desproporção para com ele, não somente para com o locatário. Cite-se o exemplo de um caso julgado pela 20ª Vara Cível de Curitiba,¹⁰ em que a decisão foi favorável ao locatário para diminuição do aluguel em 50%, por três meses, enquanto havia recomendação e obrigatoriedade de fechamento do comércio para diversos setores. Contudo, em sede de agravo de instrumento,¹¹ a locadora comprovou que, por ser idosa e ter

limitada". (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 3 fev. 2021).

10. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 20ª Vara Cível do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Decisão. Processo n. 0003856-53.2020.8.16.0194. Autor: Direção Estacionamento (Auto Park). Réu: Espólio de Adolpho de Oliveira Franco Junior e outros. Magistrada Franciele Cit. Mov. 20.1. Julgado em 05/05/2020.
11. "Em uma análise perfunctória, vislumbra-se que os agravantes lograram êxito em comprovar a verossimilhança de suas alegações. É fato público e notório que o Brasil e o mundo atravessam crise de ordem sanitária e econômico-financeira, causada pela pandemia do novo coronavírus. Os danos causados ao setor econômico são inegáveis. Contudo, também é notório que os efeitos ocasionados pela crise são experimentados por todos, inclusive pelos agravantes. Nesse cenário, o Poder Judiciário vem sendo abarrotado de demandas que se assemelham ao presente caso, onde as partes alegam desestabilização financeira e necessidade de intervenção estatal, de modo a restabelecer o equilíbrio contratual nos contratos de locação residenciais e não residenciais. A solução para esses litígios demanda a análise da casuística, valoração das peculiaridades como a condição financeira das partes, adotando-se, mais do que nunca, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, conquanto, repita-se, a crise vem afetando todos, sem exceção. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 18ª Câmara Cível. Recurso de Agravo de Instrumento n. 0022781-97.2020.8.16.0000. Agravante: Espólio de Adolpho de Oliveira Franco Junior e outros. Agravado: Direção Estacionamento (Auto Park). Relator: Marcelo Gobbo Dalla Dea. Mov. 81.1. Julgado em 27/05/2020).

outras pessoas que dela dependem, além dos gastos aumentados com saúde, a subsistência estaria comprometida. Além disso, também ficou registrada na decisão *ad quem* que a locatária é empresa de grande porte e atua em diversos ramos, fatos que motivaram a deferir o efeito suspensivo e sobrestar a ordem até decisão definitiva do agravo, ainda pendente.

A possibilidade de decisões conflitantes, considerando o ineditismo da questão, levou o legislativo a editar a Lei nº 14.010/2020,¹² na tentativa de oferecer algum tipo de previsibilidade. Assim, por exemplo, foi inserido no projeto de lei o que não seria considerado fato imprevisível para fins de caracterizar onerosidade excessiva (artigo, ao final, vetado pelo Presidente da República).

Chegou-se a cogitar a inclusão de percentuais de redução de aluguel quando da elaboração dos PLS 1179/20 e 936/20, o que ficou de fora justamente para não haver um “engessamento” e para cada caso poder ser analisado em sua especificidade.

Assim, conclui-se que a teoria da imprevisão, sob a ótica tradicional, por si só, pode ser falha para a concessão de antecipação de tutela ou para firmar a tese de que pode ser aplicada aos contratos fragilizados em decorrência das restrições impostas para evitar a propagação do vírus, uma vez que o imprevisto também ocorreu para a outra parte.

Outrossim, não se cogita, de forma semelhante, a resolução por onerosidade excessiva, prevista no art. 478 do Código Civil,¹³ seja pelo que foi abor-

12. “Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020. Promulgação partes vetadas”. (BRASIL. Lei nº 10.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 27 out. 2020).

13. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2020).

dado acima, seja em razão do princípio da conservação dos negócios jurídicos. Poder-se-ia aplicar o art. 479 do Código Civil¹⁴ para evitar a resolução precoce do contrato, mas a modificação dependeria do réu e, no caso, de o juiz respeitar a vontade do autor, respeitado o contraditório.¹⁵ Contudo, em uma análise de antecipação de tutela em meio à pandemia, o contraditório, inclusive a intimação e a citação, ficam prejudicados, em razão da urgência que a situação impõe e, mesmo se não fosse o caso, dependeria de dados e fórmulas mais objetivos para embasar a decisão.

Embora o art. 18 da Lei de Locações preveja a possibilidade de as partes negociarem o valor da locação, bem como o art. 19¹⁶ permita a judicialização para revisão do valor quando transcorridos três anos de contrato, o princípio da intervenção mínima previsto no parágrafo único do art. 421 do Código Civil¹⁷ contrapõe a questão com a finalidade de reforçar a *pacta sunt servanda* e o respeito aos contratos.

14. “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2020).

15. Enunciado 367 do CJF: “Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório”. (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/488>. Acesso em: 28 out. 2020).

16. “Art. 18. É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste.

Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”. (BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 28 out. 2020).

17. “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2020).

Outras formas de excepcionar o pagamento por quebrar o sinalagma foram levantadas, como caso fortuito e força maior, estado de perigo ou lesão e fato do príncipe. Contudo, para todas elas, não haverá perfeita subsunção aos casos postos em juízo, justamente por as restrições impostas afetarem a todos e por necessitar-se de fórmula na aplicação de percentual de redução para que não seja mera suposição.

Por fim, é importante abordar o efeito que a aplicação dessas teorias poderia causar sem que fosse analisada toda a conjuntura. Para tanto, cite-se o exemplo de uma loja em *shopping center* cujo pedido era de não pagamento do aluguel enquanto houvesse determinação de fechamento do estabelecimento. O pedido antecipatório foi indeferido de plano¹⁸ e, na decisão inicial do agravo de instrumento, foi suspensa a exigibilidade do aluguel mensal,¹⁹ podendo repercutir, primeiro, para o condomínio

18. “Assim, não é de se olvidar que os autores de fato vivenciam momento de recessão e que o equilíbrio econômico-financeiro que deve reger a relação jurídica estabelecida entre as partes foi afetado profundamente, sendo necessária uma readequação das obrigações. Todavia, se de um lado há o locatário com baixo faturamento e dificuldades em honrar suas obrigações contratuais, de outro existe o locador, que, ao deixar de receber a contraprestação, por certo terá que arcar com custos, taxas, encargos e despesas decorrentes do estabelecimento sem nada faturar, ou seja, a problemática é vivenciada por ambos os lados e assim se estende para todos os ramos da sociedade. Desse modo, não é por outra razão que as relações devem ser revistas, preferencialmente através da bilateralidade que deu causa ao negócio original, considerando, sobretudo, os princípios elencados pelo autor em sua petição inicial, tal como boa-fé, lealdade e cooperação”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Vara Cível do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Decisão. Processo n. 0003166-24.2020.8.16.0194. Autor: Tretina Cafeteria Ltda e outro. Réu: Multiplan empreendimentos imobiliários S/A e outros. Magistrado Erick Antonio Gomes. Mov. 20.1. Julgado em 07/04/2020).

19. “Na situação mundial ora vivenciada, não se pode deixar de reconhecer que a pandemia de covid-19, de fato, se revela como acontecimento extraordinário e imprevisível, ao menos em um exame inicial, próprio a este momento, e, assim, tratando-se a relação jurídica entre as partes, de execução continuada, de modo que, em um primeiro momento ao menos, o cumprimento das obrigações pelo locatário se torna excessivamente oneroso, na medida em que, dado o fechamento da atividade comercial do *shopping*, sem prazo certo para retorno, e se tratando de pequeno lojista, sem faturamento, por óbvio, não consegue auferir renda da atividade para fazer frente aos compromissos assumidos frente ao requerido, havendo plausibilidade de revisão contratual, na forma do art. 478, do art. 479 e do art. 480 do Cód-

que, por ser acessório, seguiria o principal e, segundo, para todas as outras lojas do *shopping* e para todas as lojas de todos os outros *shoppings*, em um efeito cascata desse precedente. Isso poderia causar um dano sem tamanho aos que administram esse tipo de estabelecimento que, mesmo com fechamento, mantiveram ar-condicionado ligado, segurança, luz, água etc.

Percebe-se, portanto, que a problemática é complexa e que a existência de decisões conflitantes e contraditórias (dentro do sistema), baseadas em suposições teóricas em uma monovisão entranhada somente no Direito, além de gerar insegurança jurídica, pode causar prejuízos inimagináveis, tanto para as partes quanto para terceiros.

Assim sendo, há necessidade de aplicação de teses que venham a contribuir com teoremas mais objetivos e que auxiliem a melhorar e dar base às decisões judiciais e, antes disso, às negociações entre locadores e locatários.

go Civil. A não concessão da medida de fato causa risco de dano de caráter irreversível aos agravantes, posto que, uma vez inadimplentes, estarão sujeitos à execução compulsória e até mesmo ao perecimento de direitos assegurados pelo contrato de locação, de forma a se justificar plenamente a concessão da tutela de urgência pleiteada, com a suspensão da obrigação de pagamento dos aluguéis mínimos pactuados, assim como dos encargos comuns e do fundo de promoção e propaganda, ao menos por um prazo certo e enquanto perdurarem as determinações de suspensão das atividades e restrição à circulação de pessoas no *shopping*, sem prejuízo da possibilidade de ser revista a decisão, pelo próprio juízo de origem, em caso de modificação fática da situação atual e após o decurso do prazo fixado. ANTE O EXPOSTO, antecipo os efeitos da tutela recursal pretendida, em razão do que concedo a tutela de urgência pleiteada, ficando, assim, suspensa a exigibilidade dos aluguéis mínimos pactuados, assim como as cobranças referentes aos encargos comuns e ao fundo de promoção e propaganda, para com a parte agravada, pelo período de 90 (noventa) dias". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 17ª Câmara Cível. Recurso de Agravo de Instrumento n. 0017053-75.2020.8.16.0000. Agravante: Tretina Cafeteria Ltda e outro. Agravado: Multiplan empreendimentos imobiliários S/A e outros. Relator: Francisco Jorge. Mov. 12.1. Julgado em 14/04/2020).

3. ABORDAGEM PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 Eficiência

Atualmente, há certo consenso quanto à integração entre Direito e Economia, razão pela qual não se pode ignorar a importância da matéria, em maior ou menor grau, para todas as áreas do Direito, inclusive, sobretudo, para a área dos contratos, na qual há um forte ponto de contato entre as duas disciplinas.²⁰

O Direito fornece à Economia suporte para que se aufera a eficiência mantendo os princípios da segurança jurídica, da justiça social, entre outros. A Economia estuda a tomada de decisão dos indivíduos, seus comportamentos e a coerência com que eles ocorrem, com base em estímulos em um mundo em que os recursos são escassos.²¹ Seguindo esse raciocínio, o professor Ivo Gico Jr. compila a questão da seguinte forma:

20. “O direito é, por excelência, o instrumento de organização social, um sistema de normas destinadas a regular diversos interesses presentes na sociedade, harmonizando interesses individuais e coletivos, com a finalidade de preservar as condições necessárias para a existência do homem em sociedade. Para tanto, o direito passa a definir fronteiras ao exercício da liberdade e das manifestações de poder, por meio de uma interação entre esses domínios. Economia é uma parcela do fenômeno social, um aspecto da sociedade, ao qual o direito também se dedica. Na perspectiva econômica, o direito passa a exercer o papel de integração social, na busca da realização dos ideais de ordem, segurança, justiça social e desenvolvimento, interagindo dialeticamente com a realidade social. O processo de criação do direito é realizado perante os valores e ideais eleitos pela sociedade, que podem ser alterados em razão de circunstâncias históricas, políticas e econômicas próprias do dinamismo da vida em sociedade. É à visão dinâmica da realidade que o direito deve estar atento para reduzir as complexidades e as contingências oriundas das relações sociais. Dessa forma, o direito passa de estrutura a função, ou seja, da harmonização de interesses a ferramenta para realização de certos fins. Essas ponderações importam para o estudo dos principais institutos de contato entre o direito e a economia: a propriedade privada e os contratos”. (KLOH, Gustavo. *Teoria econômica da propriedade e dos contratos*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019).

21. “A ciência econômica tem como objetivo descrever e prever o comportamento humano, entendido como algo resultante de uma decisão consciente. Como definido pelo economista britânico Lionel Robbins (1932), a economia é a ciência que estuda o comportamento humano enquanto

O Direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A Economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e de ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do Direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.²²

A racionalidade econômica é um norte importante e objetivo para que as escolhas sejam efetuadas com base na análise do custo-benefício. Segundo o professor Antônio José Maristrello Porto, “a perspectiva econômica vê o direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar social”.²³ Porto complementa que o problema do conceito de justiça é sua imprecisão, quando, pela análise econômica do Direito, é comparada à eficiência. Percebe-se, portanto, que o conceito de eficiência é fundamental para que seja possível empregar uma abordagem econômica aos conceitos jurídicos. Tradicionalmente, a

os recursos são escassos e têm usos alternativos. Dado que o comportamento é fruto de um processo de tomada de decisão, então, a economia irá ocupar grande parte do seu tempo com o entendimento desse processo. Diferentemente de outros cientistas humanos, o economista não considera que as decisões humanas sejam tomadas de forma aleatória; pelo contrário, assume-se que existia um processo coerente – que inclusive diferencia seres humanos de outros animais, indivíduos capazes dos não capazes (capacidade no sentido jurídico) – e que pode ser descrito de uma maneira consciente na maior parte das circunstâncias. Ou seja, existe uma racionalidade por trás da tomada de decisão humana”. (YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos econômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019).

22. GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 8, jan./jun. 2010.

23. PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do Direito e da Economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 29.

economia trabalha com duas definições sobre eficiência, a de Pareto e a de Kaldor-Hicks.²⁴ Para Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski, essas visões conceituam-se da seguinte forma:

Sobre esses dois construtos, Sztajn leciona que o primeiro é mais usual, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor. Portanto, seria a troca em que em determinada sociedade alguém tivesse sua condição melhorada sem que houvesse piora na condição de outrem. Outrossim, o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.²⁵

Nessa toada, na eficiência de Pareto os bens são alocados a quem os valoriza mais, sem piorar a situação de outrem. Já a de Kaldor-Hicks, apesar de tam-

24. O professor Antônio Maristrello Porto cita o seguinte exemplo: “O critério da eficiência de Kaldor-Hicks estabelece o parâmetro do somatório simples dos níveis de utilidade atribuídos pelos indivíduos da sociedade, como visto na fórmula do bem-estar social. É preciso voltar ao exemplo de uma sociedade com três indivíduos: João, Pedro e Maria. Em situação inicial, João possui R\$ 100.000,00, Pedro possui R\$ 50.000,00 e Maria possui R\$ 40.000,00. Como consequência de determinada medida política “X”, João passará a possuir R\$ R\$ 150.000,00, Pedro R\$ 50.000,00 e Maria R\$ 20.000,00. Se adotarmos o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a medida deverá ser considerada eficiente, uma vez que aumenta o resultado da fórmula de bem-estar social. Basta verificar que no cenário inicial o bem-estar era de R\$ 190.000,00 (R\$ 100.000,00 + R\$ 50.000,00 + R\$ 40.000,00). Após a adoção da medida “X”, o bem-estar passa a ser de R\$ 220.000,00 (R\$ 150.000,00 + R\$ 50.000,00 + R\$ 20.000,00). A medida não pode, entretanto, ser considerada eficiente pelo critério de Pareto. A metodologia de eficiência de Pareto estipula que determinada medida pode ser considerada eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outra pessoa. Após a adoção da medida “X”, Maria deixa de possuir R\$ 40.000,00 e passa a ter apenas R\$ 20.000,00. Como a medida prejudicou Maria, não pode ser considerada eficiente pelo critério de Pareto”. (PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 60).

25. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 86.

bém transferir bens a quem os valoriza, não se leva em conta se determinada parte teve sua situação piorada, considerando apenas o resultado agregado.

Para Pareto, portanto, uma solução é eficiente se melhora a situação para alguns, ou todos, sem piorar a de ninguém. Para Kaldor-Hicks, uma solução é eficiente se o bem-estar de quem tem a situação melhorada ocorre em montante superior ao de quem experimentará uma perda com a transação, o que poderia, em tese, ser objeto de compensação, ainda que essa possa não ocorrer na prática.

Neste estudo, será utilizado o conceito de eficiência de Pareto, em que uma atitude ou decisão judicial será considerada eficiente se houver a melhora na condição de alguma parte sem que haja piora na condição de outrem. É a partir da análise pela eficiência, a qual reflete no bem-estar social da população, que a análise do pedido de revisão dos contratos de locação afetados pela pandemia deve ser embasada, tanto para a manutenção dos aluguéis quanto por sua diminuição, devendo ser avaliada caso a caso.

No caso dos contratos de locação comercial afetados pelas medidas restritivas em razão da pandemia, deixando de lado a eficiência de Kaldor-Hicks, a eficiência de Pareto, em que pese ser mais restritiva, considera a melhora do nível de alguém sem diminuir o de outrem, havendo maior utilidade na aplicação, considerando-se, obviamente, a situação pandêmica, que, por consequência, diminui o bem-estar geral. Há que considerar também que a pandemia gerou uma recessão econômica, momento em que há um descasamento entre oferta e demanda, no sentido de que os imóveis (lojas) seguiram sendo ofertados na mesma quantidade, mas a demanda por aluguéis caiu. Considerando esse desequilíbrio do mercado, com a oferta superando a demanda *ex ante*, a consequência natural é o produto ou serviço passar a ser oferecido a preço inferior ao que estava sendo praticado. Ou seja, no caso tratado, a tendência é que o valor do aluguel caia em relação ao que estava sendo antes praticado, mesmo que momentaneamente.

Suponha-se que o aluguel é de R\$ 1.000,00 e que um imóvel semelhante ao que ficou vago foi alugado naquele período por R\$ 500,00. Caso as partes

não chegassem a um consenso e o imóvel em questão fosse liberado, possivelmente o locador só conseguiria locar seu imóvel novamente se reduzisse o valor pela metade, acompanhando o preço de mercado. Ou, ainda, considere-se que, mesmo estando vago, sequer foi alugado naquele período, sendo provável que aquele também não seria locado com oferta semelhante. Pode, ainda, não haver demanda para imóvel semelhante, pelo menos aos preços ofertados. Assim, todas essas situações devem ser levadas em conta para a decisão das partes em reduzir ou não o valor do aluguel.

Uma decisão judicial que imponha a redução do aluguel ou um acordo entre as partes com esse mesmo escopo só será considerada Pareto Eficiente se ambas as partes tiverem uma melhora em relação às alternativas existentes. Esse é certamente o caso quando a manutenção do *status quo* não é viável, como ocorre quando o locatário passa a não ter recursos para pagar integralmente o valor do aluguel contratado.

Para o locatário, será uma solução mais atraente do que ter de encerrar o contrato, o que implicaria pagamento de multas e perda do ponto comercial. Para o locador, ainda que haja diminuição do aluguel e, em primeira vista, passe a receber menos, se a alternativa for manter o imóvel vazio, por não conseguir alugar para outras pessoas – porque o valor estava alto para a demanda existente – ou alugar por um preço menor para outra pessoa (que não se sabe se vai ter lastro para pagar), a decisão por diminuir o aluguel e manter a relação contratual é comparativamente superior. Assim, a decisão é mais eficiente, uma vez que houve melhora em comparação.²⁶

No caso da decisão do processo n. 0003856-53.2020.8.16.0194, comentado no tópico 2 deste artigo, a decisão liminar que determinou a redução do aluguel do estacionamento não atendeu ao critério da eficiência pelo conceito de Pareto, uma vez que, apesar de ter melhorado a situação eco-

26. É possível pensar, também, que, a depender de como a jurisprudência estiver se comportando, o locatário pode rescindir o contrato sem nada pagar (aluguel ou multa por rescisão) pelo argumento de ocorrência de evento de força maior, o que torna a decisão do locador de manter o contrato e diminuir o valor do aluguel mais atraente em relação à alternativa existente.

nômica do locatário (empresa de estacionamento), piorou muito a situação do locador (idosa que tinha como única renda o valor do aluguel). Nesse caso, a manutenção do *status quo* era uma alternativa possível.

Portanto, cabe ao magistrado perquirir qual seria a solução mais próxima da eficiência de Pareto ao analisar um pedido de redução de aluguel decorrente da pandemia. Na maioria das vezes, só será possível essa verificação após o contraditório.

Outro ponto que deve ser analisado e do qual o magistrado deve ter consciência ao se deparar com uma ação revisional de aluguel é o conceito de custos de transação, que será explorado a seguir.

3.2 Custos de transação

Ronald Coase, em seu livro *The nature of the firm* (1937), incluiu o conceito de custos de transação, no âmbito contratual, como todo custo necessário que as partes precisam ter para elaborar, executar e cumprir os contratos que pretendem firmar. Gustavo Kloh indica que os custos de transação resultam de três causas principais: (i) custos de redação dos termos – custos de complexidade; (ii) custos de disciplina contratual – normatividade; e (iii) contingências imprevistas.²⁷

Assim, qualquer decisão sobre contratar (ou não contratar) com outra parte envolve a análise dos custos de transação. Esses custos são colocados de forma econômica pelo agente antes de realizar o contrato, verificando custos com a burocracia para contratar, custos necessários para cumprir o contrato e eventuais custos que surjam caso o contrato seja descumprido, tanto pela própria parte quanto pela outra parte. E caso, após fechado o contrato, haja falhas em sua execução decorrentes de erros, omissões ou informações desconhecidas (assimetria informacional), a consequência é

27. KLOH, Gustavo. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 298.

o aumento desses custos. As leis e as decisões judiciais também influem nos custos de transação. Ora, se for mais vantajoso o descumprimento contratual, diante da demora do Judiciário em responder ou diante de um precedente prejudicial que está se formando por várias decisões judiciais de primeira instância, essa realidade será considerada um custo econômico por ambas as partes, consoante se denota da citação abaixo:

O Judiciário, portanto, atua como instrumento de alocação de incentivos e, por isso, influi na economia, razão pela qual deve estimular comportamentos cooperativos, visando, consequentemente, reduzir os custos de transação.²⁸

A pandemia e a crise que se instalou são consideradas uma externalidade ao contrato de locação comercial. Para Coase, a externalidade, no caso, aqui, os efeitos da restrição ao funcionamento do comércio, deve ser internalizada pelo locador ou pelo locatário, seja totalmente, seja em partes, àquele que os puder absorver com menor custo, para manutenção do acordo que vincula as partes. Assim, não se considera a justiça em si da decisão,²⁹ mas o

28. AMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-4322014000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 nov. 2020.

29. “A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Em certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou foi congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem comum”. (SALAMA, 2008 *apud* KLOH, op. cit., p. 294).

que é mais eficiente.³⁰ No entanto, quando os custos de transação são altos, recomenda-se que os efeitos das restrições ao funcionamento do comércio sejam discutidos pelas regras jurídicas, diferenciando-se, portanto, a causalidade econômica da jurídica. Nesse sentido, outra forma de conceituar os custos de transação seria a seguinte:

[...] o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica.³¹

3.2.1 A lei 14.010/2020 e os custos de transação

Como dito anteriormente, a lei 14.010/2020 foi criada com o objetivo de regular as relações jurídicas de direito privado durante o período da pandemia da covid-19. O projeto de lei tentou disciplinar como se dariam as relações locatícias, sendo que foi pensado, inclusive, em se fixarem alguns percentuais para redução de aluguéis. Contudo, foi entendido que, se houvesse essa previsão, haveria um engessamento para a negociação das partes, aumentando-se os custos de transação e o peso jurídico em cima das transações privadas. Porém, sem a definição na lei e, como o Poder Judiciário funciona como um alocador de incentivos (e, por que não, de custos), a depender de como for feita a revisão do contrato de locação, os custos de transação até podem aumentar, uma vez que cada juiz decide de um jeito e com critérios diferentes.

Ou seja, o Poder Legislativo decidiu não fixar percentuais de redução do aluguel, pois cada caso tem suas peculiaridades, e entendeu que impor,

30. No caso dos autos 0003856-53.2020.8.16.0194, mencionado anteriormente, a externalidade (pandemia e crise econômica) é mais bem absorvida pela empresa de estacionamento (locatária) do que pela locadora que tem o aluguel como única fonte de renda.

31. PONDÉ, João Luiz. *Coordenação e aprendizado: elementos para uma teoria das inovações institucionais nas firmas e nos mercados*. 1993. 156f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1993. p. 29.

por lei, uma redução do valor do aluguel poderia gerar uma ineficiência no mercado de locações (aumento no custo de transação). Porém, ao deixá-la ao livre-arbítrio dos juízes, se eles criarem uma jurisprudência contraditória, os custos de transação ficam maiores. Se a lei e a jurisprudência pecam ao não serem uniformes e não darem uma diretriz clara às partes, os custos de transação aumentam tanto para uma negociação extrajudicial quanto para uma solução judicial.

O Direito deve servir para dar segurança jurídica em todas as etapas, inclusive na execução do contrato, bem como para minimizar e eliminar os prejuízos quando as partes não conseguem negociar para alocar os custos de forma mais eficiente. Tendo os operadores do direito consciência da existência desses custos, de que as próprias decisões judiciais criam um custo de transação, de que o juiz, por ser um terceiro, não tem todas as informações necessárias (assimetria informacional) e da consequência de suas decisões (e seu possível efeito cascata), a ausência de fixação de percentual de redução foi acertada. Porém, sem ter ciência de todos esses fatores, os custos de transação aumentam, já que as partes não sabem o que esperar do Poder Judiciário, causando o efeito inverso do pretendido pelo legislador quando retirada a fixação dos percentuais.

É importante perceber que qualquer atitude a ser tomada pela parte levará em conta, em um aspecto de estratégia, os custos de transação, em suas características objetivas (como a incerteza, a duração e os investimentos em ativos específicos) e subjetivas, tais como a racionalidade limitada e o oportunismo negocial.³²

A consciência de todos esses fatores (objetivos e subjetivos) tende a contribuir, quando da negociação entre locador e locatário, para a redução temporária do valor do aluguel, considerando que o locador inadimplência, que levaria a possíveis custos com ação de despejo, custos e perda de

32. AMINHA; LIMA, op. cit.

oportunidade nos meses em que o imóvel permanecer vazio, e necessidade de locação futura com eventual valor reduzido. Para o locatário, há a vantagem de conseguir adimplir o contrato e, assim, não perder o ponto, sem se onerar excessivamente no momento de baixo fluxo de caixa. Elas auxiliam na previsão e prescrição de decisões mais estratégicas e economicamente viáveis, além de cooperarem para os melhores resultados para cada um, considerando a pandemia.

Assim, para o locador, o limite é o preço em que pode vir a locar para outro na mesma situação; para o locatário, da mesma forma, o custo de obter outro espaço para desenvolver seu negócio, considerando ainda que, dependendo do estabelecimento, tem a perder o fundo de comércio. Há incentivo de ambos para a cooperação, evitando-se que seja necessária uma imposição judicial, tendo em vista que o magistrado também possui uma assimetria informacional.

Nesse sentido, vale transcrever parte da decisão do magistrado Fernando Andreoni Vasconcelos, que analisou um pedido de antecipação de tutela sob o viés da análise econômica do Direito:

Ante as peculiaridades do caso concreto oriundas da pandemia da covid-19, é imprescindível analisar o direito postulado sob o viés econômico, o qual “considera as instituições legais não como exógenas ao sistema econômico, mas como variáveis pertencentes a ele, e analisa os efeitos de mudanças em uma ou mais dessas variáveis sobre elementos do sistema. Essa aproximação é pleiteada não apenas para regras legais com óbvias conexões com a realidade econômica, como Direito da Concorrência, Regulação Industrial, Direito do Trabalho e Direito Tributário, mas também para todas as áreas do Direito, em particular o Direito de Propriedade, Contratos, Responsabilidade Civil e Penal”.³³

33. PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise econômica do Direito (AED)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

Sobre o tema: “A análise econômica do Direito tem por base os métodos da teoria microeconômica. Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomarem uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Esses custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Essa análise de custo-benefício é consequencialista, porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, não as causas que os levaram à necessidade de tomar uma decisão. Agentes econômicos preocupam-se com o futuro, não com o passado (uma vez que este não pode ser modificado)”.³⁴

Nesse sentido, Bruno Torquato, ao analisar o método, aduz que, “em vez de avaliar quando determinado contrato será considerado eficiente, a teoria do Law and Economics analisa toda a estrutura do Direito Contratual, propondo instrumentos que permitam que os contratantes alcancem maior satisfação. Dessa forma, o contrato eficiente é aquele que atinge seu objetivo com o menor custo de transação”. Ainda, sustenta que “somente quando o contrato for um instrumento jurídico que materialize iguais liberdades a todos, considerados individual e coletivamente, teremos alcançado a função social do contrato. Essa funcionalização ocorrerá quando transpusermos as fronteiras ‘do contrato’ para atingirmos, hermeneuticamente, a funcionalização do próprio Direito Contratual”.

Desse modo, a pretensão da parte autora em suspender e/ou reduzir os valores de aluguel, em detrimento daquilo que fora contratado entre as partes originalmente, por meio de critérios definidos de forma *unilateral*, vai na contramão da ideia de bilateralidade e afasta-se da desejável solução consensual para enfrentamento da situação de excepcionalidade. Frise-se que, a princípio, a manutenção do contrato é pretendida por ambas as partes, seja pela autora, que postulou a redução na via judicial, seja

34. PORTO, op. cit.

pela demandada, que concedeu administrativamente o desconto de 10% e informou que o valor dos aluguéis lhe serve para subsistência.

Registre-se, por oportuno, que a recente Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) expressamente consignou que “Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: [...] III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”. Nesse sentido, considerando-se a principiologia que norteia as relações obrigacionais e contratuais, é certo que, até declaração judicial em contrário, não havendo elementos aptos a demonstrar em juízo de cognição sumária a abusividade, a ilicitude e/ou a nulidade de cláusulas inseridas no instrumento, o contrato permanece hígido e deve ser cumprido pelos contratantes.

Não havendo solução consensual, a interferência do Judiciário deve ser feita com cautela, para evitar um efeito cascata nas relações negociais, especialmente considerando a excepcional situação de calamidade na saúde pública, conforme fundamentação anterior.

Em relação à interferência do Poder Judiciário nos negócios jurídicos contratuais, Rodrigo Fernandes Rebouças defende que “quando o Poder Judiciário produz reiteradas decisões conflitantes entre os inúmeros Estados da Federação, [...] temos um sério ponto de incerteza jurídica e eventual ineficácia contratual. O que aparentemente é um problema restrito à interpretação legislativa, na verdade, causa sérios e profundos desequilíbrios contratuais e elevados custos de transação”.

Ainda, defende que “deverá ser preservada a estrutura econômica do negócio jurídico contratual sob pena de causar prejuízo às partes contratantes e aos terceiros que poderão ser prejudicados com a prática de um maior custo de transação [...]”.

Assim, a liberdade contratual e a autonomia da vontade são fundamentos do negócio jurídico contratual, só podendo o Judiciário intervir em situações em que se verifique efetiva disparidade e desequilíbrio entre as partes, o que, por evidente, não se configura em tão pequeno espaço temporal. Outrossim, a citada Lei nº 13.874 alterou a redação do parágrafo único do artigo 421 do

Código Civil, o qual passou a dispor que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. ([3] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey Editora, [s.d.]. p. 244-249 [4] REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e análise econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017.)³⁵

Nesse ínterim, a decisão considerou o caso concreto, a consequência de eventual decisão favorável, o risco inerente ao negócio e a intervenção mínima, a fim de que o contrato fosse cumprido.

4. A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E A POSSÍVEL “SEGUNDA ONDA” DA COVID-19.

Com o advento de uma possível segunda onda da COVID-19, é possível imaginar que os novos contratos de locação para fins comerciais contemplarão uma cláusula para caso ocorra o fechamento do estabelecimento em virtude da pandemia. Essa previsão contratual pelas partes pode ser uma forma de reduzir os custos de transação que adviriam de uma tentativa posterior de negociação privada ou de uma demanda judicial.

Porém, também é possível que as partes decidam, voluntariamente, deixar uma lacuna quanto a essa questão, a fim de que seja mais fácil (e me-

35. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Vara Cível do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Decisão. Processo n. 0003790-73.2020.8.16.0194. Autor: Interbelle comércio de produtos de beleza LTDA. Réu: Fagiro Assessoria e Consultoria LTDA e outros. Magistrado Fernando Andreoni Vasconcelos. Mov. 22.1. Julgado em 05/05/2020.

nos custos) um acordo posterior do que elaborar, previamente, todas as situações que possam ser enfrentadas e todas as possibilidades de enfrentamento caso ocorra uma segunda onda de covid-19 e caso ocorra restrição ao funcionamento do comércio.

Quando o contrato de execução continuada ou diferida (e, aqui, se incluem os contratos de locação comercial) tem essa lacuna, diz-se que há uma incompletude contratual.

A teoria do contrato incompleto estudada por economistas trata da distribuição de riscos quando da elaboração do instrumento contratual e da alteração dessa distribuição ao longo do tempo caso situações imprevisíveis ocorram.

Diferencia-se a incompletude súbita/involuntária da incompletude deliberada/voluntária. A incompletude súbita (involuntária) decorre de uma situação imprevisível para as partes, havendo uma lacuna no contrato sem que essa tenha sido a intenção dos contraentes. Já a incompletude deliberada (voluntária) está relacionada à ideia de estratégia contratual, pois, quando as partes deixam alguma cláusula em aberto, já está previsto que haverá algum tipo de deliberação posterior, cooperativa ou não, a fim de resolver quando esse evento ocorrer (se ocorrer).

Para a incompletude súbita, o operador do direito deve usar as técnicas de integração e interpretação. Já para a incompletude voluntária, não cabe intervenção do Poder Judiciário, pois já há previsão de resolução do conflito por meio da cooperação.

Resta evidenciada a distinção entre incompletude súbita e incompletude deliberada, já que, nesta última, os contraentes são conscientes de que, no ato de conclusão do contrato, uma parcela de seu conteúdo deve ser determinada posteriormente e de que a lacuna será preenchida, alternativamente, por outro acordo, pela determinação de apenas uma das partes ou pela decisão de um terceiro. Trata-se de uma situação diversa da incompletude súbita ou involuntária, em que as partes não tiveram a intenção de deixar lacunas no contrato, preferindo que o

contrato incompleto venha disciplinado pelas normas legais (mediante o procedimento de integração ou interpretação).³⁶

As lacunas que advêm da teoria do contrato incompleto servem para que a flexibilidade própria desse contrato sirva para melhor adaptação às mudanças que eventualmente possam surgir, mesmo que imprevisíveis, tal qual a pandemia que estamos vivenciando e todas as consequências contratuais dela oriundas.

Assim, nos contratos de locação comercial, pode ser atraente para as partes deixar, propositadamente, uma lacuna em relação à distribuição de riscos e custos caso ocorra uma nova onda da pandemia a deixar que um terceiro (juiz) decida como o contrato deve ser revisado. As partes decidem, de forma consciente, não ter o custo econômico da incerteza quanto ao cumprimento do contrato. Os contraentes escolhem um contrato flexível sem uma alocação de risco “*ex ante* rígida e imutável”,³⁷ pois o contrato flexível possibilita remediar a previsão defeituosa em momento posterior à contratação.

A teoria do contrato incompleto surge para complementar a teoria da imprevisão criada pelos romanistas/civilistas ao exigir a análise (pelas partes ou pelo magistrado) da redistribuição do risco e dos custos de transação quando do surgimento de fatos futuros imprevisíveis.

A incompletude contratual, como visto atrás, é definida pelos economistas como a inexistência de previsões específicas que regem ou rejam todas e quaisquer contingências futuras, mesmo que relevantes e de conhecimento geral; que o adimplemento das prestações não se dá no curto prazo e que,

36. AMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-4322014000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 nov. 2020.

37. GUERINONI, Ezio. Incompletezza e completamento del contratto. Milano: Giuffrè, 2007, p. 8 *apud* AMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-4322014000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 nov. 2020.

com frequência, quando alterações na divisão do risco ocorrem, os contratos devem ser renegociados. A outra solução é que são interpretados e a incompletude é preenchida pelo Judiciário. Em suma, há no clausulado contratual lacunas que, à falta de normas supletivas, e em face de eventos imprevisíveis, podem alterar a alocação de riscos e, portanto, o equilíbrio prestacional.³⁸

Essa teoria visa à estabilidade nos negócios jurídicos de longa duração, visto que estimula a cooperação entre as partes e a manutenção da relação contratual

É uma teoria inovadora e prestigia o “equilíbrio entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, interpretados e aplicados pelo Judiciário, tendentes à redução de incertezas”,³⁹ próprias da aplicação das teorias civilistas pura e simplesmente, com vistas à propulsão da economia, evitando custos de transação proibitivos.

Assim, a teoria do contrato incompleto é uma alternativa adicional à teoria da imprevisão/onerosidade excessiva, na qual o próprio contrato pode reconhecer outra possibilidade de revisão contratual, não cabendo ao magistrado (detentor de informações assimétricas) revisar o contrato, pois pode aumentar os custos de transação (conduta não desejada pelas partes quando da contratação) e alocar incentivos indevidamente, desestimulando, dessa forma, novas contratações (efeitos econômicos de segunda ordem).⁴⁰

38. SZTAJN, Rachel. Oliver Hart e a sua contribuição para os contratos incompletos. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Org.). *Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos*. Curitiba: CRV, 2019.

39. KLOH, Gustavo. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 311.

40. Não se pode olvidar dos casos dos contratos de soja verde. A grande quantidade de decisões favoráveis aos produtores fez com que esse tipo de contrato deixasse de existir, prejudicando, ao final, os próprios produtores, pois se começou a exigir mais garantias e dificultou-se o processo de seleção de produtores. Christiane Leles Rezende, em sua tese de doutorado, chama de miopia do Judiciário a falta de consideração dos efeitos econômicos de segunda ordem. REZENDE, Christiane Leles. *Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde*. 2008. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.12.2008.tde-07042008-143732. Acesso em: 20 nov. 2020.

5. CONCLUSÃO

O contrato, assim como a propriedade, é tão importante para os economistas quanto para os juristas. Com a pandemia da covid-19, diversos pedidos de revisão contratual de aluguel foram propostos. Porém, como o juiz é detentor de menos informações que as partes sobre o contrato, determinar a revisão sem analisar os fatores que contribuem para elevar os custos de transação (características objetivas, como a incerteza, a duração e os investimentos em ativos específicos, e características subjetivas, tais como a racionalidade limitada e o oportunismo negocial) e as consequências de sua decisão pode gerar um abalo em todo o mercado de locação.

Sendo a pandemia da covid-19 algo muito imprevisível e com consequências drásticas em todo o mercado econômico, principalmente nas relações de locação comercial, o presente artigo sugere uma abordagem econômica quando da análise do contrato e os fundamentos para as decisões judiciais quando solicitada a revisão do valor do aluguel. É importante que o magistrado tenha em mente os conceitos de eficiência, de custo de transação, de externalidades e de assimetria de informações para que possa tomar a decisão mais eficiente durante esse período de crise. Não se trata de afastar a aplicação das teorias civilistas, mas de incluir a análise econômica do Direito tanto na negociação entre os envolvidos, quanto em suporte às decisões judiciais, analisando-se cada caso em específico. Percebe-se que decidir, liminarmente, pela redução do aluguel não se mostra a melhor saída, já que não se sabe exatamente como foi feito o contrato, a intenção das partes ou como está a situação financeira do locador. Ainda, a concessão de liminar pode diminuir os incentivos de um acordo.

Há, também, necessidade de se atentar para as consequências da decisão e sua previsibilidade (efeitos econômicos de segunda ordem), a fim de primar pela eficiência, com a utilização de critérios mais objetivos em caso de

eventual redução temporária no aluguel, visando à segurança jurídica, a qual, por fim, culmina com o crescimento econômico e o reequilíbrio contratual.

Ainda, caso as partes deliberadamente tenham deixado o contrato incompleto no tocante à eventual restrição de funcionamento devido à pandemia, não cabe ao magistrado (detentor de menos informações que elas) revisar o contrato, pois a revisão pode ter consequências de ordem econômica mais gravosas e indesejadas pelo Judiciário (efeitos econômicos de segunda ordem).

Para a solução desses casos complexos, há a necessidade de ser utilizada uma ótica econômica, uma vez que as soluções tradicionais são insuficientes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-4322014000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2020.
- _____. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/488>. Acesso em: 28 out. 2020.
- _____. Lei nº 8,245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações de imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 28 out. 2020.
- _____. Lei nº 10.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Decisão. Processo n. 0002117-33.2020.8.16.0004. Autor: Defensoria Pública do Paraná. Réu: Município de Curitiba e Fundação de Ação Social. Magistrada Rafaela Mari Turra. mov. 25.1. Julgado em 18/06/2020.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Processo n. 0001289-37.2020.8.16.0004. Autor: Promotoria de proteção à saúde pública de Curitiba. Réu: Município de Curitiba. Magistrada Rafaela Mari Turra. Sentença mov. 32.1. Julgado em 16/04/2020.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Vara Cível do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Decisão. Processo n. 0003166-24.2020.8.16.0194. Autor: Tretina Cafeteria Ltda e outro. Réu: Multiplan empreendimentos imobiliários S/A e outros. Magistrado Erick Antonio Gomes. Mov. 20.1. Julgado em 07/04/2020.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 17ª Câmara Cível. Recurso de Agravo de Instrumento n. 0017053-75.2020.8.16.0000. Agravante: Tretina Cafeteria Ltda. Agravado: Multiplan empreendimentos imobiliários S/A e outros. Relator: Francisco Jorge. Mov. 12.1. Julgado em 14/04/2020.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 18ª Câmara Cível. Recurso de Agravo de Instrumento n. 0022781-97.2020.8.16.0000. Agravante: Espólio de Adolpho de Oliveira Franco Junior e outros. Agravado: Direção Estacionamento (Auto Park). Relator: Marcelo Gobbo Dalla Dea. Mov. 81.1. Julgado em 27/05/2020.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 20ª Vara Cível do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Decisão. Processo n. 0003856-53.2020.8.16.0194. Autor: Direção Estacionamento (Auto Park). Réu: Espólio de Adolpho de Oliveira Franco Junior e outros. Magistrada Franciele Cit. Mov. 20.1. Julgado em 05/05/2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral I. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3. [livro eletrônico].
- GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.
- GUERINONI, Ezio. Incompletezza e completamento del contratto. Milano: Giuffrè, 2007 *apud* AMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 nov. 2020.

- KLOH, Gustavo. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil 3: contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. [livro eletrônico].
- PONDÉ, João Luiz. *Coordenação e aprendizado: elementos para uma teoria das inovações institucionais nas firmas e nos mercados*. 1993. 156f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1993.
- PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise econômica do Direito (AED)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- _____. ; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- _____. Princípio da análise do Direito e da Economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- REZENDE, Christiane Leles. *Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde*. 2008. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.12.2008.tde-07042008-143732. Acesso em: 20 nov. 2020.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SZTAJN, Rachel. Oliver Hart e a sua contribuição para os contratos incompletos. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Org.). *Análise econômica do Direito: principais autores e estudos de casos*. Curitiba: CRV, 2019.
- YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos econômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

Blockchain e DLT como estrutura de governança

*Genevieve Paim Paganella
Marcia Carla Pereira Ribeiro*

1. INTRODUÇÃO

Segundo a Economia dos Custos de Transação, a escolha da estrutura de governança para a realização de transações é determinada pelos custos de transação, os quais são, em termos gerais, os gastos de negociação e de execução dos contratos.

Tradicionalmente, as transações são realizadas por meio de mercado, firmas ou contratos e há um custo relativo à tentativa de evitar o oportunismo ou os riscos decorrentes da pouca informação inerente à racionalidade limitada. Elaborar estruturas de governança tem o objetivo e o efeito de economizar custos em um ambiente de racionalidade limitada e, simultaneamente, salvaguardar as transações contra os perigos do oportunismo. Essas são metas perseguidas nas relações negociais em geral.

No caso do *blockchain*, a confiança (em contraponto ao oportunismo), é deslocada dos envolvidos (que podem não se conhecer) para a própria tecnologia, por meio da criptografia e dos protocolos de consenso, que fazem a segurança do sistema, reduzindo custos, por afastarem a desconfiança em relação ao cumprimento da transação. Além disso, a tecnologia permite a dispensa de intermediários, na medida em que é descentralizada, o que igualmente é fator de redução de custos de transação.

Pretende-se, após breve estudo sobre a tecnologia *blockchain*, sopesar se consiste em meio para aprimorar as companhias e ajudá-las a se fortalecerem e expandirem suas fronteiras ou se consiste em nova estrutura de governança ao lado das tradicionais: mercado, firma e contrato.

2. TRANSFORMAÇÕES PELO BLOCKCHAIN E PELAS DLTS

O *blockchain*¹ é tecnologia criada entre 2008 e 2009 por Satoshi Nakamoto, codinome adotado por uma ou algumas pessoas, que teve como escopo original servir de plataforma para a comercialização de *bitcoin*, dinheiro digital. Posteriormente, entretanto, percebeu-se seu potencial de utilização para outros fins, além do financeiro, derivando daí diversos outros protocolos *blockchain* a depender da necessidade de cada tipo de transação ou uso.

O *blockchain* é uma rede *peer-to-peer*,² baseada em criptografia (a base de *hash*³ ou de chaves públicas e privadas) e é uma *ledger* distribuída que

1. No presente artigo, utiliza-se o termo *blockchain* em sentido amplo, ou seja, incluindo as *Distributed Ledger Technologies*, a não ser quando se esteja exatamente a diferenciá-los. As características do *blockchain* destacadas no artigo relacionam-se, via de regra, ao *blockchain* originário do Bitcoin, razão pela qual importa registrar que as tecnologias dele derivadas não apresentam no mesmo grau as características mencionadas, ressaltando-se, portanto, a necessidade de cautela quanto a generalizações.

2. Pessoa a pessoa, ponto a ponto.

3. *Hash* é uma sequência de *bits* que tem como objetivo identificar um arquivo.

deve ser mantida sincronizada e é composta por blocos. Nele, há um protocolo de consenso para se verificar a validade das transações (no caso do *blockchain* do Bitcoin, *proof of work*) o qual funciona à base de incentivos (*coinbase* e taxas de transação pagas pelos usuários aos mineradores).⁴ Proporciona redução de custos e tempo, uma vez que os processos dentro de empresas ou entre empresas diminuí, além de conferir autenticidade de informações e prova de autoria e de anterioridade.

Como ressaltam Tapscott e Tapscott, o *blockchain* é um livro-razão distribuído que representa um consenso de cada operação que já ocorreu na rede, é um livro-razão disseminado que pode ser baixado e executado em computadores pessoais por qualquer pessoa. Segundo referem, o novo livro-razão digital das transações econômicas pode ser programado para gravar praticamente tudo o que for de valor e importância para a humanidade, como certidões de nascimento e de óbito, certidões de casamento, ações e títulos de propriedade, diplomas de ensino, contas financeiras,

4. A rede utiliza prova de trabalho, criptografia como *hash* e chaves públicas e privadas e permite que pessoas de qualquer lugar do mundo possam transacionar sem a necessidade de intermediário de forma digital, pela internet, tendo contornado problemas do *double spending* e o *sybil attack*, que eram os impedimentos de uma moeda digital até então. A lógica do *blockchain* é de que as transações fiquem empacotadas dentro de blocos que ficam registrados na rede, um sucessivamente ao outro. Os blocos são sequenciais e cada novo bloco que é criado traz alguma informação relativa ao bloco anterior (um indica a existência do outro), medida que também dá segurança ao sistema. Os mineradores colocam energia e adquirem máquinas porque são recompensados por isso. O sistema, portanto, adota alguns componentes e alguns processos que fazem sua segurança: o processo de validação em duas etapas, as funções *hash* e o *proof of work* são exemplos disso. Outro detalhe da operacionalização é que os blocos do *blockchain* do Bitcoin ocorrem aproximadamente a cada 10 minutos e são um processo competitivo que acaba por democratizar a criação de blocos e a validação de transações, pois qualquer pessoa pode participar e é uma forma de gerar certa aleatoriedade no validador. Esse último ponto citado dificulta saber quem vai ser o próximo a concluir a prova de trabalho de maneira correta e, assim, não se sabe quem e quais transações estarão naquele bloco até que o *hash* válido seja encontrado. Com esse sistema, fica difícil corromper a pessoa que validará as próximas transações. Além disso, existe um pensamento de teoria dos jogos (recompensa menos o gasto de energia necessário para criá-lo): como o minerador gasta muita energia para criar um bloco, não há interesse em criar um bloco com transações inválidas, pois a rede não aceitará esse bloco e ele não receberá a recompensa. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY. *Blockchain para negócios*, 2018. Disponível em: <https://www.blockchainparanegocios.com.br/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

procedimentos médicos, créditos de seguros, votos, proveniência de alimentos e tudo o mais que possa ser expresso em código.⁵

Mougayar o descreve como uma tecnologia que grava transações permanentemente, de maneira que não podem ser apagadas posteriormente, somente podem ser atualizadas sequencialmente, mantendo um registro de histórico sem fim. Registra que essa nova camada se relaciona com a confiança, chamando-a de *camada de confiança*.⁶

Em relação à confiança através da própria tecnologia, Teixeira e Rodrigues esclarecem que é baseada na matemática (e, por extensão, na computação, na criptografia e na *internet*) e não por terceira parte intermediadora que, como instituição, tenha que validar as operações, como um banco ou mesmo um governo. Discorrem que a ideia originalmente proposta por Satoshi Nakamoto (na qual sequer constava a expressão hoje consagrada *blockchain*) baseava-se em três pilares: a) descentralização da confiança, b) negociação direta entre as partes, sem intermediários (*peer-to-peer*), c) irreversibilidade das operações registradas.⁷

Tapscott e Tapscott enfatizam que muitas vezes não se pode conhecer as contrapartes, muito menos saber se elas possuem integridade, por isso se recorre a terceiros intermediários (bancos, governos, Paypal, Visa, Uber, Apple, Google e outros conglomerados digitais),⁸ os quais ficam com grande

5. Tapscott e Tapscott discorrem que, por meio do protocolo, qualquer pessoa com um celular pode participar da Economia ou de um mercado como produtor ou consumidor, sem exigência de conta bancária, prova de cidadania, certidão de nascimento, endereço residencial ou moeda local estável. O protocolo reduz drasticamente o custo da transmissão de fundos como remessas e também significativamente a barreira para se ter uma conta bancária, obter crédito e investir, por exemplo, além de dar suporte ao empreendedorismo e à participação no comércio global. (TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: SENAI-SP, 2016. p. 37-82).

6. MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. p. XXVII.

7. TEIXEIRA, Tarcisio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. *Blockchain e criptomoedas*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 16-17.

8. Tapscott e Tapscott enfatizam que, nos negócios em geral, muitas vezes não se podem conhecer as contrapartes, muito menos saber se elas possuem integridade, por isso se recorre tanto

parte do valor das transações. Assim, destacam que no mundo emergente do *blockchain*, a confiança deriva da rede e dos objetos conectados a ela. Afirmam que o livro-razão em si é o alicerce da confiança.⁹

Além desse ponto sobre a confiança, Tapscott e Tapscott destacam que, com a tecnologia *blockchain*, um mundo de novas possibilidades se abre e ressalta a tendência de cada pessoa ser dona de sua identidade e dos próprios dados pessoais, podendo realizar transações, criar e trocar valor sem poderosos intermediários agindo como árbitros do dinheiro e da informação.¹⁰

Tomando por base o *blockchain* tradicional, ou seja, aquele criado como plataforma das transações financeiras dos *bitcoins*, tem sido reconhecidos como suas características: a descentralização, a transparência, a imutabilidade, a rastreabilidade, o semianonimato, a atuação ininterrupta, a finalidade (uma versão da verdade) e a *trustless*.¹¹

a terceiros intermediários (bancos, governos, Paypal, Visa, Uber, Apple, Google e outros conglomerados digitais), os quais ficam com grande parte do valor das transações. Assim, destacam que, no mundo emergente do *blockchain*, a confiança deriva da rede e mesmo dos objetos conectados a ela. O livro-razão em si é o alicerce da confiança. (TAPSCOTT; TAPSCOTT, op. cit., p. 40-42).

9. TAPSCOTT; TAPSCOTT, op. cit., p. 40-42.

10. Ibidem, p. 44.

11. Segundo o curso *Blockchain para negócios*, a característica da descentralização emerge em função de que o *blockchain* dispensa a necessidade de intermediários, não há dependência de um ponto central para a transação ocorrer. Vários pontos mantêm o controle histórico da rede e a validação é feita de forma descentralizada. A descentralização traz segurança para a rede, pois, se um ponto é desligado ou tenta realizar algum tipo de fraude, os outros pontos vão desconsiderar a transação e o sistema continuará funcionando normalmente e, por isso, é uma plataforma distribuída. É transparente, porque todos podem conferir ou validar as transações. Quanto à característica da imutabilidade, convém consignar que decorre da grande dificuldade de se alterar uma informação em um bloco, o que se intensifica na medida em que outros blocos vão sendo acrescentados à cadeia e há provas de trabalho que custam muito e demoram para serem feitas. A imutabilidade gera um conceito de rastreabilidade. O semianonimato ocorre porque não necessariamente a identificação da pessoa é feita na transação. A pessoa é, entretanto, identificável. A característica da não interrupção a torna diferenciada em comparação às instituições bancárias tradicionais, por exemplo, uma vez que essas não realizam transações financeiras em finais de semanas ou feriados e a partir de certo horário. Finalidade: diversos pontos conseguem concordar com o que está sendo

Os *blockchains* têm como aspectos centrais a segurança, a descentralização e a escalabilidade, o chamado *trilema da escalabilidade*. Esse “trilema” é um conceito pensado pela comunidade *blockchain* e desenvolvido por Vitalik Buterin.¹² Ele envolve segurança para evitar invasores, a descentralização para dispensar intermediários (ambas culminando em redução de custos de transação) e a escalabilidade, que é a capacidade de processar transações.¹³ A estrutura ainda não permite obter todos os aspectos concomitantemente e no mesmo grau, daí a questão ser chamada de “trilema”, e, assim, os *blockchains* acabam por escolher em qual focar com maior intensidade, dependendo da atividade para a qual são criados (opta-se por duas dessas características, deixando a terceira um pouco menos presente). A partir daí, surgem espécies da tecnologia, as quais, a depender dos interesses, possuem características particulares.

O *blockchain* do Bitcoin e do Ethereum¹⁴ são estruturas públicas e dão relevância à descentralização, que é entendida como fonte de segu-

inserido e todos possuem o histórico. A tecnologia dispensa a existência de confiança entre as pessoas que querem realizar a transação. Alguém vai validar a transação pagando a taxa para o minerador. A parte da confiança, que hoje ainda se busca em um banco, em um cartório, em um governo, é substituída pela tecnologia.

12. Programador russo-canadense conhecido como cofundador do Ethereum. No prefácio da obra *Blockchain para negócios*: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet, de William Mougayar, Vitalik Buterin menciona que a principal questão tecnológica sobre o *blockchain* colocada à mesa é a escalabilidade. Atualmente, todos os protocolos *blockchain* existentes têm a propriedade de que todo computador na rede deve processar toda transação, a qual fornece altos níveis de tolerância a falhas e segurança, mas ao custo de garantir que o poder de processamento da rede seja limitado pelo poder de processamento de um único nó.
13. A segurança e a descentralização se interligam. A descentralização, característica que distingue a tecnologia em questão em relação às transações em geral, é uma forma de assegurar o sistema, porque são diversas pessoas trabalhando na conferência dos dados e porque não se tem domínio de quem será o nó no mundo a validar a próxima transação, de modo que resta dificultada a chance de o sistema ser corrompido a fim de colocar uma transação inválida na rede. Quanto à escalabilidade, é questão determinante para os negócios em geral e revela a capacidade da rede, consistindo atualmente em um dos maiores debates em direção ao objetivo de ampliá-la sem colocar em jogo os demais aspectos do “trilema”.
14. Segundo o curso *Blockchain para negócios*, o Ethereum foi criado por Vitalik Buterin e tem como fim ser um computador descentralizado, com o propósito de qualquer um poder “ro-

rança do próprio sistema. São estruturas bem descentralizadas (muitas pessoas estão na rede) e utilizam o protocolo de consenso *proof of work*, mas em cujas transações há uma limitação de escalabilidade e de celeridade (o bitcoin permite sete transações por segundo e o Ethereum, quinze, o que é muito lento comparativamente aos sistemas do Visa e do Mastercard, por exemplo). Essas estruturas optam por não abrir mão da descentralização e continuam trabalhando para melhorar a escalabilidade.

Além do *Blockchain* do Bitcoin e do Ethereum, há outras estruturas em desenvolvimento, algumas com uma visão alternativa e algumas para fins corporativos. Foram adaptando suas características por meio de escolha de protocolos de consenso diversos, a fim de se adequarem às necessidades diferenciadas das transações, principalmente quanto à escalabilidade. São exemplos disso: o Hyperledger (que foi pensado para a indústria), o Ripple (que é focado em remessas internacionais),

dar" ações descentralizadas, não só para o setor financeiro. Nich Szabo, em 1995, definiu os *smart contracts* (códigos que executam algumas ações conforme ações já definidas dentro da própria rede), que são a base da construção do Ethereum. Quando foi criado o *blockchain* do Bitcoin, Vitalik pensou que seria o lugar ideal para "rodar" os *smart contracts* e tentou trabalhar em cima dele, mas depois criou o Ethereum. Consensys, principal empresa que atua em cima do Ethereum, foi criada em 2014. O Ethereum atua com base na Ethereum Foundation. Paga-se para fazer transações no Ethereum com base no *ether* (criptomoeda). No Ethereum há geração de blocos em média a cada 15 segundos. É possível transacionar qualquer quantidade, não sendo necessário enviar todo o valor possuído e receber trocos como no *blockchain* do Bitcoin. O Ethereum está em transição do protocolo de consenso, do *proof of work* para o *proof of stake*, com o objetivo de não gastar mais energia na validação e, também, de ganhar na escalabilidade. Está em grande ampliação. Virtue Poker, UJO, Viant, Metamask, Uport e ConsensysLabs são aplicações que rodam no Ethereum, por exemplo. Enterprise Ethereum Alliance é uma permissionada voltada para empresas. A existência de um criador (Vitalik Buterin) e sua liderança acaba por tornar a rede não tão descentralizada, uma vez que suas opiniões acabam sendo levadas em conta. É importante registrar o conhecido incidente do THE DAO (aplicação descentralizada e autônoma), um dos primeiros ICO no Ethereum, com mais de 18.000 investidores. O *smart contract* possuía um *bug* e um *hacker* encontrou uma forma de sacar dinheiro do contrato (furtou). Em função disso, a comunidade acabou por decidir fazer um *hardfork* e um novo protocolo foi criado a partir daí. Ambos os protocolos se encontram vivos (ETH × ETC).

o Corda (que nasceu para o mercado financeiro – consórcio R3 e seguros), o RSK (que deseja combinar a segurança do *blockchain* do Bitcoin com a inteligência do Ethereum).¹⁵ Essas são estruturas privadas, também chamadas de permissionadas ou, ainda, de *Distributed Ledger Technologies* (DLT).¹⁶

Registra-se que não há um consenso quanto à classificação *blockchain* e DLT, uma vez que a tecnologia está em desenvolvimento, mas há um esforço de delineamento de classificação. Existem visões e pontos de vista distintos.¹⁷

Um aspecto que importa destacar quanto a esta distinção entre *blockchains* públicos e privados é a questão da imutabilidade. Essa característica é menos rígida nos *blockchains* privados comparativamente aos públicos. Existem algumas estruturas que, inclusive, permitem

15. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY. *Blockchain para negócios*, 2018. Disponível em: <https://www.blockchainparanegocios.com.br/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

16. As *Distributed Ledger Technologies* (DLT) são estruturas privadas e também não querem abrir mão da segurança, mas, por serem mais voltadas para empresas ou transações *entreprises*, precisam garantir mais transações por segundo. As DLT optam, portanto, por abrir mão da descentralização para conseguir escalabilidade. Isso acontece porque há maior quantidade de validadores e eles, em alguns protocolos de consenso, precisam de permissão para validar, porque há menos nós compartilhando esse protocolo na rede. (Ibidem).

17. Gavin Wood (2016), programador de computador britânico, cofundador do Ethereum e criador do Polkadot, por exemplo, fala em plataformas permissionadas e não permissionadas, a depender do fato de precisar ou não de haver permissão para o ingresso das pessoas na rede. Se é pública, qualquer um pode participar. Na privada, há um controle de acesso para ingressar na rede. As permissionadas são, em geral, mais rápidas que as públicas (Ibidem). De outra banda, Levi Borges de Oliveira Veríssimo, por exemplo, utiliza o termo *Distributed Ledger Technologies* como gênero do qual *blockchain* seria espécie (VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. Repercussões concorrenciais das *distributed ledger technologies* (DLT). In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Ed.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 255-267). É necessário registrar que há quem compreenda que somente o *blockchain* do Bitcoin é efetivamente *blockchain*, tendo em vista que possui todas as características abordadas anteriormente, além de não ser propriedade de alguém em específico e não se conhecer efetivamente quem o criou, circunstâncias que elevam seu grau de descentralização. Essa opinião é adotada pelos chamados “maximalistas, que compreendem que as outras infraestruturas são apenas inspiradas no *blockchain* propriamente dito e apenas guardam algumas características em comum. (Ibidem).

a modificação das informações, como Hyperledger, Ripple e Corda. Também importa frisar que nem toda estrutura criada com base no *blockchain* do Bitcoin é segura. Essa é uma característica desse *blockchain*, em especial. Há de se ter cautela quanto à generalização das características, porque muito tem sido criado com diferentes focos de construção.¹⁸

O *blockchain* público tem como características a transparência, a auditabilidade e a imutabilidade. Em função de que a transparência para o âmbito financeiro, por exemplo, nem sempre é desejável, há outras plataformas que podem atender de melhor forma a necessidade de negócio, determinando-se a escolha por outra espécie, uma privada. No *blockchain* privado, os participantes são conhecidos e o modelo de consenso é definido para aquele modelo específico, atendendo ao interesse daqueles que ali se encontram. Por fim, registra-se que há inclusive *blockchains* híbridos, com operações em *blockchain* privado e outras no público.¹⁹

No mais, há também alguns outros esforços para a solução do “trilema” que são redes que derivaram da rede do *bitcoin* por meio de um *fork*,²⁰ alguns aumentando o tamanho dos blocos e outros criando blocos em menor tempo, mas essas soluções também apresentam desafios, uma vez que diminuem a segurança da rede.²¹ Como se registrou anteriormente, abrir um pouco a mão da descentralização para ganhar escalabilidade é

18. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY, op. cit.

19. Ibidem.

20. Um *fork* ocorre quando um *blockchain* se divide em dois caminhos distintos que coexistem de modo paralelo temporariamente. O *blockchain* posteriormente faz com que o conflito seja resolvido e a rede volte a um estado unificado, mas o *fork* também pode ser provocado pelos desenvolvedores no momento em que eles decidem que as regras de validação de transações atuais devem sofrer algum tipo de alteração. Esse último tipo de alteração pode gerar dois tipos de *fork*, o *soft fork* e o *hard fork*.

21. Há muitos *forks* desse tipo que tiveram o *bitcoin* como base (XRP, Bitcoin Cash, EOS, Stellar, Tether, Cardano, Monero, TRON, IOTA etc.). Alguns não tem *blockchain* próprio e utilizam o Ethereum, por exemplo. (MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY, op. cit.).

um debate em todo o sistema e tentativas estão sendo feitas para sanar o *trilema da escalabilidade*.

Assinala-se também a existência de *sidechains* e *multichains*, outros esforços para resolver o *trilema da escalabilidade*. Nos *sidechains*, sem alterar o protocolo de consenso ou toda a estrutura que está ali operando, criam-se redes paralelas que são mais rápidas e mais simples (não precisam de uma validação tão grande). Elas permitem que se façam transações mais rápidas e baratas, sem que se perca a segurança de registro no *blockchain* principal.²² *Multichains* ou interoperabilidade entre *blockchains*, por sua vez, são uma construção ainda embrionária, mas muito relevante. Seu objetivo é tornar possível uma conversa entre as redes, permitindo que uma rede do Bitcoin possa transacionar na rede do Ethereum, que os contratos do Ethereum possam ser validados na rede do Hyperledger, por exemplo.²³ Vários cientistas da computação estão pensando a respeito, tal como Gavin Wood, que trabalha o Polkadot.²⁴ No caso de o futuro confirmar a existência e a prosperidade de várias plataformas descentralizadas, a interoperabilidade será imperativa e, portanto, essa elaboração é evidentemente inteligente e muito significativa para o sistema.

Mougayar compreende a existência de *blockchains* públicos e privados, referindo que também a internet é composta de uma versão pública e de várias privadas e afirmando que os *blockchains* seguirão o mesmo

22. Exemplo é o RSK: dentro do conceito de *sidechains*, atua como uma rede paralela. Busca unir toda a funcionalidade do Ethereum (aplicações descentralizadas com *smart contracts*) com a segurança de registros no *blockchain* do Bitcoin).

23. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY. *Blockchain para negócios*, 2018. Disponível em: <https://www.blockchainparanegocios.com.br/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

24. Segundo o curso *Blockchain para negócios*, Polkadot permite troca de dados, informações e valores entre os *blockchains*. Dois projetos desenvolvidos por Gavin Wood pretendem colocar em prática a ideia da *web 3.0*, que permite a interoperabilidade entre as redes (Web 3.0 Foundation e Parity). Em agosto de 2019, ele lançou o Suzukama, que pretende “rodar” o Polkadot e que é um protocolo de rede escalável, interoperável e seguro para a próxima *web*. Há muitas pesquisas ainda sendo feitas, mas um dos mecanismos pesquisados funcionaria como um tradutor entre um *blockchain* e outro.

caminho. Afirma que ele não é apenas uma nova tecnologia, é um tipo de tecnologia que desafia outros *softwares* existentes, pois tem o potencial de substituir ou complementar práticas existentes, revelando-se uma tecnologia que modifica outras.²⁵

A tecnologia em questão é disruptiva e tem grandes potencialidades para transformar o modo como se realizam negócios no mundo. Setores como financeiro, automobilístico, *supply chain*, mídia e entretenimento, seguros, esportes, direitos autorais, jogos, transportes, informações, publicidade e saúde já possuem algumas iniciativas e podem passar por grandes transformações com a adoção da tecnologia.²⁶ Certamente, o estágio é de incipiência e não se prevê ainda o alcance do que pode ocorrer com base na estrutura *blockchain*. Percebe-se, porém, seu potencial de transformação de estruturas e instituições.

Observa-se o crescimento da disseminação de modelos de dados distribuídos, de sistemas governamentais baseados na tecnologia,²⁷ bem como a intensificação de estudos de padronização, colaboração e interoperabilidade, havendo um grande potencial de um ecossistema de cadeias especializadas,²⁸ consistindo em disrupção dos modelos que existem atualmente. Quanto ao objetivo do presente artigo, destaca-se a possibilidade de ser considerada uma nova forma de organização empresarial, afastando-se do modelo tradicional de hierarquia para um modelo colaborativo exponencializado.²⁹

25. MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. p. 8.

26. Segundo curso *Blockchain para negócios*: Estados Unidos e China são os territórios percebidos como líderes. Casos em que as empresas estão trabalhando: *supply chain* (53%), internet das coisas (51%: coisas poderão interagir entre si), identidade digital (50%). Infraestruturas preferidas: *blockchain* permissionado (52%), *blockchain* interno (44%), *blockchain* público (44%), consórcio (36%). Tudo começou de uma forma mais disruptiva, mas tende a ficar de uma forma mais corporativa, mais tradicional, que se encaixa mais para o interesse deles.

27. Exemplo: Estônia.

28. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY, op. cit.

29. Ibidem.

A tecnologia vem demonstrando uma possibilidade de sofisticação das transações com *smart contracts*,³⁰ transparência entre indústrias (menos corrupção, desvios e fraudes), maior controle da *supply chain*, maior interação de dados, e, ainda, nova camada de confiança como dito por Mougar, ³¹ revelando-se meio para considerável eficiência e para redução de custos de transação.

Schwab, fundador e presidente executivo do Fórum Econômico Mundial, acredita que a modelagem da nova revolução tecnológica implica nada menos que a transformação de toda a humanidade. Ele assevera que há mudanças profundas em todos os setores marcadas pelo surgimento de novos modelos de negócios, pela descontinuidade dos operadores e pela reformulação da produção, do consumo, dos transportes e dos sistemas logísticos, além de uma reformulação dos governos e das instituições. Ressalta, ainda, que a tecnologia está remodelando o contexto econômico, social, cultural e humano em que vivemos e que nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso.³²

Dowbor, por sua vez, afirma que a revolução tecnológica que estamos vivendo é muito mais do que uma etapa da revolução industrial, mas segue

30. *Smart contracts*: um protocolo de computador autoexecutável criado para facilitar e reforçar a negociação ou o desempenho de um contrato, proporcionando confiabilidade nas transações *on-line*. Segundo o curso *Blockchain para negócios*, foram criados por Nick Szabo, cientista da computação, em 1995, antes da invenção do *bitcoin*. Garantem a imposição e a execução dos contratos, são autoexecutáveis, com base em condições pré-programadas, e autoverificáveis. Os *smart contracts* precisavam de um local para serem implementados tal como criados por Szabo e, então, pensou-se no *blockchain*. São imutáveis e, assim, se as condições preestabelecidas forem alcançadas, é impossível impedir a execução. Exemplo na *supply chain* e na logística: uma loja registra a venda de um produto e já envia uma informação para a fábrica produzir mais produto, para não faltar. As interações entre os pontos da *supply chain* permitem uma comunicação mais eficiente, dispensam ordens e recibo em papel e o pagamento é automatizado. Os dados reais a serem imputados nos contratos inteligentes são colocados pelos “oráculos” que ainda estão em desenvolvimento.

31. MOUGAYAR, op. cit., p. 6.

32. O autor reflete sobre mudanças no mercado de trabalho, desemprego, desigualdade e perigos de sistemas automatizados de armas e novos *cyber risks*. (SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 11-12).

na mesma linha quando reconhece a força reorganizadora e geradora de novas estruturas decorrente dessa revolução digital. Dowbor também entende que as implicações são profundas e que há uma transformação social mais ampla, a ponto de gerar uma sociedade do conhecimento.³³

Voltando-se especificamente às perspectivas empresariais, escopo do artigo, registram-se alguns aspectos positivos e negativos que vêm sendo destacados em relação à tecnologia.

No mercado financeiro, observa-se um grande esforço em relação ao estudo e ao aprimoramento dessa tecnologia, principalmente em razão da incômoda defasagem no tempo das liquidações de transações do mercado tradicional, consistindo as estruturas criadas a partir do *blockchain* do Bitcoin em uma possibilidade de um novo modelo de negócios. Nessa esfera, nasceram criptomoedas, criptoativos, *exchanges*, *wallets*, *stable coins*, *escrow accounts*³⁴ por meio de *smart contracts*. Registra-se, ainda, o movimento do Open Banking (Sistema Financeiro Aberto), que segue para essa abertura.³⁵ No mercado de capitais, também, as bolsas de va-

33. DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Sesc-SP, 2020. p. 24.

34. De acordo com o curso *Blockchain para negócios: Exchanges* são corretoras de criptoativos. Funcionam como uma plataforma eletrônica que facilita a compra, a venda e a troca de moedas digitais e *tokens*. Algumas se colocam apenas como pontos de contato entre quem quer comprar e quem quer vender, outras como efetivas compradoras e vendedoras de criptomoedas. Hoje elas são mais centralizadas, mas há uma tendência a serem mais descentralizadas. *Wallets* são carteiras digitais utilizadas para enviar, receber e armazenar criptomoedas. São bastante utilizadas por usuários que investem no mercado de *bitcoins*. As *stable coins* (moedas estáveis) são representações de moedas que têm algum tipo de lastro para que tenham um valor mais estável. São criadas porque várias transações dependem de estabilidade de preços, mas podem aproveitar da imunidade à censura que as criptomoedas trazem. *Escrow accounts* são bastante utilizadas em relação de negócios. No mercado financeiro tradicional, o banco é quem monitora e, quando a situação é resolvida, ele tem controle sobre o fluxo financeiro. A novidade do mundo do *blockchain* é que as contas de clientes que querem fazer *escrow accounts* se fazem por meio de *smart contracts*, reduzindo o custo de ineficiência e de fraudes.

35. BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução BCB nº 32, de 29 de outubro de 2020. Estabelece os requisitos técnicos e procedimentos operacionais para a implementação, no país, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=32>. Acesso em: 19 nov. 2020.

lores de todo o mundo têm observado a movimentação, pois muito mais coisas e direitos vão ser movimentados *on-line*. Novos modelos de mercado, como armazenagem e troca de *tokens*,³⁶ contratos de derivativos e garantias adicionadas automaticamente estão sendo abordados.

No setor de logística e *supply chain*, o *blockchain* é utilizado como uma base distribuída em que todos os envolvidos podem monitorar o fluxo, sem alterar a informação, o que possibilita a otimização da verificação de informações e facilita a rastreabilidade. Nesses casos, percebe-se que não só internamente há benefícios a partir do *blockchain*, mas também entre empresas. É um novo modelo colaborativo, na medida em que permite que várias empresas estejam conectadas na mesma rede.³⁷

Outro âmbito em que a utilização da tecnologia mostra relevância é no setor de *healthcare*. Exemplificativamente, a pronta identificação dos pacientes e de seu histórico de saúde permite, em situações de urgência, socorro adequado e mais ágil. A base de dados pode ser alimentada por diferentes organizações pelas quais passou o paciente, o que agilizaria seu atendimento. Outra facilidade que emerge como positiva é a relativa à prescrição médica, pois, sem papéis, reduz-se a possibilidade de fraude.³⁸

36. Segundo o curso *Blockchain para negócios*, *tokens* são uma representação de um ativo, um direito ou um serviço em *blockchain*. Podem representar praticamente qualquer coisa: ações tradicionais, *commodities*, promessa de um produto após *crowdfunding*, ingresso para um evento, acesso futuro a um apartamento com fechadura inteligente, itens únicos como colecionáveis (infungíveis). Podem ser criados/emitidos em uma variedade de *blockchains*, sem a necessidade de ter um *blockchain* próprio. Suas classificações, seus formatos, suas utilidades e seus modelos de incentivo ainda estão sendo criados e não há um consenso sobre essas definições. Para se criar um *token*, tem que se utilizar *smart contracts* dentro de uma plataforma (muitos utilizam o Ethereum).

37. Alguns exemplos, de acordo com o curso *Blockchain para negócios*: a) Agrichain conecta armazéns a fazendeiros; b) controle de diamantes no mercado (identificação física dos diamantes no *blockchain*: garante a origem, controla desde a extração até a disponibilização ao cliente, evita origem clandestina; c) IBM x Walmart: Hyperledger para rastreio de alfaces e verduras em geral. A utilização da tecnologia permite evitar desperdício e perda financeira relevante na falha da cadeia de produção e traz maior velocidade na rastreabilidade.

38. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY, op. cit.

A mesma agilização pode ser percebida quanto às certidões de óbito, pois a comunicação imediata do fato na rede evita a continuidade de pagamento de benefício social ou previdenciário, por exemplo,³⁹ fazendo com que a sociedade como um todo ganhe com essa imediata comunicação de dados. Na seara governamental, portanto, também há perspectiva de otimização de sistemas por meio da tecnologia em questão, na medida em que facilita a interação de informações entre as diversas repartições públicas. Com a tecnologia, todos os dados necessários estão acessíveis e reunidos em um só local, o que permite dispensar autenticação de documentos, proporcionar maior segurança nas transações em geral, além de proporcionar ao cidadão economia de tempo e de custos com deslocamentos. A existência de uma base única e integrada de dados para os registros de propriedades de imóveis (cartórios), contratos (tabelionatos), veículos (Detran), empresas (Junta Comercial), para o fisco e para o INSS, por exemplo, facilita a vida do cidadão e evita fraudes, reduzindo custos para o Estado e para a sociedade como um todo. Ressalta-se para esse setor, igualmente, a possibilidade de redução de impostos (a interação de informações poderia reduzir a sonegação), bem como a maior transparência nas licitações e nas eleições. A simplificação de processos é um dos motes do *blockchain*, decorrendo daí grande potencial de redução de custos por diferentes aspectos.

Conforme se consignou acima, a indústria financeira tem tomado a dianteira. No entanto, diversos outros setores têm se utilizado dos benefícios da tecnologia, visto que é uma oportunidade de otimização de processos. Registra-se, ainda, a facilitação no que tange ao *compliance*, em razão da transparência que traz às negociações, sinalizando grandes benefícios para o mundo empresarial e social.⁴⁰

39. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY, op. cit.

40. Relativamente ao impacto das ações empresariais para o mundo como um todo, estudos na linha do *compliance* indicam a responsabilidade das escolhas empresariais não só relacionadas ao próprio lucro. Questões ligadas ao meio ambiente, a evitar a corrupção e a outros debates sociais devem ser também preocupação das empresas em geral. Nesse passo, a tecnologia *blockchain* impacta positivamente, na medida em que confere transparência aos processos.

Schwab descreve que nem todas as indústrias estão no mesmo ponto de ruptura, mas todas estão sendo levadas a uma curva de transformações pelas forças da quarta revolução industrial.⁴¹ Ele acredita que as pequenas e médias empresas terão a vantagem da velocidade e da agilidade necessárias para lidar com as rupturas e as inovações, enquanto as grandes organizações, por outro lado, sobreviverão por meio de suas vantagens de escala e investindo em seu ecossistema de *startups* e pequenas e médias empresas pela aquisição e pela parceria de empresas menores e mais inovadoras.⁴² O autor reforça o aspecto da inovação colaborativa, afirmando que, quando as empresas compartilham recursos por meio dela, é possível criar valor para ambas as partes, bem como para as economias nas quais essas colaborações ocorrem, e todos os impactos salientados exigem que as empresas operem com maiores velocidade e agilidade, devendo repensar seus modelos de funcionamento.⁴³ Nisso, entra o modelo das plataformas digitais globais.

No que tange aos custos de transação, refere Schwab que as plataformas digitais (e aqui não se refere apenas às descentralizadas) os reduzem drasticamente, sempre que indivíduos ou organizações compartilham o uso de um ativo ou oferecem um serviço, com benefício econômico a todas as partes envolvidas. O autor ressalta, tal como Rifkin,⁴⁴ que o custo marginal de produção de cada produto adicional, bem ou serviço tende a zero.⁴⁵ Dos exemplos destacados acima de adoção da tecnologia nos diversos setores, percebe-se essa redução dos custos de transação e essa

41. Schwab afirma que a quarta revolução industrial teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital. Ele acredita que essa revolução não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas; seu escopo é muito mais amplo. Entende, ainda, que o que faz essa quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. (SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16).

42. Ibidem, p. 68.

43. Ibidem, p. 63.

44. RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. São Paulo: M. Books do Brasil, 2016.

45. SCHWAB, op. cit., p. 29.

otimização da eficiência. Quando as empresas se comunicam entre si, há uma otimização dos processos e uma economia dos custos.

No viés cultural, também se observa potencial transformador. Realidades culturais, como falta de compromisso com o contratado, poderão, ainda que em uma análise mais otimista, tornar-se menos presentes a partir do momento em que os *smart contracts* são autoexecutáveis e não dão espaço para justificativas. Na mesma linha, sob a égide da tecnologia, as pessoas precisarão antecipadamente refletir mais sobre as consequências de seus atos, tomar decisões mais conscientes e, quem sabe, mais “devagar”,⁴⁶ além de se responsabilizarem mais pelos próprios dados e pelos próprios atos, na medida em que o protocolo não permite a retirada da informação de seu histórico. De outra banda, uma remodelação quanto à confiança e à reputação igualmente são previstas, já que as pessoas físicas ou jurídicas podem voltar a confiar umas nas outras sem que efetivamente o façam, em razão de o próprio sistema trazer essa confiança. Consequências como essas, acaso confirmada a adoção massificada da tecnologia, podem produzir redução da litigiosidade e, por conseguinte, impactar fortemente instituições como o Poder Judiciário.⁴⁷

O futuro dessa ou de outras tecnologias que despontam atualmente não é conhecido, evidentemente, mas têm sido ponderadas suas consequências para o globo. São considerados seus efeitos positivos em termos

46. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

47. Mudanças culturais possuem processo mais longo, certamente. No entanto, condições externas como essa estrutura e o reflexo econômico decorrente dela poderão acelerar o passo, nada que não tenhamos visto como possível se considerarmos a pandemia de covid-19, que apressou mundialmente a reestruturação de negócios e a adoção de plataformas *on-line* e do *home office*, transformando repentinamente milhões de hábitos e vidas. Evidentemente, há conjecturas, porém, não se podem subestimar as possibilidades, nem se desconsiderar os riscos, incluindo o de desilusão. Há diversos interesses em jogo, os quais podem marcar o processo de adoção ou de alteração dessas estruturas disruptivas. Rememora-se o destino da própria internet, que, na década de 60, visava ser descentralizada, mas que se tornou centralizada. Segundo o curso *Blockchain para negócios*, atualmente 80% do tráfego da internet é dominado por empresas.

de negócios, bem como a apreensão em decorrência de possíveis características negativas. A privacidade, tema hoje bastante debatido, é um desafio para o *blockchain*, por exemplo. Outra questão é a adoção global da internet e a necessidade de maturação da tecnologia, bem como a redução do gasto de energia para sua utilização massificada, além da necessidade de comunicação de todas as estruturas para o melhor aproveitamento (interoperabilidade já destacada).⁴⁸ Questiona-se também sobre a necessidade de tudo ser exatamente descentralizado, hipótese sopesada por entusiastas ante a possibilidade de transformação generalizada, e, ainda, sobre o papel da regulação.

Ressalta Schwab que ainda nos encontramos no início da quarta revolução industrial, mas ela exigirá a completa reformulação das estruturas econômicas e organizacionais para que se possa compreender todo o seu valor. Ele acredita que essa revolução tem o potencial para aumentar o crescimento econômico e aliviar alguns dos maiores desafios mundiais enfrentados de forma coletiva. Alerta, no entanto, para a necessidade de reconhecer e gerir os impactos negativos que ela pode trazer em relação à desigualdade, ao emprego e ao mercado de trabalho,⁴⁹ importantes e marcantes questões sociais sobre as quais se debruçam os economistas.

Relativamente ao desemprego, o autor ressalta um possível impacto de caráter negativo da tecnologia, pelo menos a curto prazo. Afirma que a velocidade, a amplitude, a profundidade e a transformação completa de sistemas inteiros possibilitada pela tecnologia mudarão drasticamente a natureza do trabalho. No que tange à desigualdade, ponto bastante debatido entre os economistas, assevera que garantir que nenhuma faixa do globo seja deixada para trás é um objetivo crucial para mitigar o risco de instabilidade mundial em razão da geopolítica e dos desafios de segurança causados pelos fluxos migratórios, por exemplo.

48. Conforme o curso *Blockchain para negócios*, 50% da população mundial ainda não tem acesso à internet.

49. SCHWAB, op. cit, p. 41, 42, 51-52.

Também há a preocupação exposta por Dowbor, quanto às ideologias de dominação, que chama de superestruturas de poder. O autor enfatiza que o mercado atualmente é essencial como mecanismo regulador, mas que não é nem de longe suficiente e alerta para o gigantismo corporativo como estrutura de poder. Ele refere que o mercado tem sobrevivido apenas nas brechas em que os chamados executivos se tornaram essencialmente operadores políticos, afirmando que o que ainda se chama de mercado não é mais mercado, mas uma estrutura política, financeira e jurídica que desorganiza a economia. Segundo o autor, na era da conectividade planetária, por meio da *internet*, dos *smartphones* e de outros instrumentos de estocagem, gestão e transmissão de conhecimento, a própria lógica do capitalismo se desloca. A base técnica transformada gera um conjunto de relações sociais de produção que atingem tanto o mundo do trabalho, com uma nova hierarquização, outros vínculos profissionais e outras formas de exploração, como o mundo corporativo, com as gigantescas plataformas nas quais estamos condenados a navegar. Ressalta, ainda, que a própria desmaterialização do dinheiro e sua volatilidade no espaço virtual deslocaram e ampliaram profundamente as formas de extração da mais-valia, mudando a base organizacional do capitalismo em profundidade, mas igualmente mudando as formas de poder e as ideologias de dominação.⁵⁰

Ainda relativamente aos riscos, destacam-se algumas das preocupações pertinentes ao Direito da Concorrência postas por Veríssimo.⁵¹ Ele refere que a implementação das DLT⁵² para substituir totalmente ou competir com os mercados tradicionais desafiará a análise antitruste, especialmente em relação aos critérios atualmente utilizados no âmbito do controle das estru-

50. DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Sesc-SP, 2020. p. 81-82.

51. VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. Repercussões concorrenciais das *distributed ledger technologies* (DLT). In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Ed.). *Empresa, mercado e tecnologia*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 255-267.

52. Veríssimo, conforme já se registrou, utiliza a expressão DLT como genérica da qual *blockchain* é espécie.

turas. Alerta que a estrutura fornecida pela tecnologia em questão não só facilita a prática de condutas anticompetitivas já conhecidas, como permite o surgimento de novas práticas relacionadas ao seu uso, ao que chama de inovação predatória. O autor refere que a diversidade de agentes atuando em conjunto por meio da *blockchain* dificulta a identificação do chamado agente dominante e a multiplicidade de nós de uma rede *blockchain* pode impossibilitar a identificação de uma empresa ou um grupo econômico de maneira clara, permitindo o excêntrico surgimento de monopólios sem monopolistas. Ressalta, portanto, que as novas estruturas empresariais e contratuais proporcionadas pela tecnologia em estudo exigirão novas metodologias da análise antitruste tradicional, em especial em relação à definição de mercado relevante, do ponto de vista do produto e geográfico, bem como dos critérios de mensuração de participação de mercado.⁵³

A seara concorrencial, garantidora de uma economia mais equilibrada e saudável, portanto, evidentemente também tem estado atenta aos riscos e às transformações decorrentes da tecnologia. Registra-se, nesse passo, o entendimento de SchrepeL, que traz a Teoria da Granularidade, a qual, sobre a distinção entre organizações e organismos, esclarece que o *blockchain* é um aglomerado de organismos e entende que é partindo dessa concepção que se viabiliza a aplicação do antitruste e da lei concorrencial, quando necessário.⁵⁴

No âmbito do Direito, na linha do que leciona Irti,⁵⁵ a regulação impacta e determina a Economia, as regras compõem e estabelecem o jogo.

53. Ibidem, p. 255-267.

54. Essa teoria visa analisar o papel de cada elemento de um *blockchain*, explicando o autor que, enquanto em uma firma há um controle vertical e piramidal sobre seus componentes, os *blockchains* são feitos de mecanismos de governança horizontal, o que reforça a importância de cada organismo (na medida em que um só elemento não pode assumir que todos seguirão em uma direção coordenada). (SCHREPEL, Thibault. *The Theory of Granularity: a Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems* (January 14, 2020). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519032. Acesso em: 14 nov. 2020).

55. IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma: Laterza, 2003.

Tem sido refletido que, no caso da tecnologia *blockchain*, a regulação é necessária para fazer com que os investidores tenham segurança e efetivamente aportem valores, mas não pode ser de tal maneira que a impeça de exercer o seu potencial efetivo. Não por nada, foram os países que mais rapidamente regulamentaram situações que despontavam com a tecnologia que estão hoje com maiores projetos, pois investidores buscam desenvolvê-los onde há uma segurança maior e, assim, países mais resistentes acabam perdendo empresas e investimentos. Os entendedores do sistema *blockchain*, no entanto, alertam quanto ao fato de que as normas devem recair sobre a atividade, não sobre a tecnologia em si, já que, sobre esta, sequer haveria possibilidade de *enforcement*.⁵⁶ Observa Veríssimo que, diferentemente de um contrato tradicional, o *enforcement* jurídico no caso dessas plataformas pode advir da própria vontade das partes, desde que observados os requisitos formais de validade.⁵⁷

Temas que têm sido objeto de preocupação do Direito são, por exemplo: privacidade (GPDR: coleta e venda de dados pessoais),⁵⁸ propriedade intelectual (anterioridade), ações emitidas em *blockchain* e ICO (mercado de capitais), direito ao esquecimento (imutabilidade das informações inseridas), *smart contracts*, questões concorrenciais, tributação (declaração de criptomoedas em caso de ganho de capital). Exemplificativamente, registra-se a importância do debate acerca da regulação das criptomoedas, uma vez que há consequências para sistema bancário e financeiro, mercado de capitais, penal, tributário, concorrencial, sucessão e, mesmo, penhora nos processos em geral. Há uma dificuldade para o Banco Central ter controle das transações em razão da descentralização (não passam por uma entidade central).

56. MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY. *Blockchain para negócios*, 2018. Disponível em: <https://www.blockchainparanegocios.com.br/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

57. VERÍSSIMO, op. cit., p. 255-267.

58. Registram-se, nesse passo, a recente Lei nº 13.709/2018 e o grande debate acerca da proteção de dados pessoais.

Outro ponto que é objeto de reflexão frente à tecnologia é a extensão das fronteiras. Em função da globalização, temos observado a produção fragmentada, ou seja, a dispersão das etapas envolvidas na produção de bens e serviços em vários países, muitas envolvendo várias empresas, embora ainda vinculadas a uma empresa líder.⁵⁹ As transações expandem-se para fora das fronteiras nacionais. Do que foi consignado acima, observa-se que o *blockchain* é estrutura que ainda vai mais além, uma nova forma de entabular negócios, dispensando o conhecimento e a confiança entre as partes envolvidas e possibilitando maior giro de riquezas para qualquer área do globo.

Dowbor afirma que os conceitos de território, de pertencimento e de identidade estão mudando. Pessoas geram novos vínculos de sociabilidade segundo os mais variados interesses, processos produtivos se articulam no plano internacional, fluxos financeiros passam a cruzar o planeta instantaneamente, um novo universo econômico, social e cultural se desenha, além de um novo universo político com espaços nacionais vendo suas funções redesenhadas e muito fragilizadas. O autor mencionado faz importante digressão sobre esse aspecto do Direito frente à Economia: diz ele que, atualmente, há um desajuste sistêmico entre a dimensão mundial da Economia e a fragmentação do poder regulatório das nações.⁶⁰

Irti, nesse passo, também reconhece a possibilidade de reconhecimento de um único espaço, não mais uma pluralidade de territórios,⁶¹ ressaltando o caráter da artificialidade do mercado. Dentro dessa perspectiva de um único espaço, o autor italiano aponta que é realidade que vem se desvendando, apontando para uma Economia de alcance planetário, mui-

59. CARNEIRO, Flávio L. *Fragmentação internacional da produção e cadeias globais de valor*. Brasília: Ipea, 2015.

60. DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Sesc, 2020. p. 33-34.

61. IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007.

to embora entenda que a Política e o Direito ainda sejam elementos que permanecem fechados nas velhas fronteiras.

Do assinalado até aqui, percebem-se presentes grandes potencialidades, riscos não menos subestimados e importantes transformações decorrentes da tecnologia em debate. Não há dúvidas de que é uma nova forma de se entabularem transações: desloca a confiança para a própria tecnologia, dispensa intermediários (embora outros estejam sendo percebidos como *exchanges* no sistema financeiro), traz transparência e, com isso, reduz o risco do oportunismo, da forma como identificado por Williamson,⁶² e da incompletude das informações, acarretando redução dos custos de transação.

Em razão disso, reflete-se se todos esses aspectos fazem da tecnologia uma estrutura de governança para além das já existentes, incluindo-se, por exemplo, entre as estruturas híbridas ou, embora excepcionalmente transformadora de todo esse arcabouço, ela ser entendida como um instrumento para o modo como as tradicionais desenvolvem maior eficiência. Davidson, De Filippi e Potts⁶³ e Schrepel⁶⁴ concluem que se trata de uma nova instituição econômica do capitalismo.

A Teoria dos Custos de Transação, incrementada por Williamson, compreende que os custos de transação influenciam a disposição das partes quanto à escolha da estrutura de governança para realizar determinado negócio (atributos comportamentais do “homem contratual” indicados por Williamson).⁶⁵ Segundo o autor, as estruturas de governança têm dois

62. WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo*. São Paulo: Pezco, 2012. p. 26.

63. DAVIDSON, Sinclair; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason. *Economics of blockchain*, mar. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2744751>. Acesso em: 17 abr. 2020.

64. SCHREPEL, Thibault. *The Theory of Granularity: a Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems* (January 14, 2020). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519032. Acesso em: 14 nov. 2020.

65. WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. In: _____; *Contract, governance and transaction cost economics*. UC Berkeley: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2017. p. 87-88; 91-92.

polos extremados: o mercado e a firma (hierarquia), mas entre elas há uma região intermediária ocupada pelos mecanismos híbridos (em destaque os contratos de longo prazo).⁶⁶

Williamson infere que os meios alternativos de governança (mercados, híbridos, firmas) diferem de maneiras estruturais discretas. Sublinha que não apenas diferem em espécies, mas que cada genérico modo de governança é definido por uma síndrome de atributos, ou seja, cada modo de governança possui distintas forças e fraquezas.⁶⁷ Os atributos comportamentais dos agentes (racionalidade limitada e oportunismo) e os atributos complexos das negociações (especificidade de ativos, frequência e incerteza) são os elementos que Williamson considera importantes para a identificação dos custos de transação que determinam a adoção de uma estrutura de governança.

Retornando ao questionamento, pois, para posicionar o *blockchain* frente às estruturas tradicionais, inicialmente se pode assumir que a estrutura hierarquizada não necessariamente se dissolve com a colaboração intensificada pela tecnologia. Também se pode concluir que o mercado se mantém, embora não haja dúvidas de que há um entrelaçamento muito maior e substancial entre as empresas a partir da tecnologia em questão. Por terceiro, também se pode admitir que os contratos atualmente possuem objeto e efeitos que antes sequer eram considerados, isso não só em função do que proporciona a tecnologia,

66. WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo*. São Paulo: Pezco, 2012. p. 61-75; KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2005. p. 145.

67. Williamson discorre: "Because the syndromes of attributes that define markets and hierarchies have different strengths and weakness, some transactions will benefit from the move from Market to hierarchy while others will not. [...] Not only is each generic mode of governance defined by an internally consistente syndrome of incentive intensity, administrative controls and contract law regime (Williamson, 1991a), but different strengths and weaknesses accrue to each". (WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. In: _____. *Contract, governance and transaction cost economics*. UC Berkeley:World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2017. p. 87-88; 91-92.

mas de uma mudança cultural que fica bastante evidente com a sobrevivência da Economia do Compartilhamento,⁶⁸ por exemplo. Por fim, a responsabilidade contratual e extracontratual, empresarial, civil e consumerista, decorrente desses novos contornos, necessariamente será revisada pela lei e pela jurisprudência, revelando grande impacto nas instituições em geral.⁶⁹

Referem Tapscott e Tapscott que a tecnologia *blockchain* tem profundas implicações para muitas instituições.⁷⁰ Citam a indústria de serviços financeiros, os investimentos em *startups* de *blockchain*, as regulações. Eles acreditam que as empresas se parecerão muito mais com redes do que com hierarquias verticalmente integradas como na era industrial. Afirmam, ainda, que existe uma oportunidade de distribuir (não redistribuir) riqueza de uma maneira mais democrática.

Os autores alertam, mais adiante, para grandes mudanças no governo e na governança. Em sua visão, a tecnologia *blockchain* poderá torná-las de alta *performance*, melhor e mais baratas. A respeito da redução

68. RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. São Paulo: M Books do Brasil, 2016.

69. Para se registrar uma dimensão da disruptura e, portanto, da possível necessidade de conformação do Direito, consigna-se a existência das DApp (*decentralized applications*). Segundo curso *Blockchain para negócios*, as DApp são transparentes e resilientes, distribuídas e incentivadas por meio de *tokens* e “rodam” em vários nós, sem necessidade de uma autoridade central. Não necessariamente utilizam *smart contracts* ou “rodam” em *blockchains*, são *open source* (qualquer um pode participar na evolução do código). Não há um dono, há incentivos monetários por *tokens* para que a aplicação vá para o lado que os participantes decidirem ser o correto. Ainda estão em desenvolvimento. A maioria é *tokenizada*, ou seja, há um *token* para algum tipo de acesso. Exemplos: Arcade City, UJO, Bitnation, Augur, Virtue Poker, Peepeth, Golem, Gods Unchained. O Arcade City, por exemplo, é um modelo descentralizado do que é hoje o Uber ou 99 Táxi. Remove o intermediário, remove a empresa, conecta-se diretamente com o motorista, não tem um intermediário determinando o valor da corrida, por exemplo. Faz a gestão dos *reviews* dos motoristas. Há um *token* para o pagamento pelas corridas nesse ambiente. Não há como proibir isso de acontecer, porque são descentralizados. Na hipótese de se esquecer algo no veículo, também não há para quem reclamar (é um *trade off*).

70. TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: Senai-SP, 2016. p. 38.

dos custos de transação e da estrutura da empresa, Tapscott e Tapscott afirmam que a *internet* tem um impacto periférico na arquitetura corporativa. As redes têm permitido às empresas se terceirizarem para áreas geográficas de custo mais baixo, mas, para além disso, a *internet* baixou os custos de transação dentro das empresas igualmente. Eles ressaltam que o *blockchain* reduz o atrito das empresas por toda a parte, o que significa diminuir custos.⁷¹ Afirmam, ainda, que o *blockchain* oferece meios confiáveis e eficazes não só de eliminar os intermediários, mas também de reduzir radicalmente os custos de transação, transformando as empresas em redes, distribuindo poder econômico e permitindo tanto a criação de riqueza como um futuro mais próspero.

Os autores ressaltam que a terceirização foi apenas um começo do que a internet trouxe em termos de redução de custos e questionam se a Teoria da Firma de Coase,⁷² dos anos 1930, depois desenvolvida por Williamson,⁷³ poderia ter imaginado uma plataforma que derrubasse esses custos para que as empresas encontrassem competência fora de seus limites, com custo mais reduzido e melhor desempenho. Referem que o *blockchain*, reduzindo os custos de busca e de contratação, permite que as empresas se abram e desenvolvam novos relacionamentos fora de seus limites.⁷⁴

Os referidos autores afirmam que, no geral, os limites que separam uma empresa de fornecedores, consultores, clientes, comunidades de pares externos e outros se tornarão mais difíceis de definir e vão mudar constantemente. Para eles, as firmas continuarão a existir mesmo com o *blockchain*, uma vez que os mecanismos de busca, contratação, coordenação e estabelecimento de confiança dentro dos limites cor-

71. Ibidem, p. 53, 55, 128-131.

72. COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2626876>. Acesso em: 8 maio 2020.

73. WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo*. São Paulo: Pezco, 2012.

74. TAPSCOTT; TAPSCOTT, op. cit., p. 137-139.

porativos serão mais rentáveis do que aqueles no mercado aberto, pelo menos para muitas atividades. Em retorno à clássica pergunta quanto ao tamanho ideal da empresa,⁷⁵ entendem que o ponto de partida para as decisões de limites corporativos é entender sua indústria, seus concorrentes e suas oportunidades para crescimento rentável e usar esse conhecimento como base para o desenvolvimento de uma estratégia de negócios, a partir da qual o *blockchain* abre novas oportunidades de trabalho em rede.⁷⁶

Mougayar refere que os *blockchains* são enormes catalisadores para mudança que atingem governança, modos de vida, modelos corporativos tradicionais, sociedade e instituições globais e afirma que haverá resistência na medida em que a mudança é extrema. O autor discorre que, se os *blockchains* são uma nova maneira de implementar transações confiáveis, sem intermediários da confiança, logo haverá menos intermediários e, em decorrência disso, a própria regulação deverá ser revisada. Relata que a internet substituiu alguns intermediários e que o *blockchain* substituirá outros; no entanto, também criará alguns novos. Ressalta, ainda, que a tecnologia em questão promete servir e expor a transparência em sua forma mais bruta.⁷⁷

Para Schrepel, as singulares características do *blockchain* fazem dele uma atrativa instituição, que deve ser integrada como uma nova variável da equação de Coase, ao lado das firmas e dos mercados. O autor refere que os custos de transação justificam a extensão da equação.⁷⁸ Ressalta que há uma linha que defende que o *blockchain* ajudará as companhias a se fortalecerem e expandirem suas fronteiras e outra que defende que

75. COASE, op. cit.

76. TAPSCOTT; TAPSCOTT, op. cit., p. 149-150.

77. MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. p. XXVIII-XXXI.

78. SCHREPEL, Thibault. *The Theory of Granularity: a Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems* (January 14, 2020). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519032. Acesso em: 14 nov. 2020.

a tecnologia acrescentará uma emergente alternativa para a firma e os mercados, embora ele alerte que essas conclusões ainda não possuem lastro substancial a confirmá-las. O segundo entendimento sustenta que o *blockchain*, além de ser uma terceira instituição ao lado das firmas e dos mercados, possui vantagens sobre eles e, nesse sentido, vai mais competir com essas outras instituições do que as aprimorar. Refere, ainda, que a tecnologia em questão difere da firma, por sua organização não ser verticalizada, e do mercado, em razão de nele haver necessidade de uma forte confiança entre as partes envolvidas na transação, além do maior custo necessário para se ter ciência das condições de toda a transação. Além disso, esclarece que, no *blockchain*, a *tokenização* permite criar um eficiente mercado de transações e ainda força seus usuários a internalizar os custos de verificação das transações.⁷⁹

O autor esclarece que o *blockchain* permite que os agentes tenham mais informações do que no mercado e pode minimizar o oportunismo por meio do *enforcement* e da execução criptográficos. Ressalta que a tecnologia não elimina de todo os custos de transação e ainda pode criar outros, mas adverte que o número de transações no *blockchain* continua crescendo, confirmando, em sua visão, seu caráter institucional. Afirmar que o impacto da tecnologia em questão, como instituição, dependerá do apelo criado por suas diferenciadas características, como lidar com o oportunismo ou ser irrefreável, além de depender da redução dos custos de transação. Assim, ele complementa a equação de Coase, afirmando que, se os custos de transação forem menores ao se adotar a tecnologia, essa será a opção escolhida em preterição à firma ou ao mercado.

Davidson, De Filippi e Potts, na mesma linha de Schrepel, concebem o *blockchain*, em razão de seus aspectos, como um mecanismo de coordenação e governança. Relembrem que Williamson operacionalizou os custos de transação de Coase e que compreende a organização hierár-

79. Ibidem.

quica como um método para controlar o oportunismo na presença de racionalidade limitada e especificidade de ativo e que essa proteção contra o oportunismo dá origem à eficiência dos custos de transação das hierarquias e dos contratos relacionais sobre os mercados. Davidson, De Filippi e Potts, em razão disso, afirmam que o *blockchain* é uma perspectiva valiosa quando operacionalizado com *smart contracts* e organizações autônomas distribuídas, pois eliminam o oportunismo por meio de mecanismos cripto-econômicos.⁸⁰

Os autores refletem que o *blockchain* permite que uma troca pontual de mercado se estenda indefinidamente, ou seja, ele faz a transação retornar ao contexto do mercado, mas com muito menor custo do que em um mercado. Os autores afirmam que isso é revolucionário, porque prejudica o forte entendimento sobre a eficiência econômica das firmas (que explora contratos incompletos) e dos contratos relacionais (que requerem confiança entre as partes) sobre os mercados. Afirmam que, na medida em que o *blockchain* pode eliminar oportunismo, ele será uma vantagem competitiva às organizações hierárquicas tradicionais e aos contratos relacionais. Esclarecem que o *blockchain* elimina o oportunismo pela transparência radical e pública aliada a mecanismos de cripto-consenso, executados automaticamente com *smart contracts*.⁸¹

Tanto Davidson, De Filippi e Potts como Schrepeel⁸² destacam o fato de que as firmas são feitas de contratos incompletos⁸³ e de que os *blockchains*, por sua vez, pertencem a uma particular classe do sistema econômico que não permite alterações. Esses autores relembram que

80. DAVIDSON, Sinclair; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason. *Economics of blockchain*, mar. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2744751>. Acesso em: 17 abr. 2020.

81. DAVIDSON; DE FILIPPI; POTTS, op. cit.

82. SCHREPEL, op. cit.

83. Na abordagem williamsoniana, os contratos são incompletos na medida em que não é possível antever todas as possibilidades que podem permear seu cumprimento. (WILLIAMSON, Oliver E. *Contract, governance and transaction cost economics*. UC Berkeley: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2017. p. 87).

contratos incompletos geram custos em razão da incerteza, das contingências não previstas, da própria escrita dos contratos e de sua execução. Schrepel ainda lembra que Williamson argumenta que a firma ajuda a minimizar o oportunismo por meio de contratos incompletos e destaca que o fato de o *blockchain* ser imutável e, assim, não permitir administrar situações não previstas anteriormente, poderia sugerir a preferência da firma sobre o *blockchain*, na medida em que escrever contratos completos é utópico.

No entanto, os mencionados autores destacam que o *blockchain* facilita as transações, permitindo menos problemas com assimetria de informações, seleção adversa e risco moral e afirmam que *smart contracts* podem trazer baixa probabilidade de contingências para dentro dos contratos. Eles concluem que o *blockchain* minimiza o oportunismo por diferente maneira: cria confiança integrando mecanismos de mercado com sistemas de pagamento garantidos por execução e *enforcement* criptográficos.

Davidson, De Filippi e Potts⁸⁴ afirmam que o *blockchain* é um novo mecanismo para controlar o oportunismo pela eliminação da necessidade de confiança por meio do consenso e da transparência proporcionados por esse sistema de criptografia. Afirmam que o oportunismo é eliminado com as *distributed autonomous organizations*, que estendem o domínio do mercado e encolhem o domínio das organizações. Concluem que, se o modelo de Williamson quanto ao oportunismo está correto, o *blockchain* será uma inovação institucional revolucionária, mas, se a governança existe por outra razão que não o oportunismo, então a tecnologia pode ser um novo engenho produtivo, mas não a revolução institucional que compreendem ser.⁸⁵

84. DAVIDSON; DE FILIPPI; POTTS, op. cit.

85. Registram um terceiro caminho, ligado ao ensinamento de Alchian e Demsetz quanto ao custo de monitoramento, mas esse ainda se encontra interligado à centralização.

Ao final, Davidson, De Filippi e Potts⁸⁶ mencionam que o que há de novo é esse revolucionário senso de um novo tipo de ordem econômica emergindo para além do capitalismo e concluem que uma melhor maneira de se pensar a tecnologia não é nem como um tipo de crescimento produtivo, nem como uma revolução como instituição para se sobrepor sobre firmas e mercados, mas como uma evolução das instituições básicas do capitalismo, como uma nova variação que compete com as espécies institucionais existentes.

Schrepel⁸⁷ afirma que, no momento, ainda é irrealista afirmar a superioridade de uma ou de outra governança para específicos tipos de transações, enquanto Davidson, De Filippi e Potts,⁸⁸ na mesma linha, referem que a mais eficiente instituição a coordenar a atividade econômica (mercados, hierarquias, contratos relacionais, *blockchains*) será aquela que alcance o desejado resultado sob o mais baixo custo de transação.

Expostos alguns entendimentos quanto ao questionamento acima registrado, relativamente ao posicionamento do *blockchain* frente às estruturas de governança tradicionais, sublinha-se que a tecnologia *blockchain* permite a entabulação de transações em um modelo colaborativo exponencializado, no qual uma rede de empresas pode participar de um negócio e otimizá-lo, reduzindo custos de transação. Essa redução advém da substituição do elo de confiança entre as partes pela confiança proporcionada pelo próprio protocolo, além do fato de dispensar intermediários.⁸⁹

Há uma aproximação do *blockchain* com as estruturas firma e mercado, pois, tal como registrado por Davidson, De Filippi e Potts, a tecnologia faz a transação retornar ao contexto de mercado,⁹⁰ podendo ser

86. DAVIDSON; DE FILIPPI; POTTS, op. cit.

87. SCHREPEL, op. cit.

88. DAVIDSON; DE FILIPPI; POTTS, op. cit.

89. Muito embora, como já se destacou, outros estejam sendo incluídos (as *exchanges* no sistema financeiro, por exemplo).

90. DAVIDSON; DE FILIPPI; POTTS, op. cit.

considerada uma forma híbrida que combina elementos da empresa e do mercado com os contratos.

Nesse passo, registra-se o que Sztajn afirma relativamente às estruturas híbridas, pois, ainda que tratasse, na ocasião, de contratos de longo prazo, é pertinente ao ponto aqui aventado. A autora refere que coexistem mercados e empresas, estruturas que se interpenetram e se complementam, pois depender de mercados para obter bens para a produção impõe riscos nem sempre administráveis e sua redução tem resposta nas firmas, as quais não operam isoladamente, havendo entre elas alguma interdependência por razões econômicas, de alocação de recursos, fiscais, de economia tributária ou logística e de distribuição de bens, o que as leva a se conformarem mediante a realização de operações negociais para atuação conjunta. Concebe, ainda, que as estruturas híbridas tendem a crescer com a globalização dos mercados e requerem modelos de governança eficientes,⁹¹ no que se pode encaixar o *blockchain*.

Frazão, também discorrendo sobre as formas híbridas, sublinha a reconfiguração do poder empresarial em formas organizacionais inovadoras, as quais, por mais que não se confundam com a empresa tradicional, agem como se assim fossem, na medida em que chegam, de maneira estável e coordenada, ao mesmo resultado final da direção unitária. A autora assevera que as formas híbridas combinam de modo inteligente elementos da empresa com elementos do mercado, o que faz com que algumas empresas pareçam mercados e alguns mercados pareçam empresas.⁹²

Conforme explanado por Davidson, De Filippi e Potts, bem como por Schrepel, a tecnologia em questão efetivamente vem demonstrando ser uma evolução das instituições econômicas capitalistas, mas também uma revolução, na medida em que sua adoção verdadeiramente causa uma

91. SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9-11; 63.

92. FRAZÃO, Ana. Do direito de empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 15, n. 1, p. 105-125, jan./abr. 2018.

disrupção frente aos modelos tradicionais, merecendo ser considerada estrutura de governança ao lado do mercado, dos contratos relacionais e das firmas, em função de consistir em uma forma diferenciada de efetivar transações. É um meio alternativo de coordenar a produção e sua adoção será feita, na linha dos ensinamentos de Coase e Williamson, se os custos de transação forem reduzidos. A eliminação do atributo comportamental do oportunismo sinaliza nesse sentido, ficando a questão levantada por Schrepel, a respeito dos contratos incompletos, a ser sopesada a partir da experiência da avaliação comparativa das alternativas institucionais. Acaso a imutabilidade seja interessante para determinado negócio, em função da redução de custos de transação, por exemplo, o *blockchain* poderá ser adotado. Por outro lado, a escolha poderá ser por outra estrutura de governança quando a existência de maleabilidade em relação às contingências futuras for de maior interesse. Há que se recordar, aqui, das diversas espécies dessa tecnologia, as quais, por si só, já possibilitam a adequação frente aos diversos interesses empresariais. Os *blockchains* privados permitem, inclusive, alterações como se discorreu alhures.

Williamson ressalta que as características estruturais salientes das formas de mercado, hierárquicas e de quase-mercado precisam ser identificadas e relacionadas às consequências econômicas de modo sistemático. O mundo passa a ter outra forma híbrida de estrutura de governança, que será adotada se a especificidade do ativo, a incerteza e a frequência,⁹³ além da redução dos riscos do oportunismo e da racionalidade limitada, revelarem que o custo será menor que a utilização das tradicionais estruturas de governança. Como o próprio Williamson

93. Williamson discorre que a Economia dos Custos de Transação sustenta que há razões econômicas racionais para a organização de algumas transações de uma forma, e outras transações de outra forma. Refere que as dimensões principais com relação às quais as transações diferem são a especificidade de ativos, a incerteza e a frequência. (WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo*. São Paulo: Pezco, 2012. p. 47; 81).

ressalta, entretanto, quanto às inovações organizacionais, o papel da competição em escolher as inovações de acordo com seus méritos econômicos justifica um tratamento mais completo,⁹⁴ ou seja, é importante a observação dos sucessos, mas também dos fracassos para a avaliação institucional comparativa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, procuraram-se abordar, ainda que brevemente, conceituação, características marcantes e potenciais impactos positivos ou negativos da tecnologia *blockchain*, nas diversas searas, principalmente na empresarial, destacando-se as transformações que vêm sendo percebidas, as potencialidades e os riscos. Com base nos aspectos marcantes da obra de Williamson – a) transação como unidade básica (análise sob as “lentes do contrato”), b) governança, e c) economia dos custos de transação –, procurou-se investigar o posicionamento da tecnologia frente às estruturas de governança tradicionais: mercado, firmas e contratos.

Concluiu-se que a tecnologia constitui nova estrutura de governança a competir com as tradicionais, posicionando-se entre as formas híbridas, por estar entre o mercado e a firma, aproximando-os. Para além dos fundamentos destacados pelos autores mencionados no artigo, relativos à confiança por meio da criptografia e do protocolo de consenso, acredita-se que o *blockchain* é mecanismo de governança porque possibilita, ao lado dos demais, a efetivação de transações de forma diferenciada, por ser descentralizado (e dispensar intermediários).

Essa característica é disruptiva, marcando um grande diferencial na maneira como entabular transações. Firmar um negócio por meio de uma

94. Ibidem, p. 368.

descentralized application (DApp), como se exemplificou, elimina a necessidade de adoção de uma forma hierárquica de governança, passando o contratante a assumir os riscos decorrentes (*trade off*), mostrando-se uma forma nova e singular de contratação, merecedora, portanto, do reconhecimento de seu caráter de estrutura de governança, mais do que simplesmente um meio de aprimorar as já existentes.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVALLI, Cássio. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CARNEIRO, Flávio L. *Fragmentação internacional da produção e cadeias globais de valor*. Brasília: Ipea, 2015.
- COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- _____. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2626876>. Acesso em: 8 maio 2020.
- DAVIDSON, Sinclair; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason. *Economics of blockchain*, mar. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2744751>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Sesc-SP, 2020.
- FRAZÃO, Ana. Do direito de empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 15, n. 1, p. 105-125, jan./abr. 2018.
- IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma: Laterza, 2003.
- _____. A ordem jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2005.
- _____. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Ed.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 69-75.

- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas SA, 2015.
- MOSAICO UNIVERSITY E BLOCKCHAIN ACADEMY. *Blockchain para negócios*. Disponível em: <https://www.blockchainparanegocios.com.br/>. Acesso em: 14 jul. 2021.
- MOUGAYAR, William. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.
- PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Ed.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 87-96.
- PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- PORTO, Antônio José Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. Tecnologia *blockchain* e Direito Societário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019.
- RAGAZZO, Carlos. O direito e a economia do compartilhamento. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 571-597.
- RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2016.
- SAES, Flávio Azevedo Marques de; SAES, Alexandre Macchione. *História Econômica Geral*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SCHREPEL, Thibault. *The Theory of Granularity: a Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems* (January 14, 2020). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519032. Acesso em: 14 nov. 2020.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.
- SINCLAIR, Davidson; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason. *Disrupting governance: the new institutional economics of distributed ledger technology*. jul. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2811995. Acesso em: 23 set. 2020.
- SONAGLI, Joseliane; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A Teoria de Coase e o Papel do Direito para a Eficiência das Relações Empresariais. *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, n. 1, p. 18-34, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15446/ede.v27n51.69917>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: Senai-SP, 2016.
- TEIXEIRA, Tarcisio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. *Blockchain e criptomoedas*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.
- VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. Repercussões concorrenciais das *distributed ledger technologies* (DLT). In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Ed.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 255-267.
- WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo*. São Paulo: Pezco, 2012.
- _____. *Contract, governance and transaction cost economics*. UC Berkeley: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2017.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Princípios da análise econômica do Direito como elementos de convicção judicial na resolução de demandas envolvendo assimetria de informação na saúde suplementar

Guilherme Frederico Hernandez Denz

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o modelo de prestação de serviços de saúde no Brasil é estruturado de forma híbrida, em que o sistema público, representado pelo Sistema Único de Saúde (SUS),¹ convive

1. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

com a atuação da iniciativa privada,² precipuamente pelo mercado de planos privados de assistência à saúde.

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), esse mercado é responsável pela cobertura de mais de 47 milhões de brasileiros beneficiários da assistência médica com ou sem odontologia e 26 milhões de beneficiários de planos exclusivamente odontológicos, o que representa uma média de 37,8% da população brasileira atendida de alguma forma por planos de assistência privada à saúde (dados referentes ao mês de setembro de 2020).³

Em um setor de fundamental importância social e econômica, reconhecido constitucionalmente como de “relevância pública”, diversos aspectos justificam a interferência estatal, de modo a promover sua regulamentação, sua fiscalização e seu controle.⁴

A racionalidade econômica se apresenta como fundamento para a intervenção do Estado no mercado da saúde suplementar, objetivando corrigir suas falhas, notadamente a assimetria de informações.

O presente estudo trata da possibilidade da adoção de princípios econômicos como subsídios em decisões judiciais na resolução de conflitos oriundos da relação entre usuários de planos privados de assistência à saúde e as operadoras que ofertam os serviços.

A estrutura do trabalho contempla, no primeiro capítulo, aspectos da intervenção do Estado no domínio econômico da saúde suplementar. No segundo tópico, cuida-se da racionalidade econômica como fonte de inter-

2. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

3. Precisamente, são 47.058.401 de beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia e 26.130.620 de beneficiário de planos exclusivamente odontológicos. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 2 ago. 2021.).

4. Art. 197. São de relevância pública as ações e os serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

venção do Estado, tendo por escopo corrigir as falhas de mercado. Aborda-se a assimetria de informação como a principal imperfeição do mercado a afetar a saúde suplementar no terceiro capítulo. Na quarta parte, são retratados alguns artigos da Lei nº 9.656/98 que preveem instrumentos legais de regulação. No quinto capítulo, a partir de duas situações práticas, discorre-se sobre como a compreensão dos princípios econômicos possibilita soluções para conflitos envolvendo consumidores e operadoras de planos de saúde. A título de arremate, apresentam-se considerações conclusivas.

2. A REGULAÇÃO NO SETOR DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

O modelo de Estado regulador foi incorporado na Constituição Federal de 1988, como evidenciam os artigos 173 e 174.⁵ Nesse papel, o Estado se revela como agente normativo e regulador da atividade econômica e exerce as funções de fiscalização e incentivo.

Inicialmente, a figura do Estado regulador, como se apresenta hoje, foi criada e desenvolvida com a crise do Estado social e de sua ampla atuação estatal. Estabeleceu-se um movimento em que o Estado foi diminuindo, transferindo muitas das atribuições de prestação de serviços à coletividade para a iniciativa privada, passando a exercer apenas a função de regulação e controle sobre as atividades delegadas. Trata-se de um “novo perfil de um Estado contemporâneo”.⁶

5. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

6. TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 307.

Embora, no Brasil, nunca se tenha alcançado o nível do Estado do Bem-Estar Social nos moldes europeus, em que os direitos sociais foram assegurados de uma forma bastante efetiva, no início da década de 90, a estrutura do aparelho estatal brasileiro e sua máquina administrativa foram reformuladas, visando tornar a administração pública mais eficiente e moderna.

A desestatização perdurou por toda a década de 90 e abrangeu diversas atividades que eram executadas pelo Estado e passaram às mãos do setor privado. A ideia que norteava o movimento era de que o objetivo da atuação estatal deve ser a promoção de seus valores constitucionais, entre outros, a salvaguarda dos direitos, de fomento e garantia dos serviços básicos prestados à população e de regulação da economia.⁷ O Estado se afasta de sua condição de executor de atividades para a de fiscalizador e regulador, zelando pela eficácia e pela qualidade dos serviços que são transferidos para a iniciativa privada.

Passa o Estado a atuar como regulador de mercados, seja diretamente, por departamentos ou setores da Administração Direta, seja por intermédio de organismos que integram seu aparelho, como as chamadas Agências Reguladoras.⁸

É certo que, no ramo da assistência médica, não houve privatização de entes estatais e já existia um mercado privado de saúde, com práticas consolidadas em um ambiente relativamente livre. Porém, com inspiração em outras esferas da economia, o marco regulatório da saúde suplementar é implementado com a edição da Lei nº 9.656, de 03/06/1998, e com a criação da Agência Nacional de Saúde,⁹ tendo a autarquia “por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto

7. GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 4a edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

8. Ibidem.

9. A ANS foi criada pela MP. 1928, de 25/11/1999, reeditada pela MP 2.012-2, com a posterior promulgação da Lei nº 9.961, de 28/01/2000.

às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país” (Art. 3º).

De forma genérica, pode-se conceituar a regulação como a atuação do Estado sobre as atividades econômicas, disciplinando e normatizando condutas, de modo a incentivar determinadas posturas e reprimir outras indesejadas.

A intervenção do Estado no domínio econômico expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Mediante a utilização de instrumentos e mecanismos vários, o Estado passa a condicionar e a direcionar o exercício da iniciativa privada.¹⁰

Pode-se afirmar que a característica principal da regulação reside em sua natureza exclusivamente normativa. A regulação consiste na adoção de normas, traduz-se em uma atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando influenciar o modo de conduta dos agentes públicos e privados.¹¹

No caso do direito à saúde, o texto constitucional o eleva à categoria de serviço público. Trata-se de um “serviço público não privativo”, circunstância que permite que o setor privado, independentemente de concessão, permissão ou autorização, possa prestá-lo. Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de saúde pelo setor privado. Em razão disso é que o art. 199 da Constituição Federal prevê ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde, pois, por não se tratar de serviço público, é desnecessária a previsão expressa do texto constitucional autorizando sua prestação pela iniciativa privada.¹²

A regulação do setor de saúde suplementar tem como alicerce diversos fundamentos que buscam a prestação eficiente e a qualidade dos serviços

10. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

11. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

12. GRAU, op. cit.

de assistência à saúde, bem como o equilíbrio entre os interesses legítimos dos consumidores e das empresas que atuam no mercado.

Mesmo que reconhecida a possibilidade de atuação da iniciativa privada nos serviços de saúde, há a exigência social sobre a manutenção da qualidade mínima do serviço. Por outro lado, a legislação não deve descuidar a capacidade econômico-financeira das operadoras, assegurando a solvência das empresas e a entrega dos tratamentos contratados aos beneficiários.

A regulação em saúde suplementar é resultado de uma confluência de diversas teorias, sejam de fundo econômico estrutural, sejam de natureza social, sendo que vários fatores credenciam a regulação fixada pela Lei nº 9.656/98.¹³

No presente estudo, optou-se por destacar três aspectos da normatização do setor: regulação com objetivo prudencial¹⁴ ou de higidez econômica; regulação com objetivo de proteção dos consumidores; e racionalidade econômica da regulação, que será mais bem esquadrihada no tópico seguinte.

Um dos vetores que norteia a legislação regulatória é seu aspecto de “regulação prudencial”, que se concretiza pelo controle da capacidade financeira das empresas, assegurando-se, assim, a solvência das operadoras e o pagamento dos riscos assumidos.

A relevância pública dos bens e dos serviços ofertados pelos sistemas privados de assistência de saúde demanda a atenção do Estado para com a saúde econômica financeira das empresas operadoras desses sistemas, a fim de evitar que situações previsíveis possam conduzir à ruína empreendimentos, deixando desassistidos usuários privados da assistência de saúde que tenham contribuído com eles.¹⁵

13. BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Fundamentos econômico-sociais e novo modelo de regulação da assistência de saúde privada. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 41-51, nov. 2010.

14. GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. *A teia do direito à saúde: entre o posto e o disposto*. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social, 2016.

15. RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. A justificação e os limites da regulação da saúde suplementar. *Revista de Direito Público da Economia_RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 51-68, out./dez. 2005.

Os diplomas normativos definiram requisitos para constituição, organização interna, operação e extinção das operadoras de planos de assistência à saúde, instituindo regras de naturezas econômico-financeira e contábil para assegurar o equilíbrio atuarial das empresas e dos planos por elas geridos.¹⁶

As exigências de garantias financeiras impostas pela regulação foram importantes para dar maior robustez ao mercado de saúde suplementar, não somente em relação às operadoras dos planos de saúde, mas também quanto à proteção dos demais atores desse mercado, como as redes credenciadas, os hospitais, os laboratórios, os prestadores de serviços médicos e mesmo os consumidores.

Em última instância, um conjunto normativo que viabilize a atividade das operadoras de saúde, assegurando o equilíbrio econômico-financeiro do mercado, acaba por proporcionar efeitos favoráveis aos próprios usuários do sistema. A legislação, porém, previu regras de regulação formuladas especificamente para tutelar o interesse do consumidor.

Repercuta, dessa maneira, do sistema de regulação, seu aspecto de proteção dos interesses dos beneficiários dos planos de assistência à saúde. Preveem-se diversas regras com a finalidade de proteção dos consumidores, pela imposição de limites à liberdade contratual e pela fiscalização de práticas do mercado que impliquem desvantagem excessiva aos usuários.

Não por outro motivo, Eros Grau aduz que a atuação do Estado sobre o domínio econômico impacta de modo extremamente sensível o regime jurídico dos contratos.¹⁷ No regime de proteção consumerista, o dirigismo contratual se revela de forma bastante acentuada, na medida em que interfere diretamente na liberdade de contratar das operadoras dos planos de saúde e dos consumidores.

16. BINENBOJM, Gustavo *et al.* *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

17. GRAU, *op. cit.*

Para Sandro Leal Alves (2004),¹⁸ a regulamentação do Brasil também trouxe ganhos principalmente em relação aos beneficiários, os quais ficaram protegidos de possíveis abusos das operadoras de plano de saúde, com maior confiabilidade para esse segmento.

Não obstante a existência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), havia um anseio geral, inclusive das operadoras de planos de saúde, pela edição de uma lei que tratasse especificamente do tema, a fim de positivar interpretações jurisprudenciais consolidadas e aclarar alguns aspectos controvertidos. A Lei nº 9.656/98 veio a suprir lacuna com vistas a uma proteção mais específica para o consumidor de planos de saúde. Nem por isso, no entanto, pode-se afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

As relações jurídicas entre usuários e os planos de assistência à saúde estão submetidas às disposições contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).¹⁹ Segundo Maria Stella Gregori,

a relação contratual de consumo do segmento de assistência à saúde se forma quando se encontrar, em um dos polos, uma pessoa jurídica que oferece a prestação de serviços de assistência à saúde e, no outro, se encontrar um ou mais consumidores, e o objeto dessa relação for a prestação de um serviço de assistência à saúde.²⁰

Dissonâncias há na doutrina nas situações de antinomia de regras extraídas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98. Deve prevalecer a regra geral de interpretação de que a lei posterior e especial revoga a anterior e geral ou o Código de Defesa do Consumidor é dotado de hierarquia constitucional superior?

18. ALVES, Sandro Leal. A regulação do setor de seguros: aspectos econômicos. In *Direito e Economia: diálogos*/ Coord: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

19. É importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento, concretizado por meio da Súmula 608, de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos de planos de saúde, exceto aqueles planos administrados por entidades de autogestão.

20. GREGORI, op. cit., p. 130.

Cláudia Lima Marques, ao analisar a controvérsia, conclui que se aplicam as duas leis cumulativa e complementarmente, porém, admite que, para a maioria da doutrina, a Lei nº 9.656/98 tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o Código de Defesa do Consumidor servir como lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor, especialmente na interpretação de cláusulas de maneira mais favorável ao usuário do plano.²¹

O que deve preponderar, na prática, é uma “interpretação construtiva da Lei nº 9.656/98 de acordo com o CDC”.²² Diante dessa sobreposição de normas sobre a mesma matéria, deve ser buscada uma harmonização das disposições da lei regulamentadora dos planos de saúde com as regras mais gerais do Código de Defesa do Consumidor, em um efetivo e profícuo diálogo das fontes.²³

Na realidade, em razão de diversos abusos cometidos pelas operadoras de planos de saúde em um ambiente livre de regulação específica, antes da edição da Lei nº 9.656/98, os esforços da ANS, no início, voltaram-se à disciplina da relação das operadoras com os beneficiários dos planos, para instaurar um ambiente de respeito ao consumidor e de efetivo atendimento, com qualidade em suas demandas.²⁴

Há evidência, portanto, de que a Lei nº 9.656/98 impôs diversas exigências regulatórias voltadas a tutelar a qualidade do serviço prestado aos consumidores e com a delimitação legal ao direito de contratar. Podem ser listados diversos dispositivos, entre outros, contemplados na Lei nº 9.656/98 com essa finalidade: prevendo a renovação automática dos contratos (art. 13); vedando

21. MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima *et al.* (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008.

22. PASQUALOTO *apud* MARQUES, op. cit., p. 129.

23. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima *et al.* (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008.

24. BINENBOJM *et al.*, op. cit.

a limitação de prazo de internação, o valor máximo e a quantidade em leitos básicos e em unidade de terapia intensiva (art. 12, II, “a” e “b”); vedando a limitação de número de consultas (art. 12, I, “a”); vedando a exclusão de coberturas e lesões preexistentes à data de vigência do contrato por prazo superior a 24 meses (art. 11); vedando a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular (art. 13, III); impedindo a recusa à contratação em razão da idade do consumidor ou da condição de pessoa portadora de deficiência (art. 14).

3. A RACIONALIDADE ECONÔMICA COMO FUNDAMENTO DA REGULAÇÃO NO SETOR DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

Embora os aspectos mencionados acima sejam relevantes para a normatização do domínio econômico na área da saúde, originariamente, a intervenção indireta, por via de regulação da atividade econômica, surgiu como pressão do Estado sobre a economia para garantir um regime de livre concorrência, evitando-se práticas abusivas pelos agentes mais fortes em detrimento dos mais fracos, o que prejudicaria, por consequência, toda a sociedade.²⁵

A teoria econômica defende que os mercados, em um ambiente de livre concorrência, são formas eficientes de alocação de recursos. Diante disso, um ambiente de concorrência perfeita é o objetivo a ser alcançado.

Esse modelo regulatório funda-se no pressuposto de que a competição entre os particulares acarretará a necessidade da elevação do padrão de qualidade e resultará na redução dos custos praticados,²⁶ o que, ao fim e ao cabo, implicará benefício para toda a sociedade.

25. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Ed., 2006.

26. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

É interessante observar que a defesa da concorrência, pela teoria econômica clássica, merece proteção na medida em que tem por escopo proteger o processo dinâmico do funcionamento do mercado e, em consequência, tem por finalidade a melhor alocação de recursos escassos. A defesa da concorrência e a tutela do consumidor são políticas relacionadas, mas não se confundem. O interesse do consumidor é protegido pelas normas de defesa da concorrência de forma mediata, enquanto a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios imediatamente tutelados.²⁷

Embora, segundo a visão da teoria clássica, o consumidor não seja o destinatário precípua de um mercado competitivo, não se pode negar que seus benefícios se estendem em prol do consumidor. Aliás, a livre concorrência afeta positivamente outras áreas sociais.

Corroborando esse entendimento, recorre-se à lição de Tércio Sampaio Ferraz, para quem:

[...] a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.²⁸

Em um mercado dotado de concorrência perfeita, isto é, em um mercado com muitos compradores e vendedores negociando produtos idênticos, de

27. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

28. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 210.

modo que cada comprador e cada vendedor são um tomador de preço,²⁹ a eficiência seria máxima e os recursos seriam alocados de uma forma que maximiza o bem-estar, sem necessidade de interferência estatal. Além disso, as informações deveriam estar ao alcance dos agentes de forma igualitária.

Nesse tipo de mercado competitivo, consumidores agirão de maneira autônoma e livre, fazendo suas escolhas ótimas. Ou seja, conseguirão adquirir o maior número de bens desejados (utilidade) na medida de sua restrição orçamentária.

A principal característica dos mercados competitivos é que tanto consumidores como empresas são tomadores de preço, isto é, nenhum deles pode impor o preço das mercadorias isoladamente. Nessa situação, há forças comparáveis de demanda e oferta e a interação dinâmica de longo prazo faz com que consumidores e empresas, sem intervenção externa de qualquer tipo, empreendam processos livres de barganha, o que propicia, ao final, o equilíbrio de mercado. Haverá convergência de preços e de quantidades ofertados e demandados por diferentes empresas e diferentes consumidores.³⁰

A convergência de todas essas variáveis, destinada a alcançar mercados competitivos, não constitui tarefa das mais triviais. São pouquíssimos os ambientes de mercado em que doutrinadores concordam que há realmente um equilíbrio na competição.³¹

Em razão da dificuldade para a ocorrência desse arranjo de fatores, mercados em concorrência perfeita são considerados um modelo-base para

29. PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

30. YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

31. Há certo consenso em se reputar, em termos gerais, o mercado agrícola como um exemplo típico de mercado em concorrência perfeita. (PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020).

a teorização da microeconomia acerca dos diferentes tipos de mercado.³² A intervenção externa, por meio da regulação governamental, mostra-se imprescindível, na maior parte dos casos, para controlar essas diferentes forças, objetivando atingir os mesmos resultados do modelo-base de competição perfeita.

A intervenção regulatória do Estado, inspirada na teoria econômica neoclássica, apresenta-se como uma resposta às denominadas falhas de mercado, que consistem em discrepâncias em relação ao ideal de um mercado competitivo.³³

As imperfeições de mercado são desvios das condições ideais de um sistema competitivo e levam indivíduos privados ou organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, a fazerem coisas que não sejam de interesse social.³⁴

São situações em que os agentes econômicos buscam atender tão somente seus interesses isolados, levando o mercado a resultados ineficientes.

A existência dessas falhas é usada como justificativa para intervenção governamental em um mercado privado e essa análise desempenha papel importante no que se refere às decisões sobre políticas públicas.³⁵

Conforme assevera Antônio Maristrello Porto:

Os economistas neoclássicos e keynesianos acreditam que atuações governamentais podem influenciar positivamente o resultado ineficiente de mercados que apresentam falhas. Nesse sentido, Lapo Berti afirma: o “bom funcionamento (do mercado) depende não apenas de uma robusta pressão concorrencial, que constitui, comumente, o ingrediente essencial, mas

32. PORTO; GAROUPA, op. cit.

33. ARAÚJO, Tiago C. Infraestrutura e sua regulação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

34. PORTO, op. cit.

35. PORTO; GAROUPA, op. cit.

ainda da presença de algumas outras condições que raramente são determinadas espontaneamente”.³⁶

As falhas de mercado são imperfeições relacionadas com assimetria de informações, estruturas não competitivas dos mercados, problemas com monopólio natural e externalidades.

No mercado de saúde suplementar, sua importância econômica e social faz ressaltar o impacto negativo dos efeitos econômicos das falhas de mercado. No entanto, o maior fundamento que clamou pela regulação e que é identificado por muitos como a origem dos conflitos setoriais da saúde está na assimetria de informação.³⁷

4. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO: SELEÇÃO ADVERSA E O RISCO MORAL

Uma das condições para se delinear um mercado competitivo é o fluxo contínuo de informações entre os agentes econômicos. No momento da celebração de um contrato, todas as informações necessárias sobre o objeto do acordo e sobre as condições dos contratantes devem estar claras e disponíveis a ambas as partes. Qualquer desequilíbrio no acesso às informações gera o que se denomina de assimetria de informações.

A teoria da assimetria informacional foi desenvolvida principalmente na década de 1970 por George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz, os quais receberam o Prêmio Nobel de 2001 por essa pesquisa. O objetivo principal da pesquisa foi compreender os efeitos de um fato notório, mas que não era considerado pelos economistas: em uma relação econômica, uma das partes detém um conhecimento mais acurado sobre o objeto da

36. PORTO; GAROUPA, op. cit., p. 67.

37. BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Fundamentos econômico-sociais e novo modelo de regulação da assistência de saúde privada. *Fórum Administrativo – FA*, ano 10, n. 117, p. 41-51, nov. 2010.

transação do que a outra. Como consequência desse desequilíbrio de informação, alteram-se as premissas quanto ao comportamento racional dos agentes econômicos, modifica-se a estrutura de preços do mercado (em razão da utilização do poder de informação qualificada por uma das partes) e criam-se zonas de ausência de mercados.³⁸

As informações não estão disponíveis a um custo zero no mercado.³⁹ Nas transações econômicas, não raras vezes, a informação mais qualificada detida por uma das partes implica maior poder de barganha e é natural que o agente que detenha a informação de melhor qualidade use-a em seu benefício. Assim, há um desequilíbrio de poder que leva a uma alocação ineficiente de recursos.

Se uma das partes detém maiores informações sobre a situação do outro ou se possui mais conhecimento sobre o objeto da transação, poderá agir de maneira diversa, não realizando o negócio ou, ainda, alterando o preço de mercado, de modo a afastar aqueles que não lhe interessa contratar. Essas situações, em um ambiente de concorrência perfeita, não teriam chances de acontecer.

A assimetria de informações é a falha de mercado que mais justifica a intervenção do Estado no mercado de seguros e, por consequência, na saúde suplementar.

Akerlof examinou a consequência da assimetria de informação no mercado de seguros-saúde de forma específica. Constatou que, como não é possível para a seguradora conhecer o real estado de saúde de um novo segurado, os preços tendem a incluir o risco envolvido. Como resultado, a pesquisa apontou que grande parte dos cidadãos norte-americanos com mais de 65 anos não dispunham de seguro-saúde.⁴⁰

38. TOKARS, Fábio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97-103.

39. ALVES, Sandro Leal. A regulação do setor de seguros: aspectos econômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

40. TOKARS, op. cit.

Nos planos de saúde, os riscos da assimetria de informação podem ocorrer entre provedores de saúde e pacientes, entre provedores de saúde e operadoras e entre consumidores e operadoras.

Na perspectiva dos consumidores, não possuem tantas informações quanto os fornecedores no que diz respeito às características do produto, à extensão da cobertura, ao valor adequado do prêmio e a seus reajustes, de modo que o mercado, funcionando livremente, pode levar a decisões equivocadas que prejudicam a maximização do bem-estar social. De outro lado, as empresas de seguros não detêm informações completas acerca do risco dos consumidores, uma vez que é impossível o conhecimento sobre a saúde do beneficiário, o que é fundamental para a avaliação precisa da contraprestação (prêmio do seguro).

No mercado de saúde suplementar, as operadoras dos planos de assistência à saúde avaliam e assumem os riscos dos custos a serem enfrentados no atendimento de cada participante do sistema. Depois, efetuam o rateio dos custos entre a coletividade dos usuários, por meio de uma média, a fim de definir o valor da contraprestação. Quanto maior o risco do grupo segurado, maior a chance de a operadora ser obrigada a fornecer a cobertura ajustada, o que acaba por elevar o custo da contraprestação.

Caso orientados apenas pela lógica do lucro, os operadores de planos de assistência à saúde tendem, obviamente, à seleção de risco, evitando consumidores e situações em que seja possível prever riscos superiores à média. O comportamento dos consumidores, por sua vez, será de somente procurar o plano quando já enfrenta o problema médico (seleção adversa) ou de se ver estimulado a consumir com mais frequência os serviços em virtude da amplitude da cobertura conferida (risco moral).

A seleção adversa se dá antes do estabelecimento de um contrato, quando uma das partes detém informação privada sobre suas características (*hidden information*). Na saúde suplementar, isso significa que os beneficiários do plano detêm mais informação sobre a própria condição de saúde do que a operadora do plano, levando os indivíduos

com alta probabilidade de utilização dos serviços de saúde a adquirir o plano de saúde.⁴¹

Diante desse quadro, o contrato oferecido atrai consumidores de risco elevado (portanto, com maior probabilidade de utilização) e desestimula os consumidores de baixo risco. Estimula o comportamento oportunista, pois a tendência das pessoas é procurar a contratação de seguro-saúde quando constatarem a existência de alguma doença ou de alguma situação que potencialmente exigirá a cobertura assistencial. As seguradoras, por sua vez, desconhecem o histórico de saúde e as motivações dos consumidores. Ou seja, o

real risco existente por trás de cada consumidor é desconhecido pelas pessoas jurídicas envolvidas na assistência à saúde. Diante dessa realidade, a estipulação de prêmio é feita com base no risco médico da população, observando naturalmente os critérios de faixa etária, sexo, condição social, entre outros.⁴²

Outro ponto negativo da seleção adversa é o comprometimento do fundo mutual. O plano de saúde, como quase todo seguro, tem como fundamento o mutualismo e a solidariedade, o que significa que os participantes do grupo segurado pagam a contraprestação para o fundo mutual. Os recursos dessas contraprestações são utilizados para custear as despesas daqueles que precisam de cuidados médico-hospitalares. Não há acumulação de recursos para uso futuro.⁴³ Essa é a solidariedade de risco, diferentemente de um sistema de capitalização em que meu consumo futuro está atrelado às circunstâncias que faço hoje.⁴⁴

41. ALVES, op. cit.

42. BELTRÃO, op. cit., p. 48.

43. CECHIN, José. Saúde na idade: por que diferenciar preços dos planos de saúde por idade e consequências econômicas da não aplicação dos reajustes previstos em contrato. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 177-198.

44. ALVES, op. cit.

A estrutura de financiamento do seguro-saúde não funcionaria caso se autorizasse que qualquer pessoa ingressasse no plano de saúde quando já estivesse necessitando das coberturas de tratamento médico. Se assim fosse, o valor dos prêmios corresponderia exatamente ao valor do tratamento acrescido das taxas de administração e não haveria sentido econômico para a operação de seguro.⁴⁵

É preciso, portanto, que a regulação elabore formas de corrigir os efeitos da seleção adversa, de modo a evitar que somente aquelas pessoas mais sujeitas ao risco procurem contratar o plano privado de assistência à saúde.

O termo “risco moral” foi o nome atribuído ao comportamento do segurado que aumenta ou agrava o risco já existente. Na maior parte dos eventos segurados, a probabilidade de ocorrência e a extensão dos danos variarão conforme o comportamento do segurado, podendo ser reduzidas pela adoção de precauções⁴⁶ ou majoradas pela imprudência do segurado.

Na realidade, o contrato de plano de assistência à saúde, como qualquer contrato de seguro, sempre tem como um de seus elementos o risco da ocorrência de evento incerto e futuro. O segurado contrata o seguro justamente para se precaver caso determinados eventos venham a acontecer e causar o sinistro. Há circunstâncias que naturalmente contribuem para a ocorrência do risco objeto do contrato, mas há eventos que aumentam consideravelmente as chances do sinistro.

Consideram-se risco moral os eventos que, além dos elementos intrínsecos pela natureza do objeto do contrato de seguro, são suficientes para a ocorrência do evento segurado, aumentando ou influenciando a ocorrência do risco do contrato. Trata-se de comportamentos dos segurados que, via de consequência, aumentam a probabilidade de ocorrência do risco.⁴⁷

45. ALVES, op. cit.

46. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

47. OZELAME, Rafael Henrique. Contrato de seguro e risco moral. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2016.

No caso do seguro médico, o risco moral se revela com o comportamento do segurado, que passa a utilizar serviços de assistência médica mesmo que não precise deles.

Qualquer comportamento de sobreutilização ou não prevenção interfere diretamente no equilíbrio econômico da relação. Esse incremento no risco se traduzirá em um aumento real dos custos no setor para seguradoras e seu mutualismo, trazendo a inevitável reação para a elevação dos preços ou a introdução de mecanismos de coparticipação ou franquia.⁴⁸

Segundo Sandro Leal Alves, a literatura econômica reporta a seleção adversa e o risco moral como os principais problemas derivados da assimetria de informações nos mercados de seguro.⁴⁹

A regulação do setor de saúde suplementar, portanto, deve contemplar instrumentos que procurem minimizar essas distorções do mercado — seleção adversa e risco moral —, preservando seu caráter competitivo e assegurando a qualidade dos serviços de assistência privada à saúde.

5. INSTRUMENTOS ECONÔMICOS PARA REGULAÇÃO DA SELEÇÃO ADVERSA E DO RISCO MORAL

Leonardo Vizeu Figueiredo discorre que instrumentos de regulação são os institutos jurídicos que materializam, no plano concreto, a atividade reguladora estatal. Podem ser mencionados: os atos normativos, gerais e abstratos instituídos para supervisão e regulamentação da atividade econômica; o exercício de poder de polícia (fiscalização) e os incentivos.⁵⁰

48. BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Fundamentos econômico-sociais e novo modelo de regulação da assistência de saúde privada. *Fórum Administrativo – FA*, ano 10, n. 117, p. 41-51, nov. 2010.

49. ALVES, Sandro Leal. A regulação do setor de seguros: aspectos econômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

50. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Ed., 2006.

No caso da saúde suplementar, os instrumentos de regulação decorrem principalmente da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e da Lei nº 9.961/2000, que criou a ANS. Esses atos normativos compreendem os principais mecanismos ou as ferramentas que dão corpo à regulação estatal no ramo da assistência privada à saúde. A partir desses modelos legais, também, uma série de outras regras são estabelecidas pelo regulador infralegal e, com efeito, criam-se direitos e obrigações.⁵¹

Torna-se relevante explicitar que, por trás desses instrumentos legais e infralegais de regulação, encontram-se fundamentos de natureza econômica que lhe conferem sustentação. Como se observou anteriormente, identificam-se argumentos advindos do campo da ciência econômica auxiliando para que o mercado da saúde suplementar funcione de maneira mais competitiva e, por consequência, fomente um incremento na qualidade da prestação de serviços de assistência médica aos beneficiários.

De modo a tentar reduzir a assimetria de informação no mercado suplementar, o marco regulatório legal, constituído principalmente pela Lei nº 9.656/98, instituiu diversos instrumentos jurídicos. O legislador, com isso, visa eliminar — ou, ao menos, mitigar — os efeitos nocivos da seleção adversa e do risco moral com o objetivo de incrementar o funcionamento do mercado de planos de assistência à saúde e, em consequência, aprimorar a prestação do serviço.

Como exposto, em decorrência da seleção adversa, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, era comum a seleção de riscos por parte das operadoras de saúde.

A rejeição de clientes com idade avançada ou portadores de doenças graves já não pode ser praticada pelas seguradoras e pelas operadoras, sem o risco de sofrerem as penas impostas pela lei.⁵² A regra estabelecida no art.

51. RAMALHO, Bruno Araújo. A interface institucional entre a ANS e o Poder Judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 122-144, mar./jun. 2016.

52. BOTTESINI, Maury Angelo; MACHADO, Mauro Conti. *Leis dos planos e seguros de saúde*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

14 da Lei nº 9.656/98⁵³ determina que, em razão da idade do consumidor ou da condição de pessoa portadora de deficiência física, ninguém poderá ser impedido de participar de planos de assistência à saúde.

A regulação previu regras sobre a rescisão contratual, de modo a evitar a seleção de riscos quando o beneficiário do plano alcançava determinada idade ou era acometido por doença grave.

Era prática recorrente das operadoras dos planos de saúde a de se negarem a renovar ou de rescindirem automática e unilateralmente o contrato quando o consumidor contraísse doença que o obrigasse a utilizar constantemente os serviços de tratamento à saúde ou quando chegava a uma “idade de risco”, ou seja, a uma idade em que tradicionalmente as pessoas necessitam com maior constância de serviços médicos.⁵⁴

O legislador equacionou o problema estipulando, no art. 13 da Lei nº 9.656/98, como regra geral, a renovação automática do contrato a seu término, vedando sua rescisão unilateral, salvo por fraude ou inadimplência do consumidor por período superior a sessenta dias.⁵⁵

Ainda, a fim de evitar-se a prática da seleção de riscos, a lei proibiu a cobrança de taxas de renovação e a cobrança de reajustes arbitrários pelas operadoras dos planos de saúde.

As operadoras de planos de saúde costumavam, na época da renovação do contrato, para aquele consumidor com idade avançada, com maior

53. Art. 14. Em razão da idade do consumidor ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

54. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima et al. (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008.

55. Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. Parágrafo único. Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: I – a recontagem de carências; II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e III – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

risco de cobertura, exigir aumentos substanciais, bastantes superiores aos pactuados no contrato, e, caso o consumidor não os aceitasse, não havia a renovação do contrato, deixando o consumidor em uma situação delicada, pois ele dificilmente seria aceito por outro plano, a não ser pagando preço extorsivo e sendo obrigado a cumprir todas as carências novamente.⁵⁶

O art. 13 da Lei nº 9.656/98 veda a cobrança de taxas para renovação e o art. 15⁵⁷ disciplinou os reajustes das contraprestações, determinando que a variação do preço em relação à idade somente poderá ocorrer caso estejam previstas em contrato as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS.⁵⁸

Existem situações em que é o segurado quem detém as informações privilegiadas. É o contratante do plano de assistência privada à saúde que tem conhecimento sobre o próprio risco de saúde. Na presença da seleção adversa, o consumo de seguros pelos indivíduos de baixo risco é menor e a tendência, não havendo medidas de desestímulo, é de que a pessoa procure contratar o plano quando na iminência de ocorrer o risco ou quando estiver prestes a precisar da cobertura.

Como se trata de um produto a ser usufruído mediante pagamento ao longo do tempo, a legislação criou prazos mínimos de carência para desestimular comportamentos oportunistas.⁵⁹

Carência do plano de saúde é o período corrido e ininterrupto, contado a partir da data do início da vigência do contrato de plano privado de assistência à saúde, durante o qual o consumidor paga as contraprestações pecuniárias, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas

56. PFEIFFER, op. cit.

57. Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

58. Resolução Normativa – RN n. 63, de 22 de dezembro de 2002, com alterações posteriores, define os limites a serem observados para adoção da variação de preço por faixa etária nos planos de saúde.

59. RAMALHO, op. cit.

previstas no contrato. O art. 12, inciso V da Lei nº 9.656/98 regulamenta os prazos de carência.⁶⁰

A normatização da lei sobre a questão de lesões ou doenças preexistentes⁶¹ também constitui ferramenta regulatória que tende a evitar o fenômeno da seleção adversa.

É certo que, antes da legislação, uma das maiores fontes de conflito entre operadoras de planos de saúde e consumidores se referia à negativa de cobertura de doenças que as operadoras alegavam existir antes da contratação do plano.⁶² O preceito do art. 11 da Lei nº 9.656/98⁶³ veda a exclusão de cobertura de lesões ou doenças preexistente depois de vinte e quatro (24) meses após a contratação.

Portanto, a regulamentação contemplada na legislação teve por objetivo a proteção do consumidor de boa-fé, ao vedar a exclusão da cobertura de doença preexistente por período indeterminado, mas também acaba por estimular a procura pelo plano de saúde mesmo que o consumidor esteja em condições boas de saúde.

As regras sobre carência e doenças preexistentes, em que o beneficiário, por um período de tempo estabelecido no contrato, não pode ter acesso a todas as coberturas contratadas, constituem um mecanismo de regulação para impedir que pessoas contratem o seguro somente quando têm certeza de que o risco vai se concretizar. No caso de doenças preexistentes, quando

60. Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [...] V – quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; e c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

61. Doenças ou lesões preexistentes (DLP) são aquelas de que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou da adesão ao plano privado de assistência à saúde.

62. PFEIFFER, op. cit.

63. Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou do beneficiário.

não declaradas propositalmente pelo beneficiário na assinatura do contrato, descortina-se para a operadora do plano de saúde suspender a cobertura, ou seja, negar o atendimento ao beneficiário, desde que observado o disposto em regulamentação editada pela ANS.⁶⁴

Outro ponto a se destacar sobre a seleção adversa, nesse aspecto, é, como salientado, o perigo de esvaziamento do conceito de mutualismo, que fundamenta o sistema de seguros.

O risco moral que, nos planos de assistência privada à saúde, se revela no uso desmedido da cobertura, gerando a sobreutilização dos serviços, também pode ter seus efeitos limitados com mecanismos de compartilhamento de risco, como a coparticipação ou a franquia.

Nessas hipóteses, a operadora do plano de saúde não assume todo o custo do risco da cobertura. Não se trata de limite financeiro da assistência, pois esse não poderá sofrer restrição. Cuida-se do limite do risco financeiro à saúde, no qual a operadora determina um percentual ou um valor fixo que ela não terá responsabilidade de cobertura.

Na coparticipação, o beneficiário pagará a operadora o percentual contratado e, na franquia, creditará o valor a ser pago, em montante fixo ou percentual, diretamente ao prestador de serviço, não à operadora do plano.

Extrai-se do art. 16, inciso VIII da Lei nº 9.656/98⁶⁵ que a cláusula estipulando a coparticipação ou a franquia deve ser reputada válida, desde que indicada com clareza e que não se constitua em entrave à utilização ou impeça o acesso do segurado ao tratamento estipulado.⁶⁶

64. Art. 11. [...] Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou do beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o *caput*, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. A regulamentação da ANS veio através da Resolução Normativa – RN n. 162, de 17 de outubro de 2007.

65. Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, devem constar dispositivos que indiquem com clareza: [...] VIII – a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou do beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica.

66. BOTTESINI, Maury Angelo; MACHADO, Mauro Conti. *Leis dos planos e seguros de saúde*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Ao serem compelidos a arcar com parte dos custos dos tratamentos, os consumidores serão desestimulados a abusar dos tratamentos quando desnecessários, o que reduzirá o custo da contraprestação.

6. PRINCÍPIOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO ELEMENTOS DE CONVICÇÃO JUDICIAL NA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS ENVOLVENDO ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Como se observou ao longo do trabalho, a teoria econômica fornece fundamentos sólidos para justificar a intervenção do Estado no mercado de saúde suplementar, com a finalidade de eliminar a assimetria de informação. A contribuição da ciência econômica é passível de se difundir também para a atividade jurisdicional, fornecendo elementos de convicção para que o julgador tenha condições de resolver demandas envolvendo consumidores e operadoras de planos de saúde.

Sobre esse diálogo entre o Direito e a Economia, pode-se afirmar que, a partir da compreensão do raciocínio econômico, é possível encontrar novas interpretações e novas soluções para problemas que se apresentam no plano jurídico.⁶⁷

Um dos empecilhos, normalmente apontado para repelir essa aproximação, não se sustenta. Invocar que a Economia rejeita a noção de justiça, que se constitui a preocupação fundamental do Direito, não pode ser admitido, na medida em que uma das finalidades principais da ciência econômica é a eficiência. Partindo-se da premissa de que a ineficiência provoca desperdícios em uma sociedade, certamente não

67. PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

é justo que os recursos da sociedade sejam gastos sem maximizar sua utilização social.⁶⁸

Além disso, o reconhecimento de que é possível aplicar princípios econômicos para a solução das disputas no ramo da saúde suplementar não implica renúncia a outros aspectos legais, como a defesa do direito do consumidor. O escopo econômico não elimina a tutela de proteção ao consumidor.

Nesse ponto, preciso é o ensinamento de Mackaay, ao comentar como deve ser travado esse diálogo entre o Direito e a Economia:

Reconhecer o perigo de recorrer às ciências sociais não quer dizer renunciar a elas. É preciso que as escolhas garantam justiça e solidez para as teorias às quais nos propusermos aderir. Seria, portanto, insensato privar-se de sua colaboração. As ciências sociais podem oferecer ao jurista um mínimo de conhecimento sobre a ação humana de forma a, sutilmente, refinar sua intuição.⁶⁹

A análise econômica do direito tem por objetivo empregar princípios econômicos para expandir a compreensão do direito e aperfeiçoar a aplicação das normas jurídicas, principalmente em relação a suas consequências.⁷⁰

Nessa linha de argumentação, pode-se afirmar que o conhecimento dos princípios econômicos referentes à assimetria de informação, à seleção adversa e ao risco moral pode aperfeiçoar a aplicação das normas jurídicas no ramo da saúde suplementar, ao fornecer mais subsídios ao julgador para resolução de conflitos nessa área.

68. TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 283-300.

69. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 7.

70. GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

Não raras vezes, mesmo que a decisão adote uma orientação já sedimentada pela jurisprudência, o enfrentamento da questão da assimetria da informação no setor de planos de saúde, sob o enfoque da análise econômica do direito, funciona como reforço argumentativo para solidificar a convicção do julgador.

Duas situações concretas são apresentadas para demonstrar como a análise econômica do direito pode ajudar a construir racionalmente o conteúdo da decisão judicial.

O art. 13 da Lei nº 9.656/98 estabelece que o prazo mínimo de vigência dos contratos de planos de saúde é de um ano e que, decorrido esse prazo inicial, a renovação é automática. Somente por opção do consumidor ou por inadimplemento dele para com as obrigações estipuladas é que pode haver denúncia ou resolução do contrato.

A conclusão é de que a lei afastou desse tipo de contrato a denúncia imotivada pela operadora, o que, para alguns doutrinadores, faz desaparecer a liberdade de dar por resolvido o contrato em clara afronta ao princípio da liberdade contratual.⁷¹ Entretanto, com fundamento nas lições hauridas da economia, a decisão judicial que impuser à operadora a renovação automática do contrato tem como objetivo evitar a seleção de risco e, por consequência, eliminar os efeitos da assimetria de informação no mercado de saúde suplementar.

O segundo exemplo se refere às regras de carência e lesões ou doenças preexistentes. Beneficiários dos planos de saúde que estão em período de carência e/ou que se enquadram nos impedimentos de lesões ou doenças preexistentes podem ter seus pedidos para a concessão de cobertura médica negados pelas operadoras dos planos de saúde. Com frequência, ocorrências como essas acabam por chegar às barras da Justiça. Diante desses casos, o julgador pode ser impelido, em um primeiro momento, diante da necessidade do beneficiário em receber o tratamento médico, com base no

71. BOTTESINI; MACHADO, op. cit.

conceito de vulnerabilidade do consumidor, a conceder a medida, determinando que o plano de saúde arque com o custeio da cobertura.

Nesses casos, novamente é possível recorrer às noções sobre assimetria de informação e seleção adversa para justificar decisão de negativa do tratamento.⁷² Um dos argumentos a ser expandido é de que a concessão do tratamento, nessas circunstâncias legais, fomenta o comportamento oportunista daqueles que se socorrem do seguro somente quando no decorrer da doença ou de sua iminência.

A outra justificativa econômica é o equilíbrio financeiro do fundo mutual. Ao permitir que o beneficiário se valha do plano de saúde, mesmo na situação de carência, a medida pode afetar a solvabilidade do fundo mutual, o que, por consequência, prejudicará todos os consumidores segurados. Aqui, aliás, a aplicação da norma orienta-se também por uma perspectiva consequencialista, outro fenômeno albergado pela análise econômica do direito.⁷³

Esses dois casos práticos evidenciam o potencial que a utilização dos princípios econômicos tem para a deliberação em lides judiciais. A solução alvitrada nas duas hipóteses atende tanto aos critérios de justiça quanto aos de racionalidade econômica, mostrando que os dois caminhos não são inconciliáveis.

Constata-se, portanto, que, no campo da saúde suplementar, em que as demandas advêm em profusão, ter em mãos mais uma ferramenta para decisão se revela bastante útil e conveniente para uma solução adequada e justa nos casos concretos.

72. Registre-se que, nas situações de emergência ou de urgência, é considerada abusiva a cláusula de carência se ultrapassado o prazo de 24 horas contadas da data da contratação (Súmula 597 do STJ).

73. “Nesse sentido, a AED é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo)”. (GICO JUNIOR, op. cit., p. 18).

7. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se inferir que fundamentos de natureza econômica conferem sustentação a instrumentos legais e infralegais de regulação no setor da saúde suplementar, principalmente com a finalidade de eliminar ou suavizar os efeitos nocivos da assimetria de informação nesse tipo de mercado.

A contribuição da ciência econômica pode se difundir para a atividade jurisdicional, fornecendo elementos argumentativos para que o julgador tenha condições de resolver demandas judiciais.

Em demandas judiciais, ainda, o conhecimento dos princípios econômicos referentes à assimetria de informação pode aperfeiçoar a aplicação de normas jurídicas, fornecendo subsídios ao julgador para a resolução de conflitos envolvendo consumidores de planos de saúde e operadoras. Sem ignorar outros aspectos da ciência jurídica, o enfoque da análise econômica do direito funciona como um reforço argumentativo para consolidar a convicção do julgador e conferir a solução mais justa e adequada ao caso concreto.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Sandro Leal. A regulação do setor de seguros: aspectos econômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- ARAÚJO, Tiago C. Infraestrutura e sua regulação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Fundamentos econômico-sociais e novo modelo de regulação da assistência de saúde privada. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 41-51, nov. 2010.
- BINENBOJM, Gustavo *et al.* *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

- BOTTESINI, Maury Angelo; MACHADO, Mauro Conti. *Leis dos planos e seguros de saúde*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CECHIN, José. Saúde na idade: por que diferenciar preços dos planos de saúde por idade e consequências econômicas da não aplicação dos reajustes previstos em contrato. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 177-198.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 210.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Ed., 2006.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito*: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.
- GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. *A teia do direito à saúde*: entre o posto e o disposto. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde*: a ótica da proteção do consumidor. 4a edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima *et al.* (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2*: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 2008.
- OZELAME, Rafael Henrique. Contrato de seguro e risco moral. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Org.). *Análise econômica do direito*: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2016.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima *et al.* (Coord.). *Saúde e Responsabilidade 2*: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 2008.

- PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. _____; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- RAMALHO, Bruno Araújo. A interface institucional entre a ANS e o Poder Judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 122-144, mar./jun. 2016.
- RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. A justificação e os limites da regulação da saúde suplementar. *Revista de Direito Público da Economia_RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 51-68, out./dez. 2005.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e na repressão ao abuso do poder econômico. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.
- TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e ECONOMIA? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 283-300.
- TOKARS, Fábio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97-103.
- YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

Como minimizar a sobreutilização da atividade jurisdicional e a morosidade do poder judiciário?

A “tragédia dos comuns” e as soluções propostas por Garret Hardin

Henrique Kurscheidt

Luciana Gonçalves Nunes

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apontar possíveis caminhos para minimizar o principal problema indicado no *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, com relação a “motivações para recorrer e razões para não recorrer à Justiça”, qual seja, a morosidade do Poder Judiciário, aplicando-se as soluções apontadas por Garret Hardin para a chamada “tragédia dos comuns”. No

primeiro capítulo, são apresentados dados do aludido estudo. No segundo capítulo, expõe-se a chamada “tragédia dos comuns”, bem como sua relação com o tema em debate. No terceiro capítulo, discorre-se sobre a chamada “justiça multiportas”, a eficácia, a eficiência e a efetividade das instâncias judiciais e administrativas em que métodos alternativos de solução de conflitos são aplicados. No quarto capítulo, analisam-se as propostas trabalhadas por Hardin, para “problemas sem solução técnica”, quais sejam, a educação e a “regulação de acesso ao bem comum”. Por fim, conclui-se que as soluções apresentadas por Hardin são viáveis para o enfrentamento de alguns aspectos relacionados à sobreutilização e à morosidade do Poder Judiciário, em especial, em demandas envolvendo relações consumeristas.

2. MOTIVAÇÕES PARA RECORRER E RAZÕES PARA NÃO RECORRER À JUSTIÇA

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) encomendou à Fundação Getúlio Vargas (FGV) um diagnóstico de imagem intitulado *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, com vistas a colher informações inéditas sobre as percepções e as expectativas da população a respeito da atuação da Justiça no Brasil.

O estudo, concluído em dezembro de 2019, ao averiguar “motivações para recorrer e razões para não recorrer à Justiça”, constatou que a maioria da sociedade (59%) considera que “vale a pena recorrer à Justiça”. Entre as situações que motivam o acionamento do Poder Judiciário, destacam-se quatro: (i) “garantia dos direitos previstos na legislação” (54%); (ii) “violação ao direito do consumidor” (52%); (iii) omissão da administração pública na “prestação de serviços públicos” (42%); (iv) “questões tributárias” (21%).¹

1. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 27.

Em outro viés, foram apontadas diversas razões que desestimulam as pessoas a buscar o Poder Judiciário. Mencionam-se as mais recorrentes: (i) “a Justiça é muito lenta e burocrática” (64%); (ii) favorecimento a “quem tem dinheiro e poder” (28%); (iii) baixa resolutividade/ineficiência (20%); (iv) “as penas são muito leves” (19%); (v) “pouca informação sobre como ter acesso e o que fazer” (15%); (vi) “as decisões não são justas, não são imparciais” (14%); (vii) “as custas são altas” (14%); (viii) “dificuldades/demora em receber indenização” (11%).

Em relação às causas da sobrecarga do Judiciário, foram apontadas, em especial: (i) a “ausência de atuação das agências reguladoras e de outras instâncias administrativas de resolução das demandas da sociedade” (48%); (ii) a “ineficiência dos serviços públicos” (47%); (iii) a “omissão do Poder Legislativo” (35%); (iv) a “ampla previsão de direitos individuais, sociais e coletivos na Constituição” (31%).²

Da análise dos dados coligidos, conclui-se, em síntese, que, por um lado, a maioria da sociedade considera que “vale a pena recorrer à Justiça”, em especial, para “garantia dos direitos” e/ou em virtude de “violação ao direito do consumidor”. Todavia, o principal problema seria que “a Justiça é muito lenta e burocrática”, precipuamente, pela “ausência de atuação das agências reguladoras e de outras instâncias administrativas de resolução das demandas da sociedade” e/ou pela “ineficiência dos serviços públicos”.

Partindo-se dessas premissas, o presente trabalho busca apontar possíveis caminhos para minimizar o principal problema identificado, com relação a “motivações para recorrer e razões para não recorrer à Justiça”, qual seja, a morosidade do Poder Judiciário. Inicialmente, apresenta-se o marco teórico do trabalho, vale dizer, a chamada “tragédia dos comuns”, tratada por Garret Hardin.

2. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, op. cit., p. 115.

3. A TRAGÉDIA DOS COMUNS

3.1 A prestação jurisdicional como “bem comum”

A ciência econômica classifica os bens a partir de sua exclusividade e de sua rivalidade. Bens dotados de exclusividade são aqueles em que é possível a exclusão de seu uso por terceiros. A rivalidade, por sua vez, indica que o uso do bem por determinada pessoa reduz a disponibilidade de seu consumo por outros.³

No âmbito dessa classificação, são considerados “bens privados” aqueles dotados de exclusividade e de rivalidade, “bens públicos” aqueles desprovidos dessas características e “bens comuns” aqueles em que não há possibilidade de exclusão da utilização, mas existe rivalidade no consumo.

Para o presente trabalho, interessa a última categoria, a dos “bens comuns”, na qual é possível enquadrar a prestação jurisdicional, que ostenta as duas características dessa espécie de bem, quais sejam, não é possível a exclusão do acesso por força de expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988), mas existe rivalidade no consumo, na medida em que os recursos estatais são finitos e gradativamente consumidos a cada nova demanda submetida à apreciação jurisdicional.⁴

3. PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios da análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 41.

4. “A impossibilidade de exclusão decalca-se diretamente da Constituição Federal, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), do direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV) ou do direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). A concorrência no consumo decorre da limitação financeira inerente ao Estado, que tem de prover parte dos recursos humanos e administrativos do Poder Judiciário. Quanto mais a Justiça é acessada, mais esses recursos são consumidos. Na impossibilidade de ampliação infinita da estrutura jurisdicional, a cada novo processo instaurado, diminui-se a capacidade da Justiça de processar um novo feito ou de lidar agilmente com os já existentes”. (WOLKART, Navarro Erik. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-1.13).

3.2 A tragédia dos comuns e os “problemas sem uma solução técnica”

Garret Hardin, em artigo publicado no ano de 1968, na revista *Science*, analisa o problema do aumento desmedido do contingente populacional. O autor apresenta uma situação hipotética, intitulada “a tragédia dos comuns”,⁵ para demonstrar que o exercício irrestrito da liberdade individual, em um mundo de recursos finitos e crescimento demográfico lastreado na estabilidade social, pode levar à sobreutilização e ao consequente esgotamento dos recursos naturais.⁶

Supõe-se um pasto aberto a todos, em que cada pastor, agindo racionalmente, busca maximizar seu ganho. O raciocínio seria expresso pela pergunta: “Qual é a utilidade de adicionar mais um animal para o meu rebanho?”. A resposta teria um componente positivo e outro negativo.

O componente positivo seria uma função do incremento de um animal. Como o pastor recebe todos os rendimentos da venda do animal adicional, a utilidade positiva seria +1 (mais um). Por outro lado, o componente negativo seria uma função do excesso de pastoreio adicional criado por mais um animal. Como, no entanto, os efeitos do excesso de pastoreio são compartilhados por todos os pastores, a utilidade negativa para qualquer pastor seria uma fração de -1 (menos um).

Somando-se as utilidades parciais dos componentes, o pastor concluiria que o único caminho racional seria acrescentar outro animal à sua manada. Todavia, todos partilham de um bem comum, de modo que cada um está atrelado a um sistema que o obriga a aumentar seu rebanho sem limite, em um espaço que é limitado.

Esse paradoxo ensinaria a chamada “tragédia dos comuns”, porquanto, se cada um persegue o próprio interesse em uma sociedade que acredita

5. Comuns ou *Commons* eram porções de terra utilizadas nas Europa medieval como pastos públicos, de acesso irrestrito aos pastores da região, que os utilizavam para alimentar seus rebanhos.

6. Hardin utiliza a palavra “tragédia” no sentido empregado pelo filósofo Alfred Whitehead, ou seja, como aquela que se expressa no “impiedoso funcionamento das coisas”.

na liberdade de cada, o destino seria a ruína de todos — esgotamento do bem comum.⁷

O autor destaca a importância de se trabalhar uma classe de problemas humanos como “problemas sem uma solução técnica” (*no technical solution problems*), ou seja, dificuldades que não podem ser solucionadas com apenas uma mudança no emprego das técnicas já existentes.

Hardin aponta possíveis caminhos diante dos chamados “problemas sem uma solução técnica”. O autor assevera que “a educação pode contrariar a tendência natural de fazer a coisa errada, mas a sucessão inexorável das gerações requer que a base para esse conhecimento seja constantemente atualizada”.⁸

Para além da educação, o autor ressalva que a solução recorrentemente aplicada consiste em aumentar as leis, por meio do Direito Administrativo.⁹ Todavia, considerando ser praticamente impossível estabelecer todas as condições sob as quais determinada conduta é permitida, os detalhes seriam delegados para agências/órgãos administrativos.

O autor esbarra em questões que, até os dias atuais, suscitam divergências. Como evitar que interesses individuais prevaleçam sobre interesses coletivos? Como legislar? Seria a educação capaz de contrariar a tendência natural do individualismo?

Ele defende o estabelecimento de uma “coerção mútua, mutuamente consentida”, como arranjos sociais que produzam responsabilidade. Outrossim, também sustenta a “regulação do acesso” como um bom mecanismo de coerção.¹⁰

7. A lógica da “tragédia dos comuns”, segundo Hardin, aplica-se a diversos bens comuns, tais como energia, atmosfera, oceanos, rios, populações de peixes, parques nacionais e poluição.

8. HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3.859, p. 1244, 13 dez. 1968. Tradução livre.

9. *Ibidem*, p. 1246. Tradução livre.

10. O autor utiliza, como exemplo, a instalação de parquímetros em uma cidade. Ele afirma que não se faz necessário proibir um cidadão de estacionar, bastando haver a criação de um ônus para sua ação.

3.3 A sobreutilização da prestação jurisdicional e a morosidade do Poder Judiciário como um “problema sem uma solução técnica”

A “tragédia dos comuns” é muito explorada quando se tem por objeto o estudo de recursos naturais. Todavia, este trabalho busca aplicar as ideias traçadas por Hardin ao tópico “motivações para recorrer e razões para não recorrer à Justiça”, conforme indicado no primeiro capítulo.

São necessárias duas indagações, partindo-se da premissa de que a prestação jurisdicional seja um “bem comum”. Seriam a sobreutilização da prestação jurisdicional e a consequente morosidade do Poder Judiciário um “problema sem uma solução técnica”? As soluções plausíveis seriam a educação e o estabelecimento de arranjos sociais que produzam responsabilidade, inclusive, com regulação de acesso ao “bem comum”, como proposto por Hardin?

A adaptação da situação hipotética intitulada “tragédia dos comuns” pode fornecer subsídios para a reflexão acerca desses questionamentos. É possível supor que o autor de uma possível demanda judicial, assim como os pastores da parábola citada por Hardin, sopesará os possíveis custos e benefícios para decidir sobre a conduta a ser adotada: ajuizar ou não uma nova demanda. Embora não exista unanimidade em torno dos fatores que são levados em conta nessa ponderação, é possível inferir que a ação somente será proposta quando o benefício esperado superar os custos, financeiros e não financeiros, envolvidos.¹¹

Para além dos custos e dos benefícios individuais, o ajuizamento de uma nova demanda gera custos sociais relevantes, que são suportados por toda a coletividade e que tendem a ser desconsiderados pelo autor da ação,¹² o que aproxima o modelo da situação hipotética apresentada por Hardin.

11. SHAVEL, Steven. Suit, settlement, and trial: A theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs. *Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 55-81, jan. 1982, p. 58.

12. “[...] a decisão privada entre litigar ou não é informada tão somente pela comparação entre o benefício esperado do processo judicial e os custos para promover uma demanda. [...]. Isso significa que, ao demandar, o autor desconsidera em sua decisão os custos gerados para a parte contrá-

A situação agrava-se na medida em que, no Brasil, apenas uma pequena parcela do custo da atividade jurisdicional é suportado diretamente pelas partes do processo, sendo majoritariamente subsidiada pelos recursos públicos. Erik Navarro Wolkart demonstra que esse cenário cria incentivos para o uso excessivo da atividade jurisdicional e para ocorrência da chamada “tragédia dos comuns”:

Em 2018, o Poder Judiciário produziu despesas totais na ordem de R\$ 93,2 bilhões (contra R\$ 79,2 bilhões em 2015), equivalentes a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro (contra 1,3% em 2015), dos quais 91% eram consumidos com recursos humanos, distribuídos os gastos por uma fantástica estrutura composta de 14.877 unidades judiciárias de primeira instância e 90 cortes, afora os gastos do Supremo Tribunal Federal, que não estão aí computados.

De outro lado, aqueles que efetivamente utilizam o Poder Judiciário (as partes no processo, em suas diversas fases e incidentes) pagaram custas, taxas e emolumentos na ordem de R\$ 12 bilhões em 2018, ou seja, apenas 12,87% da despesa total.

[...]

Dos dados expostos, percebe-se claramente que quem efetivamente usufrui do bem atividade jurisdicional (participando de um processo como parte) recebe um subsídio de quase 90% para tanto, uma vez que contribui apenas com 12,87% do custeio, enquanto o restante provém diretamente dos cofres públicos, ou seja, dos tributos em geral.

Os números descritos compõem o cenário mais que perfeito para a ocorrência do fenômeno conhecido como tragédia dos comuns.¹³

ria e para o governo, bem como não tem preocupação com o proveito social pela mudança de comportamento que sua ação pode gerar em relação a potenciais causadores de dano. Noutras palavras, o demandante sempre ignora todas as externalidades negativas e positivas de sua decisão individual”. (FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 34-35).

13. WOLKART, Navarro Erik. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-1.13.

Embora cada nova demanda represente um potencial benefício para seu autor (caso contrário, não seria ajuizada), aproximadamente 90% do custo da fruição do bem “atividade jurisdicional” é transferido para a coletividade. Outrossim, os efeitos do excesso de demandas são compartilhados por todos os litigantes.

Como pontua Erik Navarro Wolkart, esse paradoxo poderia ser comparado à “tragédia dos comuns”. Isso porque, se cada um persegue o próprio interesse, o destino inexorável seria o esgotamento e a consequente morosidade do Poder Judiciário, como apontado no tópico “motivações para recorrer e razões para não recorrer à Justiça”.

Todavia, seriam o uso desmedido da tutela jurisdicional e a lentidão do Poder Judiciário um “problema sem uma solução técnica”? Aparentemente, a resposta é afirmativa, porquanto contempla uma dificuldade que não pode ser solucionada com apenas uma mudança no emprego das técnicas já existentes.

Conforme se demonstrará adiante, a insuficiência de uma solução meramente técnica resta evidenciada pelo reduzido impacto das recentes alterações legislativas, que buscaram reduzir os níveis de litigância e o tempo de duração dos processos.

Nesse cenário, devem ser ponderadas as possíveis soluções apresentadas por Hardin, quais sejam, a educação e o estabelecimento de arranjos sociais que produzam responsabilidade, inclusive com regulação de acesso ao “bem comum”, entendido, no caso, como a atividade jurisdicional.

Antes, porém, de examinar as proposições apresentadas por Hardin, insta destacar um relevante dado colhido no diagnóstico de imagem encomendado pela AMB. Conforme o tópico “percepção de causas da sobrecarga do judiciário, 2019”,¹⁴ a principal causa da morosidade do Poder Judiciário seria a “ausência de atuação das agências reguladoras e de outras instâncias admi-

14. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Estudo da imagem do Judiciário brasileiro, 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 115.

nistrativas de resolução das demandas da sociedade”.¹⁵ Seria o aludido apontamento um problema fático? Em outros termos, faz-se necessário criar ou aprimorar a atuação de agências reguladoras e de outras instâncias administrativas de resolução de demandas, em especial, nas relações consumeristas?

Apresentam-se, primeiramente, a chamada “justiça multiportas” e os aspectos gerais de instâncias judiciais e administrativas em que métodos alternativos de solução de conflitos são empregados, para, adiante, retomarem-se as ideias defendidas por Hardin.

4. A JUSTIÇA MULTIPORTAS E AS INSTÂNCIAS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS DE RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS DA SOCIEDADE

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) alçou os chamados métodos alternativos de resolução de controvérsias (*alternative dispute resolution* ou ADR)¹⁶ a meio preferencial de solução de conflitos. Em seu capítulo inaugural, que trata das normas fundamentais do processo civil, o Código estabelece que o emprego de métodos consensuais deve ser promovido pelo Estado e a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual devem ser estimulados (art. 3º, §§ 2 e 3º).

Pretendeu-se adotar, assim, o modelo de tribunal multiportas (*multi-door courthouse*), bem estabelecido e com resultados positivos no direito norte-americano,¹⁷ no qual o tradicional método adjudicatório é apenas

15. A segunda causa apontada seria a “ineficiência dos serviços públicos”. Todavia, por não apresentar conteúdo propositivo, não será tratada como possível solução ao problema da morosidade do Poder Judiciário.

16. Termo cunhado por Frank Sander, professor da Harvard Law School, em discurso proferido na Pound Conference de 1976. (FUX; BODART, op. cit., p. 49).

17. “Nos Estados Unidos [...], a maioria dos estudos aponta um índice de acordos da ordem de 95% dos casos cíveis, muito embora esse índice possa ser bastante inferior a depender da

uma das alternativas disponíveis para solução das demandas apresentadas ao Poder Judiciário. Dessarte, busca-se permitir que cada caso seja submetido ao método mais adequado à sua resolução satisfatória, com a preservação e a racionalização do uso dos recursos disponíveis, que podem ser alocados no julgamento dos casos em que a autocomposição ou a heterocomposição privada não é possível.¹⁸

São exemplos, dentre outros, de instâncias judiciais e administrativas em que métodos alternativos de resolução de conflitos são aplicados, no modelo de tribunal multiportas: (i) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), onde são empregadas a mediação e a conciliação;¹⁹ (ii) as plataformas digitais de solução de reclamações, como o sistema “consumidor.gov.br”, que busca solucionar conflitos de consumo notificados eletronicamente, viabilizando-se a mediação.

No presente artigo, não serão objeto de análise os métodos específicos de resolução de conflitos, mas a estrutura à qual são aplicados. Em outros termos, pretendem-se discutir as “instâncias judiciais e administrativas atuantes para resolução das demandas da sociedade”, cuja atuação é apontada como inefetiva no *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, não os métodos em si.

matéria controvertida. Perante a Justiça Federal daquele país, segundo dados de 2002, apenas 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento) das causas cíveis foram efetivamente julgadas – percentual que era de 11,5% (onze inteiros e meio por cento) em 1962. Embora não se possa afirmar que os 98,2% (noventa e oito inteiros e dois décimos por cento) de causas restantes resultaram em acordo, é inegável que os meios alternativos de solução de controvérsias possuem um papel relevante para manter as prateleiras dos Tribunais americanos mais vazias”. (FUX; BODART, op. cit., p. 51).

18. Ibidem, p. 49.

19. Em breve síntese, tanto na conciliação como na mediação, existe a presença de um terceiro. Todavia, naquela, o conciliador interfere de forma mais direta no litígio e pode propor sugestões para a resolução do conflito (art. 165, § 2º, do CPC). Já nesta, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas alcancem soluções consensuais que gerem benefícios mútuo (art. 165, § 3º, do CPC).

4.1 Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC)

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) são unidades do Poder Judiciário responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165 do CPC).

Nos termos da Resolução nº 125/10 do CNJ, que institui a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, os CEJUSC devem, obrigatoriamente, prestar atendimento em três diferentes setores: (i) o setor pré-processual, destinado à solução de conflitos ainda não judicializados; (ii) o setor processual, no qual conciliadores e mediadores atuam em processos judiciais já distribuídos;²⁰ e (iii) o setor de cidadania, que tem por objetivo a prestação de serviços de informação e orientação jurídica à população.

Para o presente estudo, interessa, sobretudo, a atuação extrajudicial dos CEJUSC, tanto na esfera pré-processual como no desenvolvimento de ações no âmbito da cidadania, que podem constituir potenciais ferramentas para enfrentamento da sobrecarga e da consequente morosidade do Poder Judiciário, retratados no supramencionado *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*.

A atuação do CEJUSC, no âmbito pré-processual, ocorre por meio da realização de sessões de conciliação e mediação em momento anterior à judicialização do conflito, visando possibilitar que as próprias partes envolvidas encontrem uma solução para a controvérsia, sem que seja necessária a instauração de um processo judicial.

20. No âmbito das demandas judicializadas, o legislador cuidou de inserir, como ato inicial do procedimento comum, audiência destinada especificamente à tentativa de composição, cuja realização somente pode ser dispensada na hipótese de feito que não admita autocomposição ou no caso de as partes manifestarem prévio desinteresse na realização do ato (art. 334 do CPC), reforçando a proeminência dos métodos consensuais, na sistemática processual instituída pela atual codificação.

Nessa esfera, a atuação das aludidas unidades ocorre mediante solicitação, sem maiores formalidades, de qualquer das partes envolvidas no conflito. Recebida a solicitação, é agendada sessão de conciliação ou mediação e expedida, por qualquer meio idôneo de comunicação, carta-convide para a parte contrária (que não é obrigada a comparecer). Instalada a sessão, com o comparecimento de ambas as partes, a conciliação ou a mediação é conduzida por servidor treinado em técnicas de solução consensual de conflitos. O eventual acordo é homologado por sentença pelo juiz coordenador do CEJUSC, constituindo título executivo judicial, na forma do art. 515, inciso II, do CPC.

Caso a tentativa de composição, no âmbito pré-processual, reste frustrada e a parte opte por ajuizar demanda para tratar do conflito, a audiência de conciliação prévia, prevista no art. 334 do CPC, poderá ser dispensada, imprimindo-se maior celeridade ao trâmite processual, conforme Enunciado nº 29 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, do Conselho da Justiça Federal.²¹

A exigência de custas para atuação pré-processual do CEJUSC, variável que pode constituir importante fator de desestímulo à utilização do serviço e potencial óbice ao êxito da conciliação,²² não é tratada de modo uniforme nos diferentes Estados da Federação. A título ilustrativo, o TJDF²³ presta

21. Enunciado 29 – Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.

22. A cobrança de custas, nessa fase pré-processual, pode ser considerada uma regra ineficiente, por envolver mais fatores na disputa (como a definição da responsabilidade pelo custeio dessas custas), dificultando a composição. Como adverte Posner, “as regras ineficientes, por definição, geram desperdício social e, quanto mais coisas estiverem em jogo em uma disputa, tanto mais provável que esta seja litigada, ou seja, que não se chegue a um acordo”. (POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 484).

23. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/carta-de-servicos/servicos/conciliacao-e-mediacao/solicitar-conciliacao-processual-ou-pre-processual>. Acesso em: 15 jun. 2020.

o serviço de maneira gratuita, ao passo que o TJPR²⁴ condiciona o serviço ao recolhimento de taxa específica.

A opção legislativa foi no sentido de se eleger a via presencial como meio de realização dos atos no âmbito dos CEJUSC). Entretanto, parcela da doutrina entende que deveriam ter sido privilegiados os meios de mediação eletrônica, a fim de simplificar a dinâmica dos atos e reduzir os custos de transação envolvidos.²⁵

Recentemente, diante das medidas adotadas para contenção da epidemia de covid-19, com a suspensão do atendimento presencial em todas as unidades do Poder Judiciário, diversos Tribunais passaram a admitir, ainda que em caráter provisório, a atuação dos CEJUSC por intermédio de meios virtuais de comunicação,²⁶ o que pode propiciar, se alcançados bons resultados com a iniciativa, futuros avanços nesse sentido.

Cabe destacar, ainda, a atuação dos CEJUSC no setor cidadania, pouco difundida e regulamentada, mas que pode desenvolver relevante papel no enfrentamento da apontada morosidade do Poder Judiciário, por constituir ferramenta educativa apta a auxiliar na difusão do conhecimento acerca da existência de meios alternativos de resolução de conflitos e na conscienti-

24. Conforme Lei Estadual paranaense nº 19.258/2017, que institui taxa no valor de R\$175,92 (cento e setenta e cinco reais e noventa e dois centavos) para realização de audiências de conciliação, sessões de mediação e pedidos de homologação de acordo, no âmbito pré-processual dos CEJUSC.

25. Nas palavras de Erik Navarro Wolkart, “o Código poderia ter privilegiado a composição eletrônica, que claramente diminui os custos de transação da realização da audiência. Já são abundantes no mercado os aplicativos de celular de mediação eletrônica, em que partes e mediador podem atuar de forma simples, direta e barata na busca da solução do conflito, poupando-se inclusive os altos gastos que os tribunais terão com a contratação de mediadores e com a construção e o aparelhamento dos centros de solução consensual de conflitos previstos em separado das unidades judiciais onde tramitam os processos (art. 165 do CPC/2015). Claro que, em alguns casos, a realização de audiência presencial pode ser importante, mas não deveria nunca ser a regra” (WOLKART, Navarro Erik. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-6.12).

26. Podem ser mencionadas, como exemplos, a Portaria nº 3742/2020 do NUPMEC/PR e a Resolução nº 02/2020 do COJEPEMEC/SC, ambas autorizando a realização de sessões de conciliação/mediação por intermédio de ferramentas virtuais de comunicação durante o período de suspensão do atendimento presencial.

zação da necessidade de uso moderado e responsável da atividade jurisdicional, entendida como “bem comum”.

A atuação dos CEJUSC no âmbito cidadania foi inicialmente regulamentada pelo Anexo II da Resolução nº 125/10 do CNJ, que dispunha que “o setor de cidadania prestará serviços de informação, orientação jurídica, emissão de documentos, serviços psicológicos e assistência social, entre outros”.

Contudo, referido anexo foi revogado pela Emenda nº 01/13 e, atualmente, inexistente, no âmbito da política judiciária nacional, regulamentação acerca da atuação dos CEJUSC no setor cidadania.²⁷ Contudo, há expressa previsão de sua obrigatoriedade, em consonância ao art. 10 da Resolução nº 125/10 do CNJ.²⁸

A despeito da ausência de regulamentação administrativa, em esfera nacional, o art. 165 do CPC, ao dispor que competem a essas unidades do Poder Judiciário a “realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”, permite inferir que compete ao setor Cidadania promover o desenvolvimento desses programas de auxílio, orientação e estímulo à autocomposição, ao passo que incumbe aos setores pré-processual e processual a realização das sessões e das audiências de conciliação e mediação.

No TJMG, o CEJUSC, setor Cidadania, em Belo Horizonte, oferece à população serviços de atendimento, orientação e encaminhamentos. Nos últimos 12 (doze) meses, o setor realizou 14.099 (quatorze mil e noventa e

27. O anexo da Resolução nº 198/14 do CNJ, que apresenta o Glossário dos Macrodesafios do Poder Judiciário 2015-2020, ao tratar acerca da “Garantia dos Direitos de Cidadania”, estabelece que esse macrodesafio “refere-se ao desafio de garantir no plano concreto os direitos da cidadania (CF, art. 1º, inc. II), em sua múltipla manifestação social: cidadão-administrado (usuário dos serviços públicos), cidadão-eleitor, cidadão-trabalhador-produtor, cidadão-consumidor e cidadão-contribuinte, buscando-se atenuar as desigualdades sociais e garantir os direitos de minorias, observando-se, para tanto, práticas socioambientais sustentáveis e uso de tecnologia limpa”.

28. Art. 10. Os Centros deverão obrigatoriamente abranger setor de solução pré-processual de conflitos, setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania.

nove) atendimentos, conforme Relatório de Inspeção realizada pelo CNJ, no período de 05/08/2019 a 09/08/2019.²⁹

4.2 A plataforma digital “consumidor.gov.br”

No âmbito digital, que tem se mostrado terreno fértil para o florescimento de uma vasta gama de ambientes destinados à solução alternativa de conflitos,³⁰ merece destaque a plataforma “consumidor.gov.br”.

Trata-se de serviço público gratuito, instituído pelo Decreto nº 8.573/15³¹ e vinculado à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, que permite a interlocução direta, em ambiente digital, entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, previamente cadastrados, visando possibilitar a resolução extrajudicial de conflitos de consumo.

A plataforma viabiliza que o consumidor registre reclamação contra as empresas previamente cadastradas, que, em seguida, possuem o prazo de 10 dias, para analisar e responder. Por fim, o consumidor dispõe de até 20 dias para informar se sua reclamação foi resolvida ou não e, ainda, indicar seu nível de satisfação com o atendimento recebido.

As reclamações registradas são inseridas em base de dados pública, que apresenta informações como o prazo médio de resposta e os índices de solução e satisfação no tratamento das reclamações pelas empresas cadastradas. Essas informações podem ser facilmente acessadas, mediante

29. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Inspeção NUPEMEC – CEJUSC. Período: 05/08/2019 a 09/08/2019, p. 16. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/download/3138/2019/83305/3-tjmg-relatorio-de-inspecao-nupemec-cejusc-2019-2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

30. Pode-se mencionar, a título ilustrativo, a plataforma de mediação digital do Conselho Nacional da Justiça e o sítio eletrônico “naomeperturbe.com.br”, que possibilita ao consumidor cadastrar seu telefone em base de dados centralizada de bloqueio de recebimento de ligações de *telemarketing* oriundas de empresas de telefonia e de instituições financeiras.

31. Nos termos do art. 1-A do Decreto: “O consumidor.gov.br é a plataforma digital oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo”.

consulta ao sítio eletrônico “consumidor.gov.br”, que apresenta *rankings* das empresas com melhor desempenho em cada um dos índices monitorados (índice de solução, índice de satisfação, prazo médio de resposta e reclamações respondidas).

Trata-se de um mecanismo de estímulo, para que os fornecedores busquem solucionar adequadamente as reclamações que lhes são apresentadas, a fim de obter melhores posições nesses *rankings*.

Segundo dados estatísticos, constantes do “Boletim Consumidor.gov.br, 2019”, divulgado em 14/06/2020, o serviço, lançado em 27/06/2014, já registrou mais de 2,5 milhões de reclamações, das quais 780.179 foram realizadas em 2019. O sítio eletrônico possui em sua base de dados 1,8 milhão de usuários cadastrados e mais de 600 empresas credenciadas. O percentual de solução das reclamações, atualmente, é de 80% e o prazo médio de resposta é de apenas 6,5 dias.

Recentemente, a abrangência do serviço foi significativamente ampliada, por meio da edição da Portaria nº 15 da SENACON, de 27 de março de 2020, que busca viabilizar a mediação, via internet, dos conflitos de consumo notificados eletronicamente, nos termos do art. 34 do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.³²

O art. 2º da Portaria nº 15/2020 torna obrigatório³³ o cadastro de empresas de determinados setores e com níveis elevados de faturamento ou litigiosidade.³⁴ Ademais, o art. 3º estipula que, em caso de falsidade ou en-

32. Art. 34. O consumidor poderá apresentar sua reclamação pessoalmente, ou por telegrama carta, telex, fac-símile ou qualquer outro meio de comunicação, a quaisquer dos órgãos oficiais de proteção e defesa do consumidor.

33. A Portaria aponta como fundamento legal os artigos 4º e 44 da Lei nº 8.078. Note-se que o art. 4º, inciso V, estabelece, como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Ademais, o art. 44 estabelece que “os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-los pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor”.

34. Art. 2º. Observado o disposto no § 1º deste artigo, os seguintes fornecedores deverão cadastrar-se na plataforma consumidor.gov.br até trinta dias contados da entrada em vigor desta Portaria: I

ganosidade no preenchimento dos requisitos estabelecidos no aludido ato administrativo, o fornecedor poderá ser investigado por infração contra as normas de proteção e defesa do consumidor.

Em outra frente, o serviço tem sido utilizado, no âmbito do Poder Judiciário, em ações estratégicas voltadas ao aprimoramento dos meios consensuais de solução de litígios. Destacam-se parcerias, em curso, firmadas com 22 Tribunais de Justiça e acordo de cooperação técnica recentemente estabelecido entre o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o CNJ, para integração da plataforma “consumidor.gov.br” ao sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe). Busca-se possibilitar que o consumidor negocie diretamente com a empresa, mesmo após o ajuizamento da demanda judicial. Atualmente, existem dois projetos-piloto em curso, TJDF e no TRF-1ª Região, com perspectiva de, futuramente, serem expandidos para as demais regiões do país.³⁵

Nos termos do Enunciado nº 9, aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, é reco-

– empresas com atuação nacional ou regional em setores que envolvam serviços públicos e atividades essenciais, conforme definidos pelo Decreto 10.282 de 20 de março de 2020; II – plataformas digitais de atendimento pela internet dedicadas ao transporte individual ou coletivo de passageiros ou à entrega de alimentos, ou, ainda, à promoção, à oferta ou à venda de produtos próprios ou de terceiros ao consumidor final; ou III – agentes econômicos listados entre as duzentas empresas mais reclamadas no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Sindec), no ano de 2019, nos termos do anexo desta Portaria. § 1º. A obrigação de que trata o *caput* somente se aplica às empresas de que tratam os incisos I a III acima caso elas ou os respectivos grupos econômicos: I – tenham faturamento bruto de no mínimo cem milhões de reais no último ano fiscal; II – tenham alcançado uma média mensal igual ou superior a mil reclamações em seus canais de atendimento ao consumidor no último ano fiscal; ou III – sejam reclamados em mais de quinhentos processos judiciais que discutam relações de consumo. § 2º. Mediante prévia provocação do fornecedor interessado, a Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (CGSindec) poderá, a seu critério, dispensá-lo do cadastramento determinado nesta Portaria, em razão do baixo volume das demandas nos Órgãos de Defesa do Consumidor ou quando verificado que o cadastramento não venha a facilitar a resolução de conflitos com o consumidor.

35. Boletim 2019. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

mendado o estímulo à utilização do mecanismo, com vistas a possibilitar a solução dos conflitos de consumo de forma extrajudicial, de maneira rápida e eficiente.³⁶

4.3 Análise comparativa do serviço prestado pelo CEJUSC pré-processual e pelo “consumidor.gov.br”, nas vertentes eficácia e eficiência

Para Mader, os efeitos de um ato normativo podem ser avaliados a partir de três critérios, quais sejam: eficácia, eficiência e efetividade.³⁷ A eficácia diz respeito à finalidade do legislador, avaliando-se o alcance dos objetivos da norma. A eficiência refere-se à comparação entre os investimentos ou custos da aplicação da norma e seus resultados ou benefícios. A efetividade relaciona-se à conduta dos destinatários das normas legais em conformidade ou não com o modelo normativo.

A análise comparativa das características e do âmbito de atuação do CEJUSC pré-processual e da plataforma “consumidor.gov.br” permite constatar que, atualmente, a mediação pré-processual, em demandas consumeristas, é atendida por ambos. Assim, faz-se necessário o exame de qual dos serviços apresenta mais vantagens, tanto no aspecto de eficácia como no de eficiência.

A eficácia do sítio eletrônico “consumidor.gov.br” é demonstrada pelo elevado índice de solução apresentado pela plataforma digital (80%), de maneira virtual, sem a necessidade de deslocamento do consumidor. Por outro lado, no âmbito dos CEJUSC, nos quais os atos são realizados presencialmente e na localidade de residência do consumidor, frequentemente as empresas são representadas por prepostos que não detêm real poder deci-

36. Enunciado 9 – O poder público, os fornecedores e a sociedade deverão estimular a utilização de mecanismos como a plataforma consumidor.gov.br, política pública criada pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e pelos Procons, com vistas a possibilitar o acesso, bem como a solução dos conflitos de consumo de forma extrajudicial, de maneira rápida e eficiente.

37. MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 1, p. 42, abr./jun. 1991.

sório, sendo corriqueiro o emprego dos chamados “correspondentes”, que são pessoas que não possuem qualquer relação com a empresa reclamada e são contratadas apenas para comparecimento ao ato, frustrando qualquer possibilidade real de negociação.

Em relação aos dados estatísticos, a própria capilaridade dos CEJUSC dificulta e torna onerosa a consolidação de dados acerca do tratamento dado pelos fornecedores às reclamações apresentadas pelos consumidores. Ainda que seja possível que cada Tribunal ou cada unidade do CEJUSC formule estatísticas a esse respeito, infere-se que o impacto da divulgação desses dados é menor do que aquele divulgado em *rankings* na plataforma “consumidor.gov.br”, de abrangência nacional e facilmente acessíveis pela internet.

A eficiência da plataforma digital, outrossim, aparenta ser maior, quando comparada ao CEJUSC pré-processual, tanto na perspectiva do usuário do serviço, como na da Administração Pública.

Em relação ao usuário, o serviço é gratuito e acessado pela internet, sem necessidade de comparecimento presencial. No CEJUSC, o comparecimento, via de regra³⁸, é obrigatório e, em alguns Estados, a prestação do serviço depende do recolhimento de taxa específica.

Na perspectiva da Administração Pública, os investimentos necessários para se prestar o serviço de mediação, por meio de plataforma digital de atendimento, de abrangência nacional, parecem ser menores, porquanto não exige a presença de um terceiro mediador ou mesmo a disponibilização de unidades físicas distribuídas em diversas localidades do país, com instalações e corpo de servidores próprios.

Ademais, em relação ao tempo necessário para o tratamento da reclamação, o serviço prestado pela plataforma digital apresenta vantagem. As estatísticas demonstram que, na plataforma “consumidor.gov.br”, as reclamações são respondidas, em média, no prazo de 6,5 dias. Embora inexistam dados

38. Como visto, em razão da pandemia da covid-19, está sendo admitida, em caráter provisório, a realização de atos nos CEJUSC por intermédio de meios de comunicação eletrônica.

estatísticos compilados de todos os Estados, no âmbito do CEJUSC pré-processual, presume-se que a realização de sessão de conciliação ou mediação, com a designação de data para realização de ato presencial, sujeita à pauta da unidade e à expedição de carta-convite, demanda prazo assaz superior.

Em síntese, existem possíveis vantagens de as reclamações consumeristas serem direcionadas à plataforma “consumidor.gov.br”, quais sejam: (i) a comunicação integralmente digital entre a plataforma e seus usuários, sem necessidade de deslocamento das partes; (ii) a divulgação de *ranking* específico, indicando as empresas com melhor prazo médio de resposta e de resolução do conflito; (iii) desnecessidade de pauta ou intermediação de um terceiro mediador, pessoa física.

Assim, no âmbito pré-processual, as demandas consumeristas podem ser mais bem solucionadas por meio da plataforma “consumidor.gov.br”, devendo ser inicialmente³⁹ direcionadas para a aludida instância administrativa. O CEJUSC pré-processual, por outro lado, pode ser reservado e especializado no atendimento de demandas de outras naturezas, como as questões envolvendo direito de família ou conflitos de vizinhança. Nesses termos, haverá maior eficácia e maior eficiência no emprego de recursos públicos.

4.4 A efetividade dos métodos alternativos de conflito

Destacadas algumas instâncias que fomentam a adoção de métodos alternativos para resolução de conflitos, inseridas tanto no âmbito do Poder Judiciário como no do Poder Executivo, e demonstradas a eficácia e a eficiência da plataforma “consumidor.gov.br”, deve-se analisar a real adesão da população aos métodos alternativos de conflito, ou seja, a efetividade.

Em que pesem os esforços realizados para promover a adesão aos métodos de soluções consensuais, tem-se, ainda, um baixo índice de efetividade

39. Em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988, não se propõe impedir o acesso ao Poder Judiciário, mas elastecer a compreensão de uma das condições da ação, como se analisará adiante.

(adesão dos destinatários), se considerados os resultados atingidos, desde o advento do atual CPC.

Consonante aos dados do mais recente relatório *Justiça em números*,⁴⁰ divulgado anualmente pelo CNJ, o índice de conciliações, desde a entrada em vigor do CPC, em março de 2016, aumentou em apenas um ponto percentual. No ano de 2018, foram proferidas 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordo (das quais 3,7 milhões foram proferidas na fase processual e 700 mil, na fase pré-processual), o que representa 12% do total de casos julgados pela Justiça brasileira naquele ano. O maior percentual de conciliações foi obtido na Justiça do Trabalho, na qual 24% dos casos foram solucionados por meio de transação, ao passo que na Justiça Estadual o percentual de conciliação tem se mantido estável em 10,4%.

Conforme demonstra Erik Navarro Wolkart, os crescentes investimentos em aumento da estrutura especializada na resolução consensual de conflitos não têm refletido diretamente nos índices de conciliação. Pelo contrário, embora o número de CEJUSC instalados no país tenha mais que dobrado entre 2014 e 2018 (passando de 362 para 982 unidades), o percentual de conciliações na fase de conhecimento dos processos caiu de 19,1% para 14% entre 2015 e 2018.⁴¹

Não obstante haver incentivo ao emprego dos métodos alternativos para resolução de conflitos, o *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro* revela que, na percepção sobre as causas da sobrecarga do Poder Judiciário, a principal seria a “ausência de atuação das agências reguladoras e de outras instâncias administrativas de resolução das demandas da sociedade” (48%).

40. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020. p. 14.

41. “As iniciativas atuais são, claramente, caras e ineficientes. Veja-se o caso dos CEJUSC (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) e dos NUPEMEC (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos). Em 2014, a Justiça estadual abrigava 362 CEJUSC. Em 2017, esse número era de 982 unidades. Com toda essa estrutura, o percentual de conciliação na fase de conhecimento dos processos caiu de 19,1% para 14% entre 2015 e 2018. Um caso clássico de desperdício de recursos públicos”. (WOLKART, Navarro Erik. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-1.12).

Vale dizer, de um lado, que os dados do CNJ indicam a baixa efetividade dos métodos alternativos para resolução de conflitos; de outro, que a pesquisa da AMB/FGV aponta que a população parece desconhecer a existência e/ou a atuação de outras instâncias ou de outros métodos de resolução das demandas da sociedade, haja vista a indicação da ausência de atuação desses⁴² como a principal causa da morosidade do Poder Judiciário, em um percentual de 48%.

Os dados são complementares e demonstram a necessidade de maior divulgação da chamada “justiça multiportas”, em especial, das instâncias existentes no âmbito dos Poderes Judiciário e Executivo indicadas alhures, com vistas a promover a mudança na percepção da população.

Tendo sido demonstrado que, a despeito das recentes alterações legislativas (solução técnica), o problema permanece, retoma-se à indagação de se as soluções plausíveis seriam a educação e o estabelecimento de arranjos sociais que produzam responsabilidade, inclusive com regulação de acesso ao “bem comum”, conforme proposto por Hardin.

5. AS SOLUÇÕES APONTADAS POR HARDIN

5.1 A educação

Immanuel Kant defende que a educação deve ser vista como uma arte, a ser aperfeiçoada a cada geração. Em seu entendimento, “o homem não pode se tornar um verdadeiro homem senão pela educação”.⁴³

42. A percepção sobre as causas da sobrecarga do Judiciário não é unânime, sendo apontadas, em especial: (i) a “ausência de atuação das agências reguladoras e de outras instâncias administrativas de resolução das demandas da sociedade” (48%); (ii) a “ineficiência dos serviços públicos” (47%); (iii) a “omissão do Poder Legislativo” (35%); (iv) a “ampla previsão de direitos individuais, sociais e coletivos na Constituição” (31%). (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Estudo da imagem do Judiciário brasileiro, 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 115).

43. KANT, Immanuel. *Sobre a Pedagogia*. Trad. de Francisco Cock Fontanella. Piracicaba, SP: Unimep, 2006. p. 15.

Ademais, o referido autor sustenta que a educação deve cultivar a moral, de maneira que o homem tome consciência de que esta deve estar presente em todas as ações de sua vida, em todo o seu desenvolvimento, e, por efeito, refletir sobre o Direito, que não subsiste sem a moral.

Assim, a moral, na concepção kantiana, é entendida como o resultado de um processo educacional extensivo. Na mesma linha, para Hardin, quando se está diante de problemas sem solução técnica, requer-se “uma extensão fundamental na moralidade”.⁴⁴

Ainda que renomados autores tratem a moralidade sob o enfoque do Direito, a decisão em ingressar com uma demanda no Poder Judiciário, descumprir uma ordem judicial ou violar um direito é, via de regra, racional e envolve a análise das possibilidades de lucros e/ou perdas. Por conseguinte, a moral, especialmente quando relacionada ao âmbito jurídico, nem sempre interfere na escolha do agente econômico. Logo, são conceitos complementares.

Portanto, apesar da inegável importância da moral, ela parece não se confundir com o conceito de educação, precipuamente, em virtude da segregação entre “regras morais e jurídicas”, adotando-se uma perspectiva habermasiana de cooriginalidade entre as esferas pública e privada.⁴⁵

44. HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3.859, p. 1243, 13 dez. 1968. Tradução livre.

45. Nas palavras de Habermas: “eu penso que, no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se. Em conformidade com isso, o conceito de autonomia precisa ser delineado abstratamente para que possa assumir não somente a figura do princípio moral, mas também do princípio da democracia. Com isso, evita-se o estreitamento teórico-moral do conceito de autonomia, o que faz com que o princípio do direito kantiano perca sua função mediadora; e ele (o conceito de autonomia) pode servir para esclarecer aspectos sob os quais as regras do direito distinguem-se das morais”. O autor continua: “[...] não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ações gerais se ramificam em regras orais e jurídicas. Sob pontos de vista normativos, isso equivale a dizer que a autonomia moral e política são cooriginárias, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma

Por conseguinte, entende-se que a educação, no enfoque jurídico, relaciona-se à busca da concretização da “liberdade comunicativa”⁴⁶ e da participação social, que “otimiza a própria efetividade das leis porque promove a integração do cidadão também como agente responsável no processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais”.⁴⁷

Em consonância ao enfoque adotado pelos métodos consensuais de resolução de conflitos, na liberdade comunicativa:

Para alguém poder tomar uma posição, dizendo “sim” ou “não”, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos em comum pelos partidos participantes.⁴⁸

Em termos práticos e relacionados com o *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, vislumbra-se a possibilidade de o CEJUSC, setor Cidadania, ser utilizado como ferramenta hábil a propagar não apenas o conhecimento acerca da existência e da atuação de instâncias aplicadoras dos meios con-

fundamentação pós-convencional. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Trad. de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 139-142.

46. Habermas elucida: “segundo Klaus Günther, eu entendo a ‘liberdade comunicativa’ como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. A isso estão ligadas obrigações, das quais as liberdades subjetivas, protegidas pelo direito, eximem. Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo em um enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas”. (Ibidem, p. 155-156).

47. SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p. 244.

48. HABERMAS, op. cit., p. 156.

sensuais de solução de controvérsias, mas também mecanismos de concretização da “liberdade comunicativa” e de participação social.

Ademais, o desenvolvimento de programas de cidadania abrangentes e duradouros, envolvendo a comunidade local, incluindo crianças e adolescentes, pode contribuir para incutir o senso de responsabilidade coletiva acerca da necessidade de uso responsável e moderado da atividade jurisdicional, de modo a permitir que a base para esse conhecimento seja constantemente atualizada a cada nova geração.

Nessa linha, pode ser citado, como exemplo bem-sucedido, o projeto “Cidadania e Justiça também se aprendem na escola”, que foi promovido pela AMB desde 1993, com o objetivo de ampliar, a partir das crianças, o esclarecimento da população sobre questões de Cidadania e Justiça⁴⁹ e que pode ser desenvolvido e ampliado para disseminar informações atinentes à existência de métodos alternativos de resolução de conflitos e à atuação de instâncias administrativas, como o “consumidor.gov.br” e os CEJUSC, setores pré-processual e cidadania, aptos a solucionar controvérsias de forma extrajudicial.

Educar, no sentido de conferir “capacitações humanas”, seria o caminho hábil a gerar a “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”,⁵⁰ conforme conceito trabalhado por Amartya Sen.

49. “A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) apresenta o programa ‘Cidadania e Justiça também se aprendem na escola’, que, desde o ano de 1993, tem ampliado o esclarecimento da população, a partir das crianças, sobre questões de Cidadania e Justiça. O conceito ‘Justiça’ é o mais amplo possível, abrangendo deveres, direitos, ética, moral e política. [...]. Tem por objetivos primordiais formação de agentes multiplicadores, possibilidade de pesquisa, leitura, análise e reflexão sobre deveres dos cidadãos, ética, cidadania e justiça; conscientização sobre os direitos e a forma de exercê-los; complemento do ensino estabelecendo relações entre o conteúdo curricular e as atividades dos Poderes no contexto do regime democrático brasileiro. Hoje, o Distrito Federal, o Paraná, o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul são referências no desenvolvimento do programa”. Boletim 2019. Disponível em: http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Noticias/20180529_Justica_se_aprende_na_escola_TJPR/Manual_Justiaa_se_Aprende_na_Escola_red.pdf/. Acesso em: 21 jun. 2020.

50. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17.

Por conseguinte, a educação reverbera como um dos mecanismos capazes de retrain a intervenção estatal na resolução de conflitos, conferindo habilidades individuais e coletivas para que as pessoas possam executar ou alcançar os resultados que considerem desejáveis.

A título ilustrativo, é possível que, nos Juizados Cíveis, antes de se receberem os documentos necessários para a propositura de uma demanda judicial, se questione à parte se ela conhece a plataforma “consumidor.gov.br”, informando a ela os benefícios de sua utilização, conforme já apontados.

Nessa linha, destaca-se a Portaria nº 02/2019 dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca de Vespasiano, vinculada ao TJMG, que possibilita a busca da resolução do conflito por meio de plataforma pública digital, a ser oferecida à parte. Conforme a Portaria, aceita pela parte, de maneira escrita, a tentativa de conciliação digital, o servidor auxilia a fazer o cadastro da reclamação no “consumidor.gov.br”. Assim, é cancelada a audiência de conciliação prevista no art. 16 da Lei nº 9.099/95 e o processo fica suspenso por 30 dias, período em que a parte deverá juntar aos autos o resultado da conciliação.⁵¹

Ademais, considerando a crescente integração entre os sistemas de processo eletrônico e a plataforma “consumidor.gov.br”, por meio das parcerias e dos acordos mencionados alhures, é possível desenvolver a integração dos sistemas, com o emprego dos conceitos de arquitetura de escolhas⁵² e *nudge*⁵³ propostos por Sunstein e Thaler.

51. De maneira distinta ao defendido neste artigo, como será adiante tratado, a referida Portaria condiciona a utilização de plataformas públicas digitais ao consentimento da parte requerente. Ou seja, trabalha-se com a anuência da parte.

52. “[...] detalhes mínimos e que pareçam ser insignificantes podem gerar grandes impactos no comportamento das pessoas. Uma boa regra geral é partir do pressuposto de que ‘tudo é importante’. Em muitos casos, se esses detalhes são tão poderosos é porque atraem a atenção dos usuários para determinado ponto”. (SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019 p. 89-95).

53. “[...] *nudge*, em nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma

Nesse sentido, seria possível aprimorar o sistema de processo eletrônico, para que a parte, no momento do ajuizamento de demanda em desfavor de determinada empresa cadastrada no “consumidor.gov.br”, fosse automaticamente notificada da possibilidade de redirecionar sua reclamação para tentativa de autocomposição eletrônica por meio da plataforma e das vantagens desse procedimento.

Para que esse alerta funcione como um *nudge*, seria necessário que o sistema permitisse o redirecionamento de forma fluida e automática e que a opção por redirecionar a demanda para o “consumidor.gov.br” constituísse a opção-padrão da escolha entre manter o direcionamento ao Poder Judiciário ou não.

Em síntese, a educação, sob o enfoque jurídico, pode atuar em duas vertentes: (i) com a utilização do CEJUSC, setor Cidadania, no estímulo ao desenvolvimento de capacitações humanas, à concretização da “liberdade comunicativa” e à participação social, aliado a outros programas de cidadania abrangentes e duradouros; (ii) com a formulação de *nudges*, buscando-se o redirecionamento de reclamações individuais para tentativa de autocomposição eletrônica, a exemplo do “consumidor.gov.br”.

Inobstante a assaz relevância da educação, sozinha, ela não se afigura apta a solucionar “problemas sem solução técnica”. Se assim fosse, países com alto desenvolvimento social/educacional não seriam afetados por demandas judiciais infundadas e/ou por sobrecarga no Poder Judiciário.⁵⁴

Por conseguinte, analisa-se a possibilidade de se regular o acesso ao “bem comum”, entendido como atividade jurisdicional.

previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um *nudge*, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um *nudge* não é uma ordem. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de *nudge*. Simplesmente proibir a *junk food*, não”. (SUNSTEIN; THALER, op. cit., p. 139).

54. Erik Navarro Wolkart apresenta um estudo comparativo entre países europeus e o Brasil e conclui: “Veja-se que o cenário europeu parece bem menos trágico que o brasileiro, mesmo considerando-se as diferenças populacionais. O pior caso é o italiano. Porém, mesmo lá, o estoque de processos vem diminuindo, ainda que o número de casos novos seja altíssimo”. (WOLKART, Navarro Erik. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-1.13).

5.2 A possível regulação de acesso ao “bem comum”

Hardin propõe o estabelecimento de arranjos sociais que produzam responsabilidade, inclusive com “regulação de acesso ao bem comum”.

O acesso à prestação jurisdicional, entendida como “bem comum”, na terminologia empregada por Hardin, em observância aos preceitos constitucionais, especialmente o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988⁵⁵, não pode ser impedido ou cerceado.

Todavia, cabe questionar se é ou não possível ser condicionado, por meio do elástico da compreensão da condição da ação do interesse processual⁵⁶, na vertente necessidade, de modo a se buscar reduzir o principal motivo para não se buscar o Poder Judiciário, qual seja, sua morosidade.

Nesse sentido, Fernando Gajardoni defende a possibilidade de se impor à parte requerente a apresentação de prévio requerimento administrativo de reclamações, por mecanismos formais de recepção e apreciação (a exemplo da plataforma “consumidor.gov.br”), como condição para o exercício do direito de ação (interesse processual – necessidade) perante o Judiciário, em determinadas hipóteses. *In verbis*:

Considerando a possibilidade de aperfeiçoamento da plataforma [consumidor.gov.br] e a expansão de seu alcance para outras empresas e órgãos da administração, afigura-se correto o entendimento, baseado na proposta aqui apresentada, de que o exercício do direito de ação perante o Judiciário seja condicionado à prévia tentativa de solução do conflito através da referida plataforma, desde que se trate de fornecedores/órgãos da administração previamente cadastrados no sistema e que tenham histórico razoável de solução extrajudicial de litígios por esta plataforma.

55. Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

56. Não se desconhece que alguns doutrinadores entendem não mais existirem “condições da ação”, de forma que a legitimidade *ad causam* e o interesse passariam “a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 346).

Assim, ajuizada diretamente ação judicial sem que a parte, nos casos em que isso seja possível e recomendável, tenha tentado extrajudicialmente a solução do conflito, deve o Judiciário, com base nos artigos 3º e 6º do CPC (dever de autocomposição e cooperação), suspender o feito (e não indeferir a inicial) para que seja, então, feita a postulação pela via administrativa própria pelo autor.⁵⁷

Além de propor que se condicione o exercício do direito de ação à prévia tentativa de autocomposição administrativa, o autor também sugere que a resistência injustificada à solução consensual da controvérsia, por qualquer das partes, seja penalizada, por meio de majoração ou minoração de eventual indenização por dano moral ou mesmo pela imposição das sanções processuais por violação à boa-fé, com vistas a criar incentivos para que ambas as partes efetivamente se engajem na tentativa de conciliação extrajudicial. O autor escreve:

Por outro lado, em havendo resistência injustificada dos que se submetam ao sistema extrajudicial de solução dos conflitos em atender ao pedido legítimo e proporcional dos que o buscarem – em contrariedade a disposição legal expressa ou entendimento uniforme e qualificado dos Tribunais a respeito do tema (v.g., art. 927 do CPC) – ou em aceitar proposta razoável e dentro dos parâmetros legais e jurisprudenciais formulada pelos acionados; tal comportamento deverá ser considerado pelo juiz no momento de julgar a pretensão judicializada, seja para fixação de eventuais apenamentos por conta da violação da boa-fé (artigos 5º, 77 e 80 do CPC), seja na quantificação de indenizações devidas em prol ou contra o jurisdicionado que cumpriu adequadamente o ônus que lhe impunha o art. 3º do CPC (estímulo à autocomposição).⁵⁸

57. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 2, p. 99-112, maio/ago. 2020. p. 107-108.

58. *Ibidem*, p. 104.

Em suporte à sua proposta, Gajardoni demonstra que a imposição de condicionante dessa natureza não é inédita na jurisprudência pátria e cita situações específicas, como a exibição de documentos bancários⁵⁹ ou o requerimento de benefícios previdenciários,⁶⁰ nos quais existe precedente vinculante, exigindo a prévia tentativa de resolução extrajudicial como condição para o acesso à via jurisdicional.

Comparando-se a sistemática proposta pelo autor com as condicionantes instituídas e consolidadas pela jurisprudência pátria, nas hipóteses mencionadas acima, propõe-se, neste trabalho, em determinadas demandas que envolvam relação de consumo, a necessária tentativa prévia de auto-composição pela plataforma “consumidor.gov.br”.

Entende-se que o condicionamento do exercício do direito de ação, em algumas demandas consumeristas, não seria mais gravoso do que aquelas imposições em ações de exibição de documentos bancários ou de concessão de benefício previdenciário, que envolvem, no primeiro caso, o envio de notificação e o custeio do serviço e, no segundo, a submissão a prévio procedimento administrativo, cujo prazo de conclusão é de 45 dias (conforme art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91).

Assim, parece razoável estender, por meio da técnica do *ampliative distinguish*,⁶¹ a razão de decidir que levou à edição dos precedentes acima

59. “Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária”. (STJ, Resp. 1.349.453-MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 10.12.2014).

60. “[...] não há como caracterizar lesão ou ameaça de direito sem que tenha havido um prévio requerimento do segurado. O INSS não tem o dever de conceder o benefício de ofício. Para que a parte possa alegar que seu direito foi desrespeitado é preciso que o segurado vá ao INSS e apresente seu pedido”. (STF, Recurso Extraordinário 631.240, com repercussão geral reconhecida – tema 350, Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 03.09.2014). O STJ adotou o mesmo entendimento em sede de Recurso Especial repetitivo, conforme REsp 1.369.834/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 24.09.2014.

61. “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discu-

mencionados. Por conseguinte, em consonância com as ideias de Hardin, propõe-se a regulação de acesso à justiça aos casos que envolvam fornecedores/órgãos da administração previamente cadastrados no sistema “consumidor.gov.br” e que tenham histórico razoável de solução extrajudicial de litígios pela plataforma, condicionando-se, nessas hipóteses, o exercício do direito de ação à prévia tentativa de solução do conflito por meio da referida plataforma, como tratado por Gajardoni.

Em termos jurisprudenciais, é possível encontrar precedentes adotando a solução proposta, no âmbito do TJRS (Apelação Cível nº 0306566-86.2017.8.21.7000, relator Des. Eugênio Facchini Neto, j. 28-2-2018), do TJMA (Agravado de Instrumento nº 0804411-73.2018.8.16.0000, Relator. Des. Ricardo Dualib) e do TJSC (Agravado nº 4016897-02.2017.8.24.0000, Relator. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 24-05-2018)⁶². Por todos, transcreve-se a ementa de recente decisão proferida pelo TJSC:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO C/C PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO QUE SUSPENDEU A DEMANDA PELO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS PARA QUE A PARTE AUTORA PROMOVESSE O

tidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente. [...] Notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, § 1º, VI, e 927, § 1º, CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, § 1º, V, e 927, § 1º, CPC”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 504-505).

62. Existem, noutro viés, decisões em sentido contrário: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2040989-19.2020.8.26.0000, Relatora: Claudia Grieco Tabosa Pessoa, Julgamento: 11/05/2020, Data de Registro: 11/05/2020.

REGISTRO DE SEUS PEDIDOS NA FERRAMENTA DENOMINADA “CONSUMIDOR.GOV.BR”, SOB PENA DE DESISTÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE FUTURA AUDIÊNCIA CONCILIATÓRIA. PLATAFORMA QUE VISA ESTIMULAR A SOLUÇÃO CONSENSUAL DO LITÍGIO. DECISÃO ESCORREITA. Consoante definiu o Supremo Tribunal Federal “a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo” (RE n. 631.240, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 16-12-2016). A sociedade não deve esperar ou depender apenas da tutela jurisdicional para buscar a solução de conflitos, mormente no contexto da realidade sociopolítico-econômica brasileira e do aumento da quantidade de conflitos submetidos ao Poder Judiciário (Watanabe, Kazuo). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4028110-34.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 26-05-2020). Grifado.

Cabe, ainda, verificar se a medida proposta, tendente à realização do direito constitucional à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República de 1988, restringe, em alguma medida, o acesso à Justiça, também estampado no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Constitucional.

Tem-se, assim, uma possível colisão entre direitos fundamentais, de modo que deve ser realizado o chamado “teste de proporcionalidade”,⁶³ que,

63. Cumpre mencionar importante advertência doutrinária acerca da crescente banalização da teoria argumentativa de Alexy, por vezes, em detrimento da segurança e certeza jurídica, que pode levar a uma discricionariedade judicial abusiva, recomendando-se, por esse motivo, parcimônia no seu emprego. Nesse sentido: “No Brasil, a teoria argumentativa de Robert Alexy é que mais empolgou a dogmática nos últimos quinze anos. O apelo à ponderação e ao sopesamento tornou-se frequente, inclusive na solução de casos de Direito Civil”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, n. 143, II, p. 60-61, 2011).

na esteira da doutrina de Alexy,⁶⁴ se desdobra em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A análise inicial de adequação visa definir se a medida potencialmente gravosa possui aptidão para fomentar um dos direitos fundamentais em conflito, ou seja, se existe compatibilidade entre o meio proposto e o fim constitucional almejado.⁶⁵

No caso em análise, a submissão prévia do conflito à plataforma de conciliação *on-line*, na qual a demanda deverá ser respondida e potencialmente solucionada no exíguo prazo de 10 (dez) dias, possui aptidão para fomentar a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, não apenas em relação às partes diretamente envolvidas no conflito, mas, também, de forma sistêmica, para diminuir o número total de processos em trâmite. Ademais, em consonância com a vertente da educação, incentiva a disseminação do conhecimento acerca da existência de métodos alternativos eficazes para soluções de controvérsias e a necessidade do acionamento responsável e parcimonioso do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de medida que pode ser considerada adequada ao fim constitucional almejado.

Na segunda etapa da análise da proporcionalidade, investiga-se se há necessidade de limitar um dos direitos fundamentais colidentes para consecução do objetivo almejado e se sua realização não pode ser promovida, com a mesma intensidade, por medida que limite, em menor grau, o direito fundamental atingido.⁶⁶

Nesse aspecto, os dados estatísticos mencionados demonstram que, a despeito da ampla reforma legislativa e da centralidade que os meios alternativos de resolução passaram a ocupar no sistema processual civil brasileiro, os avanços ainda são tímidos. O *Estudo da imagem do Judiciário*

64. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 14, p. 436, dez. 2003.

65. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 36, abr. 2002.

66. *Ibidem*.

brasileiro revela que, na percepção sobre as causas da sobrecarga do Judiciário, a principal seria a “ausência de atuação das agências reguladoras e de outras instâncias administrativas de resolução das demandas da sociedade”. Conforme trabalhado, essa concepção evidencia a necessidade de medidas mais incisivas, para fomentar a resolução extrajudicial de conflitos e disseminar o conhecimento acerca da existência de instâncias administrativas de resolução de demandas, como a plataforma “consumidor.gov.br”, com a consequente diminuição da morosidade do Poder Judiciário.

Por fim, na terceira e última etapa do teste, é necessário realizar o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da limitação a um dos direitos fundamentais envolvidos e o benefício dela decorrente na realização do direito fundamental colidente, porquanto, consonante à lição de Alexy, “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.⁶⁷

No caso, a adoção da sistemática proposta por Gajardoni, com a exigência de prévia tentativa de solução do conflito por meio da plataforma “consumidor.gov.br” e com a suspensão das ações ajuizadas sem a realização de tal providência, para que seja feita a postulação pela via administrativa própria pela parte requerente, implicaria restrição temporária do direito fundamental ao acesso à Justiça, pelo prazo necessário ao trâmite da reclamação administrativa. Adverte-se que, mesmo na hipótese de insucesso da tentativa de composição extrajudicial, a parte seria posteriormente compensada, com ganhos no aspecto da celeridade processual,⁶⁸ em razão da dispensa da audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC, na forma do Enunciado nº 29 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal.

67. ALEXY, op. cit., p. 436.

68. Como já dito, a reclamação formulada perante a plataforma consumidor.gov.br deve ser respondida no exíguo prazo de 10 dias, ao passo que a audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC demanda um interregno temporal mínimo de 20 dias entre a data de sua realização e a citação do réu, que usualmente leva considerável lapso temporal para ser concretizada.

Assim, a medida traria, de um lado, reduzida e momentânea restrição ao direito fundamental ao acesso à justiça e, de outro, expressivos ganhos à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação, tanto nos casos específicos que vierem a ser submetidos a essa sistemática, como no aspecto sistêmico, por contribuir com o uso responsável e moderado da prestação jurisdicional. Por conseguinte, permitir-se-ia a alocação mais eficaz dos recursos existentes, na solução de demandas judiciais em que, de fato, a composição não seria possível ou se mostraria concretamente inviável.

Em outros termos, entende-se que o custo de oportunidade em se restringir momentaneamente o acesso à justiça é menor do que o gerado pela morosidade do Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou apontar possíveis caminhos para reduzir o principal problema indicado no *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, com relação a “motivações para recorrer e razões para não recorrer à Justiça”, qual seja, a morosidade do Poder Judiciário, aplicando-se as soluções apontadas por Garret Hardin, na chamada “tragédia dos comuns”. Foi investigado: (i) se seriam a sobreutilização da prestação jurisdicional e a morosidade do Poder Judiciário um “problema sem uma solução técnica”; e (ii) se as soluções plausíveis seriam a educação e o estabelecimento de arranjos sociais que produzam responsabilidade, inclusive com regulação de acesso ao “bem comum”, como proposto pelo autor. Alcançaram-se as seguintes conclusões.

A sobreutilização da atividade jurisdicional e a lentidão do Poder Judiciário constituem um “problema sem uma solução técnica”, cuja correção não pode ser alcançada com apenas uma mudança no emprego das técnicas já existentes.

De um lado, os dados do CNJ, divulgados na pesquisa *Justiça em números*, indicam a baixa efetividade dos métodos alternativos para resolução de conflitos, mesmo após ampla reforma legislativa no sistema processual civil. De outro, a pesquisa da AMB/FGV aponta que a população parece desconhecer a existência e/ou a atuação de outras instâncias ou de outros métodos de resolução das demandas da sociedade, haja vista a indicação da ausência de atuação desses como a principal causa da morosidade do Poder Judiciário, em um percentual de 48%.

Assim, a educação e o estabelecimento de arranjos sociais que produzam responsabilidade, inclusive com regulação de acesso ao “bem comum”, entendido, no caso, como a prestação jurisdicional, constituem alternativas plausíveis para enfrentamento do problema.

A educação, sob o enfoque jurídico, pode atuar em duas vertentes: (i) com a utilização do CEJUSC, setor Cidadania, no estímulo ao desenvolvimento de capacitações humanas, à concretização da “liberdade comunicativa” e à participação social, aliado a outros programas de cidadania abrangentes e duradouros; (ii) com a formulação de *nudges*, buscando-se o redirecionamento de reclamações individuais para tentativa de auto-composição eletrônica, a exemplo do “consumidor.gov.br”.

Com relação à regulação do acesso ao “bem comum”, sustenta-se a possibilidade de se exigir, por meio do elastecimento da compreensão do interesse processual, na vertente necessidade, a prévia tentativa de composição extrajudicial, por intermédio da plataforma “consumidor.gov.br” (ou similar), como condição para o exercício do direito de ação em desfavor de fornecedores cadastrados no sistema, nas relações consumeristas.

Em conclusão, as propostas do trabalho buscam potencializar a eficácia e a eficiência, bem como a efetividade das instâncias judiciais e administrativas em que métodos alternativos de solução de conflitos são aplicados e alterar parte do panorama apresentado no *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 14, p. 436, dez. 2003.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro*, 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 198, de 1º de julho de 2014. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2029>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b-5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Inspeção NUPEMEC – CEJUSC. Período: 05/08/2019 a 09/08/2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/download/3138/2019/83305/3-tjmg-relatorio-de-inspecao-nupemec-cejusc-2019-2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- DIAS, Jean Carlos; MACHADO, Rafael Bicca. Análise Econômica do Processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2019.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- _____; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 2, p. 99-112, maio/ago. 2020.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Trad. de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3.859, p. 1243-1248, 13 dez. 1968.
- KANT, Immanuel. *Sobre a pedagogia*. trad. de Francisco Cock Fontanella. Piracicaba, SP: Unimep, 2006.
- MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 1, abr./jun. 1991.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios da análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, n. 143, II, p. 60-61, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHAVEL, Steven. Suit, settlement, and trial: A theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs. *Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 55-81, jan. 1982.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Trad. de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- WOLKART, Navarro Erik. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Análise econômica das execuções fiscais

O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa como alternativa à litigância excessiva

Rafhael Wasserman

1. INTRODUÇÃO

Um novo artigo sobre o problema do número exacerbado de execuções fiscais em trâmite na Justiça brasileira não aparenta ser dotado de qualquer ineditismo. Artigos publicados em meios especializados ou orientados ao público em geral reiteradamente noticiam que parte expressiva do total dos processos atualmente em curso são executivos fiscais, cujo volume excessivo colabora para a morosidade do sistema de Justiça.

Ocorre que o elevado ajuizamento não conduz à conclusão de que se trata de um eficiente método de recuperação de créditos inadimplidos. Pelo contrário, a ineficiência das execuções fiscais foi diagnosticada em inúmeros estudos. Observa-se ainda, com relativa frequência, a propositura de exe-

cuções fiscais cujos valores exigidos são ínfimos, trazendo dúvidas se essas demandas são aptas a proporcionar o resultado esperado pelo exequente.

Procuram-se encontrar respostas ao seguinte questionamento: considerada a notória ineficiência das execuções fiscais como instrumentos de cobrança de débitos, quais fatores justificam o contínuo ajuizamento de novas demandas pela Fazenda Pública?

Pretende-se demonstrar no presente artigo a presença de um desalinhamento entre custos fazendários e públicos envolvidos no litígio, nesses incluídos os suportados pelo Poder Judiciário. A decisão da Fazenda Pública de propor (ou não) uma demanda mediante a exclusiva comparação entre o valor esperado e as despesas por ela incorridas resulta em uma tendência de excessiva litigância fiscal. A introdução dos custos jurisdicionais externalizados revela que uma parcela das execuções fiscais não proporciona o resultado pretendido, recomendando a adoção de medidas alternativas capazes de maximizar os interesses arrecadatórios voltados à recuperação de créditos inadimplidos.

Iniciar-se-á a investigação pela apresentação da protagonista do presente artigo, a execução fiscal, indicando sucintamente seu mecanismo de funcionamento e pontuando algumas regras às quais se submete. Na sequência, será descrito o cenário no qual a execução fiscal se insere, a partir do relatório *Justiça em números*, de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, cujos dados revelam que esse método de cobrança é um dos pontos de estrangulamento da justiça brasileira. Em momento posterior, o artigo se debruçará sobre a doutrina dedicada à teoria da escolha racional, indicando quais fatores são sopesados pelo agente ao decidir por ajuizar (ou não) uma nova demanda. Em item subsequente, o modelo será adaptado, considerando as especificidades da execução fiscal, e, em seguida, alguns incentivos sistêmicos à litigância fiscal serão examinados. A questão dos custos suportados pelo Poder Judiciário será tema do item posterior, no qual a ponderação entre benefícios e custos envolvidos no litígio será repensada. Por fim, o protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa será apresentado como

um instrumento mais apto a alcançar as preferências fazendárias e reduzir as externalidades negativas advindas da litigância fiscal.

2. AS EXECUÇÕES FISCAIS EM NÚMEROS: UM RETRATO DA INEFICIÊNCIA DO MÉTODO PROCESSUAL ADOTADO

As execuções fiscais, identificadas como o principal instrumento processual à disposição das Fazendas Públicas (municipais, estaduais e federal) para exigir dos contribuintes o adimplemento de suas dívidas, são vistas como um dos principais gargalos do sistema de Justiça.

Regulada pela Lei nº 6.830/80 (LEF), a execução fiscal objetiva a cobrança da dívida ativa dos entes públicos de direito interno não adimplida voluntariamente pelo sujeito passivo da relação jurídica tributária.¹ Pressupõe um título executivo extrajudicial, a certidão de dívida ativa, de emissão unilateral pela própria autoridade fazendária, a qual contempla, entre outros elementos, o nome do devedor, o valor da dívida, o termo inicial e a forma de cômputo de juros moratórios e demais encargos, além da origem, da natureza e do fundamento legal da exação (art. 2º, § 5º e 6º).

Munida do título que formaliza o crédito tributário (art. 784, IX, do Código de Processo Civil),² compete à procuradoria ajuizar a demanda executiva, a qual se encontra submetida a regramento específico, atraindo apenas subsidiariamente as prescrições encartadas no Código de Processo Civil (art. 1º da LEF). Diverge das demais execuções em alguns aspectos, den-

1. Não se olvida que o procedimento regulado pela Lei nº 6.830/80 é voltado para dívidas tributárias e não tributárias. Não obstante, o presente artigo se dedica ao exame apenas das primeiras. Ainda, não correspondem ao foco desse estudo as execuções fiscais promovidas por entes distintos, como conselhos de fiscalização profissional.

2. Para fins de simplificação, opta-se por empregar a denominação “créditos tributários” aos valores que são objeto de cobrança pela Fazenda Pública, embora sejam passíveis de exigência, além de a tributos inadimplidos, como dívidas relativas a multas.

tre os quais cumpre mencionar, a título exemplificativo, os distintos prazos concedidos ao devedor para pagamento: cinco dias no caso dos executivos fiscais (art. 8º da LEF) e três dias nas execuções de títulos extrajudiciais regidas pela codificação processual civil (art. 829 do CPC). Outra peculiaridade do procedimento moldado pela lei de execuções fiscais é a obrigatoriedade de garantia do juízo para oferecimento de embargos à execução fiscal (art. 16, § 1º, da LEF),³ enquanto o art. 914 do Código de Processo Civil dispensa penhora, depósito ou caução para oposição de embargos nas execuções de título extrajudicial.⁴

A Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional) confere ao crédito tributário garantias, privilégios e preferências. As garantias correspondem a instrumentos voltados a assegurar ao Estado seu direito de cobrar a exação do sujeito passivo da relação jurídica tributária, dentre os quais se incluem os privilégios e as preferências. Os privilégios alçam o crédito tributário a uma posição de superioridade em relação aos demais créditos, ressalvados

3. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, firmou entendimento pela imprescindibilidade de garantia para oposição de embargos em execução fiscal em razão da especialidade da Lei nº 6.830/80 em relação ao então vigente Código de Processo Civil, por conter dispositivo específico dispondo sobre essa exigência (REsp 1.272.827/PE. PRIMEIRA SEÇÃO. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 22/05/2013. DJe 31/05/2013). Atualmente se observa uma mitigação dessa exigência, a autorizar o oferecimento de embargos à execução desacompanhados de garantia integral quando a parte for hipossuficiente, forte no princípio da ampla defesa e na garantia de acesso à justiça (REsp 1.681.111/RS. PRIMEIRA TURMA. Rel. Ministro GURGEL DE FARIA. Julgado em 07/05/2019. DJe 24/05/2019).

4. A necessidade de garantir a execução fiscal para que o devedor exerça seu direito de defesa pode ser um fator a contribuir para o reduzido número de embargos opostos e, por conseguinte, a diminuta quantia de executivos extintos em decorrência do acolhimento de teses defensivas (ressalvadas as alegações de prescrição e decadência). Segundo projeto de pesquisa executado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), intitulado *Custo unitário do processo de execução fiscal da União*, confeccionado com a finalidade de determinar o tempo e o custo de tramitação das execuções fiscais em trâmite na Justiça Federal, no período compreendido entre novembro de 2009 e fevereiro de 2011, em apenas 15,7% dos feitos analisados foram penhorados bens, em somente 6,5% dos casos os devedores opuseram embargos à execução e em 3,8% apresentaram alguma forma de objeção de pré-executividade. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicados do Ipea: custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*, 2012. n. 127. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf. Acesso em: 26 set. 2020. p. 6).

os decorrentes de relação trabalhista ou oriundos de acidente de trabalho (art. 186 do Código Tributário Nacional),⁵ enquanto as preferências estabelecem esse *status* elevado nas situações envolvendo concurso de credores.

No que atine à jurisprudência, há que se destacar o entendimento cristalizado no enunciado sumular nº 392, segundo o qual o Superior Tribunal de Justiça admite a substituição da certidão de dívida ativa mesmo na presença de vícios de ordem formal ou material, desde que em momento anterior à prolação de sentença de embargos e não implique alteração do sujeito passivo da execução.⁶ Observa-se, ainda, uma flexibilização no exame dos requisitos para admissão e processamento das petições iniciais, ante a existência de regramento específico.⁷

Poder-se-ia supor, à primeira vista, que a exigência judicial do crédito tributário, regulada por procedimento especial que estipula regras mais favoráveis ao credor e cuja função de cobrança é depositada nas mãos de procuradorias especializadas e estruturadas, apresentaria altas taxas de êxito e reduzido tempo de tramitação. Embora não se tenham subsídios concretos a evidenciar o exato grau de efetividade dos executivos fiscais, as informações extraídas do relatório *Justiça em números*, de 2020, do Conselho Nacional de Justiça revelam uma fotografia da situação atual, que em nada se assemelha a essa conjectura.

5. Segundo a ministra Regina Helena Costa, os privilégios consistem em manifestações da posição de superioridade do crédito tributário em relação aos demais créditos (excetuados os de natureza trabalhista ou de acidente de trabalho), derivados do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. As preferências, por sua vez, estabelecem a prioridade do crédito tributário em relação a outros em fase de execução. Elucina, ainda, que o conceito de garantias é dotado de maior amplitude, englobando todos os meios assecuratórios da satisfação do crédito tributário, tais como privilégios e preferências, a despeito da ausência de clara distinção legal. (COSTA), Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 297).

6. Súmula nº 392, do Superior Tribunal de Justiça: “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.

7. A súmula nº 558 do Superior Tribunal de Justiça consolida essa orientação: “Em ações de execução fiscal, a petição inicial não pode ser indeferida sob o argumento da falta de indicação do CPF, RG ou CNPJ da parte executada”.

Consoante os dados compilados e expostos no referido estudo, no ano de 2019 foram ajuizados mais de 30 milhões de novos casos em todo o Poder Judiciário (Justiças Estadual, Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar Estadual, Auditorias Militares da União e Tribunais Superiores), representando um aumento de 6,8% em relação ao ano anterior.⁸ Em relação às execuções fiscais, o relatório do Conselho Nacional de Justiça evidenciou que foram ajuizadas mais de 3 milhões de novas demandas. Embora o número de novos executivos fiscais tenha sofrido uma retração de 5,1% em relação ao ano-base 2018, seu volume equivale a aproximadamente 10,12% do total de casos novos no ano-base 2019.⁹

No final do ano de 2019, encontravam-se pendentes mais de 77 milhões de processos em todas as esferas do Poder Judiciário, uma redução de 1,9% em comparação à pesquisa de 2019 (ano-base 2018).¹⁰ Não obstante, entre o total de demandas não solucionadas, as execuções representavam 43 milhões de feitos (o total de execuções fiscais equivalia a mais de 30 milhões de processos).¹¹ Na Justiça Federal, as execuções correspondiam a 54,3% do acervo total do primeiro grau (conhecimento e execução), enquanto, na Justiça Estadual, eram 56,8%. As execuções fiscais, por sua vez, equivaliam a 48% e 43%, respectivamente.¹²

A taxa de congestionamento, indicador que mede o percentual de processos não solucionados entre o total de casos em trâmite (pendentes e baixados) ao cabo do ano-base, correspondia a 68,5% em todas as esferas do Poder Judiciário. As execuções fiscais, por sua vez, apresentavam taxa de congestionamento de aproximadamente 87% no ano-base de 2019.¹³ Entre as Justiças, a maior taxa era da Federal (93%), seguida da Estadual (86%), da do Trabalho (84%) e da Eleitoral (80%).¹⁴

8. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*, 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: 23 set. 2020. p. 49.

9. Ibidem. p. 159.

10. Ibidem. p. 49.

11. Ibidem. p. 152.

12. Ibidem. p. 158.

13. Ibidem. p. 155.

14. Ibidem. p. 159-160.

O tempo médio de tramitação de um processo de execução no Poder Judiciário é de cinco anos e onze meses, enquanto a execução fiscal demora em média oito anos para ser baixada. Retiradas as execuções fiscais, o tempo médio de tramitação do processo de execução cairia para três anos e três meses. Destaca-se que as execuções fiscais levam cerca de dez anos, em média, para serem baixadas na Justiça Federal e sete anos e dez meses na Justiça Estadual.¹⁵

Conquanto se tenha observado uma redução no ajuizamento de novos processos de execução fiscal em 5,1% (de 3,2 para 3,1 milhões), bem como do acervo em 3,3% (de 31,2 milhões para 30,2 milhões),¹⁶ corrobora-se a conclusão apresentada no relatório produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual os processos de execução, especialmente as execuções fiscais (aproximadamente 70% do estoque de execuções), são um dos principais fatores da morosidade imputada ao Poder Judiciário.¹⁷

Credita-se essa conclusão ao contínuo ajuizamento de novos feitos aliado ao elevado tempo médio de trâmite até a baixa (oito anos), os quais resultam no excessivo volume de executivos fiscais pendentes no Poder Judiciário (39% do total de casos não solucionados).¹⁸ Por conseguinte, abarrotam os escaninhos virtuais (e, em certos casos, ainda físicos) de gabinetes e secretarias do Poder Judiciário, impactando negativamente sua eficiência, dado que os recursos são escassos, sejam humanos, sejam orçamentários. Dada a magnitude das execuções fiscais no volume de processos pendentes, o problema identificado como a “tragédia do Judiciário”, caracterizado pela excessiva utilização do Poder Judiciário – que resulta em elevadas taxas de congestionamento –, se torna ainda mais lancinante.¹⁹

15. BRASIL, op. cit., p. 161-162.

16. Ibidem. p. 159.

17. Ibidem. p. 155-156.

18. Consigna ainda o relatório *Justiça em números*, de 2020, que o tempo de giro desse acervo é de seis anos e sete meses. Em outras palavras, interrompido o recebimento de novas execuções fiscais, seria necessário esse lapso temporal para encerrar o preexistente estoque. (Ibidem. p. 156).

19. O sistema de Justiça pode ser enquadrado como um bem comum, cujas características remontam à impossibilidade de exclusão e rivalidade. O recurso comum é inclusivo em virtude da extrema

Não corresponde ao escopo do presente trabalho dissecar os fatores que conduzem ao excessivo tempo para o deslinde dos executivos fiscais.²⁰ Pretende-se verificar, porém, diante desse cenário de morosidade e ineficiência, se a insistente adoção da via processual pelo agente fazendário é justificável racionalmente a partir do instrumental da análise econômica do direito. Para tanto, inicia-se pelo exame do modelo da escolha racional, de modo a destacar os elementos necessários para o agente tomar a decisão de litigar (ou não) e a verificar quando uma solução alternativa é mais adequada para maximizar suas preferências.

3. A TOMADA DE DECISÃO DE LITIGAR (MODELO DA ESCOLHA RACIONAL)

Antes de adentrar especificamente na análise da utilidade de cobrar o crédito tributário por meio de executivo fiscal, é mister investigar os fatores que

dificuldade de excluir o acesso dos usuários e é rival na medida em que a sua utilização por um usuário diminui a utilidade para os demais. A não exclusão do Poder Judiciário decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a concorrência no consumo advém das limitações dos recursos estatais. Conforme explana Erik Navarro Wolkart, “a concorrência no consumo decorre da limitação financeira inerente ao Estado, que tem de prover parte dos recursos humanos e administrativos do Poder Judiciário. Quanto mais a Justiça é acessada, mais esses recursos são consumidos. Na impossibilidade de ampliação infinita da estrutura jurisdicional, a cada novo processo instaurado, diminui-se a capacidade da Justiça de processar um novo feito ou de lidar agilmente com os já existentes”. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 84). A “tragédia da Justiça” remete à parábola de Garrett Hardin intitulada “tragédia dos comuns”, que explica como os bens comuns tendem a ser explorados acima dos limites socialmente adequados, levando-os à exaustão. Conforme sintetiza Ivo T. Gico Júnior, “como o benefício privado é superior ao custo privado, ainda que inferior ao custo social, como um concorrente em um cartel incapaz de monitorar seus integrantes, a estratégia dominante é divergir. É este equilíbrio não cooperativo que é a tragédia”. (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 175, set./dez. 2014).

20. Em resumo, a morosidade que acomete o Poder Judiciário é fruto de um desequilíbrio entre oferta e demanda por serviços públicos adjudicatórios. (GICO JÚNIOR, op. cit., p. 169).

influenciam a tomada de decisão de um agente racional ao optar pela tutela jurisdicional, por uma solução consensual ou por, simplesmente, manter-se inerte. Parte-se da teoria da escolha racional (ou teoria da decisão), fundada em algumas premissas, dentre as quais, em apertada síntese, a de que o agente possui preferências e age para maximizá-las, sejam quais forem.²¹

As preferências são ordenadas logicamente de acordo com a utilidade²² que lhe proporcionam, cuja classificação se funda em um critério subjetivo de satisfação de interesses individuais. As preferências são reputadas como completas, transitivas e reflexivas. A completude significa que o indivíduo é capaz de alocar todas as combinações possíveis de preferências. A transitividade, por sua vez, significa que, se, para o sujeito, $A > B$ e $B > C$, logo $A > C$. A reflexividade, por sua vez, implica que qualquer bem é tão bom quanto ele mesmo.²³

A necessidade de escolher pressupõe que os recursos existentes são escassos e, portanto, os agentes não conseguem satisfazer todas as suas preferências. A decisão por uma via implica abrir mão da outra (*trade-off*).²⁴ Cada escolha carrega consigo um custo de oportunidade equivalente ao custo da alocação de recursos da alternativa que foi preterida.²⁵ Adota-se como premissa, ainda, que os agentes são racionais,²⁶ o que significa que

21. Nesse sentido, esclarecem Luiz Fux e Bruno Bodart: “Note-se que a teoria da escolha racional não determina quais preferências os agentes buscam maximizar, nem em qual ordem elas serão organizadas, bem como não faz juízo de valor sobre as escolhas individuais”. (FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 12-13).

22. Segundo Gregory Mankiw, utilidade consiste na “[...] medida abstrata da satisfação ou felicidade que um consumidor obtém de um conjunto de bens. De acordo com os economistas, um consumidor prefere um conjunto de bens a outro se o primeiro oferece mais utilidade que o segundo”. (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014. p. 423).

23. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 19.

24. MANKIW, op. cit., p. 4.

25. Ibidem. p. 6.

26. Convém sobrelevar a advertência de Ivo T. Gico Júnior de que qualificar o comportamento assumido pelos indivíduos como racional não significa que esses sejam efetivamente racionais: “Assumir que as pessoas são racionais não pressupõe que internamente o agente esteja conscientemente fazendo cálculos o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada

escolherão, entre as alternativas disponíveis, aquelas cujos resultados esperados reputeem mais propícios a promover ou maximizar suas preferências.²⁷

Segundo Fernando Leal,²⁸ a decisão quanto a um curso de ação é formada pelos seguintes componentes: (a) distintas alternativas de decisão; (b) consequências decorrentes de cada alternativa; (c) critério de valoração que informará como as consequências serão ordenadas. Ainda, o exame da tomada de decisão é empreendido a partir de uma dimensão positiva (descritiva), compreendendo como os sujeitos efetivamente decidem e uma dimensão normativa, orientada para o dever ser decisório.²⁹

A escolha do agente racional em litigar pressupõe um exercício de prognose, por meio do qual deverá ponderar, à luz das informações que possui, se a alternativa representada pelo exercício de seu direito de ação resultará nas consequências que cheguem mais próximo do objetivo de maximização de suas preferências, considerando os fatores envolvidos, como custos e benefícios. Deverá sopesar as alternativas possíveis, como o ajuizamento da demanda, a celebração de um acordo ou a mera inércia, ponderando as consequências advindas de cada uma delas segundo seu critério subjetivo de valoração.

Impende asseverar que a opção, dentre as alternativas à disposição, pelo ajuizamento da demanda invariavelmente envolverá dispêndio de recursos e de tempo. O autor da demanda deverá contratar os serviços de um advogado³⁰ e pagar as custas processuais iniciais para exercer seu direito de ação,

um de seus atos, apenas que – na média – ele se comporta como se estivesse”. (GICO JÚNIOR, op. cit., p. 18)..

27. LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 90.

28. Ibidem. p. 90-91.

29. Ibidem. p. 90. Segundo Gregory Mankiw, “Declarações positivas são descritivas e referem-se a como o mundo é. [...] Declarações normativas são prescritivas e referem-se a como o mundo deveria ser”. (MANKIW, op. cit., p. 29).

30. Ressalvadas as excepcionais hipóteses nas quais o ordenamento jurídico possibilita o ingresso em juízo sem a presença de advogado, a exemplo do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis para demanda cujo valor da causa não supere vinte salários mínimos (art. 9º da Lei nº 9.099/95) ou da impetração de *habeas corpus* (art. 654 do Código de Processo Penal).

além de outras despesas (que serão detalhadas na sequência). Portanto, deve avaliar se o valor esperado com o litígio (VE) supera os correspondentes custos (C), ou seja, empreender um raciocínio de custo/benefício ($VE > C$).

A busca pela tutela jurisdicional sempre implicará certo grau de risco, uma vez que não há como se afirmar de modo incontestado que o julgamento será de total procedência em favor do autor.³¹ Diversas situações contrárias ao tomador de decisão podem surgir: o magistrado interpretar o direito de maneira diversa da empreendida pelo proponente; as teses defensivas serem acolhidas; as provas não respaldarem as alegações expostas pelo autor (ou serem insuficientes); ou mesmo hipóteses de ocorrência de erro judiciário. Pode-se afirmar que a consequência esperada com a decisão de litigar não é certa, porém, é passível de mensuração.³² Nessa senda, compete à parte autora (em regra, seu procurador) estimar a probabilidade de êxito e definir uma taxa de sucesso (PI).³³

31. Na lição de Ivo T. Gico Júnior, uma decisão sem risco é aquela na qual cada alternativa é determinística, ou seja, escolhida pelo agente, ela ocorrerá (ou ao menos o sujeito acredita nisso), enquanto a decisão com risco é aquela na qual há ao menos uma alternativa não determinística, isto é, cuja probabilidade de ocorrência é inferior a 100%. Isso significa que, mesmo sendo escolhida, poderá não acontecer. A decisão de exercer ou não o direito de ação é arriscada, pois não se tem garantia de obtenção do resultado pretendido. (GICO JÚNIOR, op. cit., p. 118).

32. Conforme esclarece Fernando Leal, entendem-se por contextos decisórios sob condição de risco aqueles nos quais as relações entre alternativas e consequências não são certas, mas a incerteza pode ser mensurada, mediante a definição da probabilidade de ocorrência de eventos futuros. Quando não é possível estimar a probabilidade de ocorrência de determinados resultados, têm-se decisões em contexto de incerteza ou de ignorância. (LEAL, op. cit., p. 93-94). Como afirma Cristiano Carvalho, “a certeza, portanto, não é uma entidade metafísica, mas um grau de probabilidade. Dessarte, a diferença entre certeza e incerteza não é de natureza, mas de grau”. (CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 103).

33. O cálculo das chances de sucesso (ou insucesso) é eminentemente subjetivo, normalmente definido pelos advogados das partes autora e ré, a partir de diversos fatores, entre os quais: o conhecimento do regramento jurídico aplicável; a decisão reiterada dos Tribunais em casos semelhantes, isto é, como interpretam o direito; as informações privadas sobre o litígio, que serão paulatinamente ampliadas ao longo da demanda a partir dos elementos probatórios preexistentes e dos elementos produzidos no curso do processo. O grau de segurança jurídica, ao atribuir previsibilidade ao deslinde dos litígios, influencia diretamente a estimativa de êxito dos litigantes e, consequentemente, a decisão entre exercer o direito de ação, permanecer inerte ou buscar solu-

O valor esperado (VE), primeiro fator a ser considerado pelo potencial autor, é fruto da multiplicação do montante do benefício pretendido (B) constante da petição inicial pela probabilidade de êxito do pleito do autor (Pl). Sendo assim, o resultado esperado corresponde a $VE = Pl \times B$.

Nesse sentido, em uma hipotética demanda de reparação civil, na qual o autor pretenda obter uma compensação da ordem de R\$ 100.000,00, cuja expectativa de vitória seja por ele definida em 60%, o valor esperado equivale a R\$ 60.000,00. Nesse caso, $VE = 0,6 \times 100.000 = 60.000$.

Entretanto, não basta encontrar o valor esperado pelo autor com o processo, sendo necessário, para a decisão pela propositura (ou não) da demanda, identificar os custos envolvidos no litígio. Em primeiro lugar, o autor incorrerá em gastos com a contratação de advogado, o qual receberá honorários contratuais nos termos do que for estipulado entre os contratantes. Considera-se, para o presente trabalho, que os serviços advocatícios são remunerados por um valor fixo, pago até o ajuizamento da demanda, sem cobranças adicionais por horas de serviço prestadas ou honorários condicionados ao futuro (e eventual) êxito na demanda. Esses valores despendidos pelo autor, acrescidos de custos com atividades que não estão diretamente associadas ao processo (ex., combustível para comparecer a uma audiência, estacionamento, obtenção de certidões e outros documentos), não são reembolsáveis (denominados custos administrativos – Ca), de modo que não ingressam no cômputo das verbas sucumbenciais, mas devem ser levados em conta na decisão de propor ou não a ação.

Um primeiro exame diz respeito à comparação entre o benefício pretendido e os custos preliminares. Em outras palavras, equivale a dizer que, em

ções consensuais. Segundo leciona Ivo T. Gico Júnior, a dificuldade em calcular a probabilidade de sucesso em uma demanda pode disparar uma limitação cognitiva conhecida como viés de otimismo (ou otimismo irrealista ou otimismo comparativo). (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 128-129). Conforme a doutrina de Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, o otimismo remete à confiança quanto ao julgamento de certa ação em favor da parte (autor ou réu) ou à magnitude da condenação. (PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 327-328).

uma situação hipotética, na qual sequer se inclui a estimativa de êxito, para que seja racionalmente apropriado ao autor ajuizar a demanda, deve-se visar à obtenção de ganho maior que os custos com a contratação de advogado e com as demais despesas irrecuperáveis: $B > Ca$ ou $B - Ca > 0$.

Ocorre que, para encontrar a totalidade dos custos suportados pelo autor (Ct), aos custos administrativos (Ca) devem ser acrescidos os custos diretamente relacionados ao litígio (Cl), correspondentes às custas e às despesas iniciais – exigidas no momento da propositura do feito – além das custas e das despesas processuais remanescentes (ex., gastos com honorários periciais, avaliações, ofícios)³⁴ e aos honorários devidos ao procurador da parte adversa em caso de sucumbência, arbitrados pelo magistrado quando da prolação da sentença.³⁵

Cabe destacar que os custos do litígio não são integralmente considerados no cômputo dos custos totais, uma vez que o sistema adotado pelo Código de Processo Civil prevê ao perdedor o dever de pagar ao vencedor as verbas sucumbenciais, consistentes em honorários advocatícios e despesas processuais em caso de improcedência (ou uma fração proporcional na hipótese de parcial procedência). Sendo assim, esses custos são multiplicados pela probabilidade de insucesso, a qual corresponde à diferença entre a expectativa de êxito

34. Nesses custos incorridos ao longo do processo estão incluídas as despesas decorrentes da realização de diligências requeridas pela parte adversa, cuja responsabilidade pelo pagamento é atribuída, salvo exceções, ao litigante sucumbente na sentença.

35. As regras sobre o pagamento das custas não são uniformes entre diferentes sistemas jurídicos, sendo comumente referidas a regra americana, na qual cada parte arca com seus próprios custos, e a inglesa, cujo dever de pagar todas as custas é imputado ao perdedor. A adoção de determinada regra serve como fator relevante no volume de demandas propostas. Isso porque a regra inglesa do “perdedor paga tudo” aumenta os custos esperados quando comparada à regra “cada um paga o seu” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6th. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 408). A regra do “perdedor paga tudo”, tal como consta no regramento jurídico brasileiro, estimula o ajuizamento de demandas com maior probabilidade de sucesso, já que os autores estimam que não pagarão as despesas processuais ao final. Por outro lado, desestimula a propositura de ações com menores chances de êxito pelo mesmo motivo. Essa regra gera ainda desestímulo para os autores avessos a riscos, na medida em que o risco implicado no julgamento é aumentado com a adição das verbas sucumbenciais (SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 429-430). Essa regra, por si só, não é responsável por maior ou menor número de litígios, mas atua como fator propulsor a depender da percepção das partes quanto a suas chances de sucesso.

subjetivamente construída pelo autor e por seu procurador ($1 - Pl$). Portanto, a fórmula correspondente à totalidade dos custos imputados ao autor será:

$$Ct = Ca + (1 - Pl) \times Cl$$

Considerando o valor esperado (VE) e os custos totais (Ct), o agente racional ingressará com pleito pela via jurisdicional se o primeiro for superior aos últimos, ou seja:

$$VE > Ct \text{ ou } VE - Ct > 0 \text{ ou desdobrando a fórmula:}$$

$$Pl \times B > Ca + (1 - Pl) \times Cl \text{ ou } Pl \times B - [Ca + (1 - Pl) \times Cl] > 0$$

Significa que, se o valor esperado com o litígio for superior aos custos envolvidos, o autor racional optará pelo ajuizamento da demanda. Caso contrário, se os custos do processo forem superiores ao valor que pretende obter com a demanda, o agente racional optará pelo não ajuizamento.³⁶ Nada mais é do

36. Essa conclusão evidencia o incentivo à litigância representado pela concessão de justiça gratuita. Isso porque, retirados os custos diretamente relacionados ao litígio (Cl), os custos totais (Ct) passam a ser compostos apenas por aqueles ditos irrecuperáveis (Ca – honorários contratuais e custos extraprocessuais). Portanto, o autor ajuizará a demanda quando: $VE > Ca$. Percebe-se que há um claro estímulo ao ajuizamento, na medida em que os valores à direita se reduzem e ficam mantidos os valores à esquerda. Reduz-se o risco do autor com a demanda, já que, além de ser suspensa a exigência de custas e taxas iniciais, não incorre nos custos diretamente relacionados ao processo no caso de sucumbência (Cl – custas e despesas remanescentes e honorários advocatícios à parte adversa). Ainda, há a possibilidade de o autor preencher determinados requisitos que o autorizem a se beneficiar de serviços advocatícios em caráter gratuito (assistência judiciária gratuita), o que reduziria sensivelmente os custos irrecuperáveis, uma vez excluídos os gastos com a contratação de advogados, praticamente extirpando os custos totais do processo, ressalvadas eventuais despesas não recuperáveis. Por conseguinte, há um nítido incentivo ao ajuizamento de demandas em detrimento da adoção de outras soluções, a exemplo dos métodos consensuais. Não se defende, porém, a supressão dessa benesse, pois garante o universal acesso à tutela jurisdicional aos menos favorecidos ao retirar o obstáculo representado pelas custas processuais. Não obstante, deve ser concedida aos que dela realmente precisam, evitando, assim, seu uso abusivo, cuja consequência é o acréscimo de mais um ingrediente à receita de congestionamento do sistema de justiça, dado o inevitável e expressivo incremento no volume de processos ajuizados. Amplia-se o problema da morosidade processual e, conseqüentemente, causam-se prejuízos às

que a ponderação subjetiva de custos e benefícios,³⁷ ou seja, quando a via jurisdicional acarretar mais custos do que benefícios, o agente racional deverá optar por outra solução, como a consensual ou mesmo a inércia. Consoante leciona Steven Shavell,³⁸ o ajuizamento será mais provável quanto menores forem seus custos, maior for a probabilidade de sucesso no julgamento e maior for o benefício do autor na hipótese de vitória.³⁹

Retoma-se a hipotética demanda de responsabilidade civil com acréscimo de novos dados: além dos já mencionados benefício pretendido de R\$ 100.000,00 (B) e expectativa de sucesso de 60% (PI), são introduzidos honorários contratuais na ordem de R\$ 15.000,00 e despesas extraprocessuais de R\$ 1.000,00 (Ca), custas e taxas iniciais de R\$ 2.000,00, custas e despesas processuais remanescentes de R\$ 500,00 e honorários sucumbenciais arbitrados em 10% sobre o valor da causa,⁴⁰ ou seja, R\$ 10.000,00 (Cl). Ilustrando a fórmula a partir dos dados do exemplo, tem-se:

mesmas pessoas que dependem da tutela jurisdicional. Isso pode explicar, em parte, as razões que levaram ao rápido congestionamento do sistema dos juizados especiais, na medida em que confere isenção das custas processuais (até a fase recursal) indiscriminadamente a todos os litigantes. Defende-se o efetivo acesso à justiça, não uma mera promessa irrealizável.

37. COOTER; ULEN, op. cit., p. 388. PORTO; GAROUPA, op. cit., p. 325-326.

38. SHAVELL, op. cit., p. 390.

39. Steven Shavell acrescenta, ainda, que é mais provável a opção pelo ajuizamento da demanda quanto menos avesso a risco for o autor e mais avesso for o réu. Conforme afirmado anteriormente, ajuizar uma demanda é uma atividade que implica certo grau de risco, uma vez que o resultado não é certo. Sendo assim, o agente avesso a risco tende a optar pela celebração de acordos, em vez de pela propositura de uma demanda quando comparado a um agente neutro ou propenso a risco (SHAVELL, op. cit., p. 406-407). No presente estudo, considera-se que os autores adotam uma postura de neutralidade ao risco.

40. O art. 85 do Código de Processo Civil estipula inúmeras regras para o arbitramento de honorários sucumbenciais. O parágrafo 2º do referido dispositivo legal estabelece a regra geral, segundo a qual os honorários devem ser fixados no limite mínimo de 10% e no máximo de 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido (ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa). Já o parágrafo 3º veicula outros parâmetros de arbitramento para as causas envolvendo a Fazenda Pública, cuja fixação dos honorários variará entre 1% a 20% sobre o valor da causa ou do proveito econômico obtido. Embora não ocorram em todos os processos, serão considerados no caso hipotético, apenas para fins de simplificação, honorários arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

$$\begin{aligned}
 &PI \times B - Ca - (1 - PI) \times Cl > 0 \\
 &0,6 \times 100.000 - (15.000 + 1.000) - 0,4 \times (2.000 + 500 + 10.000) > 0 \\
 &39.000 > 0
 \end{aligned}$$

Nesse caso, o valor esperado com a demanda é superior a zero e, portanto, um agente racional teria expectativa de ganho caso optasse pelo ajuizamento. Trata-se de demanda de valor esperado positivo. Já em outra situação, na qual o resultado for inferior a zero ($VE - Ct < 0$), o proveito esperado será negativo e o agente racional não ajuizará a demanda.⁴¹ Incluem-se entre aquelas de valor esperado negativo as chamadas demandas frívolas e as ações de aborrecimento.⁴²⁻⁴³

A escolha individual quanto ao ajuizamento da demanda pode ser graficamente representada por meio da árvore de decisão, modelo que visualmente identifica as alternativas do agente, bem como os resultados delas advindos, a partir de sua probabilidade de ocorrência.

A árvore de decisão é formada por ramos (ou galhos) e nós. As ramificações simbolizam os cursos de ação ou os “estados de mundo” (“estados de coisas”)⁴⁴ relativos às escolhas possíveis, enquanto os nós, que unem

41. Consoante leciona Steven Shavell, demandas de valor esperado negativo são assim chamadas porque os custos com o litígio superam os benefícios esperados pelos autores (SHAVELL, op. cit., p. 419-424).

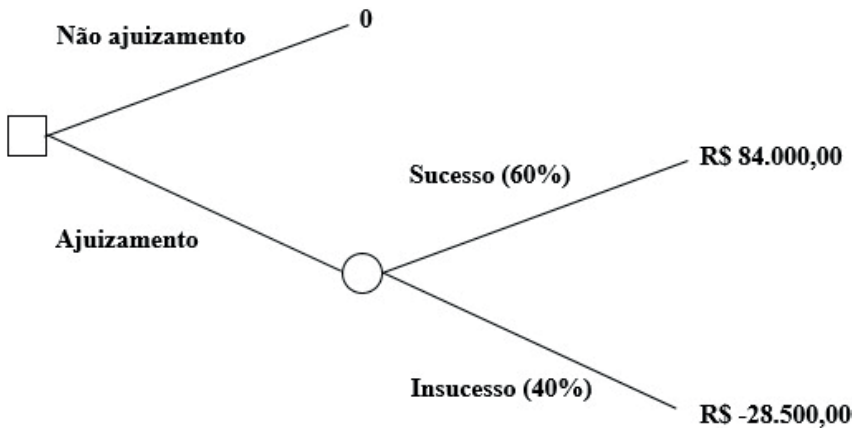
42. Segundo Luiz Fux e Bruno Bodart, não raro se observa no cotidiano o ajuizamento de ações com reduzidas chances de sucesso ou pouco valor pretendido. Os autores ressaltam, dentre as demandas de valor esperado negativo, as chamadas demandas frívolas (“*frivolous litigation*”) e as ações de aborrecimento (“*nuisance suits*”), voltadas à obtenção, por meio do litígio, de benefícios não provindos da qualidade do direito titularizado pelo autor. O ajuizamento dessas demandas aparenta contrariar a racionalidade dos agentes sob o ângulo da teoria econômica. Nesse âmbito, destacam-se dois modelos econômicos usualmente empregados para explicar a propositura de demandas de valor esperado negativo: o modelo do disfarce e o modelo da ação de aborrecimento, construídos a partir da regra americana de distribuição de despesas processuais (FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 87).

43. Nada impede que sejam propostas demandas com objetivos outros senão a obtenção de uma decisão favorável que resulte em um valor esperado positivo e no imediato incremento patrimonial do litigante, como no caso da ação voltada ao reconhecimento de paternidade, da ação de guarda, entre outras.

44. Correspondem, nos dizeres de Fernando Leal, a: “[...] informações sobre a realidade [...] em que as ações podem ser empreendidas”. (LEAL, Fernando. *Consequencialismo, racionalidade e decisão ju-*

os diversos ramos, são convencionalmente subdivididos em (i) círculos, representativos das probabilidades; (ii) quadrados, indicativos das decisões.⁴⁵ Segundo Fernando Leal,⁴⁶ “Ao final de cada nó, caso não haja novas decisões ou novos estados do mundo, indica-se o valor do efeito (*payoff*) associado a cada uma das alternativas decisórias ou dos estados do mundo”. No caso da decisão de litigar, o modelo permite, identificados os critérios subjetivos de valoração de preferências, antecipar qual será o provável comportamento do agente racional.

A árvore de decisão alimentada com os dados do caso hipotético de responsabilidade civil descrito anteriormente segue abaixo representada:



ridica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 91). De modo semelhante é a lição de Cristiano Carvalho: “Os estados de coisas são condições da realidade que afetam as escolhas do agente, escolhas essas que resultarão em alguma ação específica. No processo decisório, não são nem os atos efetuados pelo agente nem os resultados obtidos por eles, mas eventos relevantes para a escolha a ser feita. Por outro lado, atos realizados por outros constituem, do ponto de vista do agente, estados também. [...] estados de coisas compõem a realidade que restringe e influencia a tomada de decisão”. (CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 101-102)..

45. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6th. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 387)..

46. LEAL, op. cit., p. 99.

A partir da visão panorâmica proporcionada pelo modelo gráfico, conclui-se que o valor esperado (VE) com a decisão de litigar, formado pelo somatório dos *payoffs* multiplicados pelas respectivas taxas de probabilidade, corresponde aos mesmos R\$ 39.000,00.

Embora o modelo de árvore decisória revele com maior nitidez o curso de ação mais adequado ao autor no momento de deliberar sobre propor (ou não) a demanda, o desenho apresentado é uma simplificação da realidade processual, uma vez que deverão ser ainda introduzidas as possíveis decisões a serem tomadas pelo(s) outro(s) litigante(s), situação amplamente explorada pela teoria de jogos.⁴⁷

Apresentadas as linhas gerais do modelo de decisão racional de litigar, convém adaptá-lo às peculiaridades da atividade executiva desenvolvida pela Fazenda Pública, o que se fará na sequência.

4. O AJUIZAMENTO DE EXECUÇÕES FISCAIS SEGUNDO A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Um dos maiores litigantes da Justiça brasileira é o Poder Público, especialmente como demandante em executivos fiscais.⁴⁸ Conforme já exposto, ao final do ano de 2019, encontravam-se pendentes, na Justiça brasileira como um todo, mais de 77 milhões de processos e, entre eles, mais de 30

47. Optou-se por não desenvolver o tema das decisões interativas entre jogadores por escapar ao escopo do presente artigo, que se circunscreve aos fatores que orientam a escolha racional do autor ao propor (ou não) uma demanda.

48. Em pesquisa produzida pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que o setor público (federal, estadual e municipal) se situava em três dos quatro primeiros lugares entre os maiores litigantes do Judiciário brasileiro (acompanhado do setor bancário na segunda posição), no período compreendido entre 1º de janeiro de 2011 a 31 de outubro de 2011. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *100 maiores litigantes*, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 28 out. 2020. p. 8).

milhões de execuções fiscais, cuja taxa de congestionamento correspondia a aproximadamente 87%.⁴⁹

No presente item, pretendem-se encontrar respostas à seguinte indagação: quais ponderações racionais são empreendidas pelas Fazendas Públicas ao decidirem por inundar com novos executivos fiscais o Poder Judiciário, que já se encontra abarrotado de demandas de mesma natureza ainda não solucionadas?

Parte-se das conclusões construídas no item antecedente, segundo as quais a decisão a ser tomada pelo agente racional sobre dever ou não buscar guarida jurisdicional levará em consideração o valor esperado com a demanda em corte com os custos relacionados ao litígio. Como já demonstrado, justifica-se o ajuizamento desde que o valor esperado supere os custos suportados pela parte.

No caso das execuções fiscais, pode-se empreender semelhante raciocínio, com algumas (e necessárias) adaptações, já que o estado de coisas no qual se insere o processo decisório do agente fazendário é relativamente diverso, a exemplo da incidência de diploma legal específico (Lei nº 6.830/80) e da existência de corpo jurídico especializado e próprio do ente arrecadador (em regra, do ente político tributante).

Uma primeira consideração a ser feita remete ao objetivo precipuamente arrecadatório das execuções fiscais. Significa dizer que o critério de valoração das preferências fazendárias é a maior recuperação possível dos créditos tributários inadimplidos, visando abastecer os cofres públicos. Nesse sentido, a decisão fazendária será, em regra, pela alternativa que melhor atender ao objetivo de maximizar seu interesse, no caso, o de ampliação das receitas fiscais.

49. Chama a atenção a participação dos conselhos de fiscalização profissional no polo ativo das execuções fiscais. Segundo pesquisa desenvolvida pelo Ipea, no período pesquisado, a União surge como autora, direta ou indireta, em 59,2% do total de executivos fiscais então em trâmite perante a Justiça Federal, enquanto os conselhos de fiscalização figuram nessa posição em 36,4% dos casos. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicados do Ipea: custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf. Acesso em: 26 set. 2020. p. 4).

Em segundo lugar, o resultado esperado com a propositura de um executivo fiscal não será fruto de uma sentença de procedência, a reconhecer o direito postulado pelo autor. Constituído o crédito tributário por meio de lançamento ou de atividade desenvolvida pelo próprio contribuinte (a depender da espécie de exação),⁵⁰ tornado exigível pelo descumprimento, por parte do sujeito passivo, do dever de pagar o tributo, no prazo e nas condições disciplinadas no ordenamento jurídico e ultrapassado eventual iter processual administrativo, compete à autoridade administrativa inscrever o débito em dívida ativa. A inicial da execução fiscal é instrumentalizada pela certidão de dívida, título executivo extrajudicial, cujo teor contém os dados do crédito tributário, dotado de presunção relativa de certeza e liquidez.

Por conseguinte, o agente, ao ajuizar uma execução (de título extrajudicial ou judicial – mediante apresentação de pedido de cumprimento de sentença), busca a tutela jurisdicional na vertente caracterizada pelo emprego de instrumentos coercitivos para satisfação do direito, ao obrigar o executado a adimplir o débito em questão. Não há que se falar, pois, em estimativas quanto ao julgamento de procedência ou improcedência,⁵¹ mas em sucesso ou insucesso, efetividade ou não efetividade da execução (em satisfazer o direito do exequente). Logo, o valor esperado com a execução fiscal corresponde ao benefício pretendido (B) – o valor do crédito tributário – multiplicado pela probabilidade de satisfação do direito do credor (Pl).

Como já exposto, para que o agente racional ingresse com uma demanda, o valor esperado deverá ser superior aos custos totais com o processo, ou seja, $VE > Ct$ ou $Pl \times B > Ca + (1 - Pl) \times Cl$. Portanto, quanto menores os

50. Súmula 436 do Superior Tribunal de Justiça: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco”.

51. Há que se considerar hipóteses de extinção anormal da execução por força do reconhecimento, por exemplo, de alguma tese defensiva apresentada em embargos à execução ou à objeção de pré-executividade.

custos totais (Ct), menor precisará ser a probabilidade de sucesso (Pl) ou o benefício esperado (B) para que o ajuizamento racionalmente se justifique.

Em relação aos custos administrativos, isto é, aqueles indiretamente relacionados ao litígio, é mister tecer alguns comentários. Diferentemente da situação hipotética descrita no item anterior, o credor tributário não necessita, ao menos em regra, contratar os serviços jurídicos de um escritório de advocacia e pagar os honorários contratualmente estipulados. Como já mencionado, as Fazendas Públicas dispõem de corpos especializados compostos por procuradores, servidores públicos estatutários que percebem subsídios mensais. Portanto, não há relação direta entre o montante exigido por meio de uma execução fiscal e os valores remuneratórios pagos ao corpo de servidores dedicados a essa espécie de processo, tal como se daria (mas não necessariamente) em uma celebração de contrato de prestação de serviços advocatícios entre particulares.

Cumpra mencionar a posição de Erik Navarro Wolkart,⁵² segundo a qual os custos necessários à manutenção de procuradorias estruturadas, com corpos jurídico e administrativo compostos por funcionários públicos estáveis, não são considerados quando do ajuizamento da demanda, uma vez que os respectivos recursos estão previstos em lei e obedecem a princípios orçamentários. Por conseguinte, os dispêndios podem ser reputados como “*sunk costs*” por serem inevitáveis e irre recuperáveis. O custo marginal de um novo processo ajuizado é inexistente, uma vez que os custos com a estrutura administrativa já foram pagos.⁵³ Logo, o benefício

52. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 467-469.

53. Adota-se, no presente trabalho, o princípio oriundo da corrente econômica clássica, segundo o qual os custos já incorridos não afetam as decisões futuras, uma vez que o dinheiro já foi gasto e não será recuperado. Não se ignoram, porém, as descobertas da economia comportamental, as quais informam que esses gastos a fundo perdido importam para o agente decisor, o que se tornou conhecido como a falácia dos gastos a fundo perdido (“*sunk cost fallacy*”), e desconsiderá-los gera previsões incorretas. (SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach do Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1482-1483, maio

marginal quase sempre estará presente, independentemente de quão ínfima é a chance de vitória no litígio.

Os demais custos administrativos que antecedem o ajuizamento da ação se referem, em sua grande maioria, à formação do título executivo extrajudicial (CDA), que instrumentaliza a execução fiscal, e decorrem de atividade administrativa vinculada, tal como o lançamento tributário, a inscrição em dívida ativa e a expedição da respectiva certidão. Portanto, podem ser também considerados “*sunk costs*”, por serem inevitáveis e irrecuperáveis, já incorridos pelo Poder Público. Da mesma forma, as atividades de fiscalização e cobrança realizadas pelos agentes fiscais também são vinculadas e decorrem de lei, consoante dicção do art. 3º do Código Tributário Nacional, razão pela qual podem ser equiparadas para os mesmos fins.

Não apenas a exclusão dos custos administrativos impacta a decisão de promover a execução fiscal, mas algumas regras previstas no ordenamento jurídico ou construídas pela jurisprudência produzem semelhante efeito, as quais serão examinadas no próximo item.

5. ALGUNS INCENTIVOS À LITIGÂNCIA FISCAL

Apresentados os elementos que informam a decisão do agente fazendário ao propor uma execução fiscal, é o caso de adentrar na seara dos incentivos de ordem legal e jurisprudencial que estimulam a escolha racional pelo ingresso de novos processos.

Antes de tudo, cumpre rememorar um dos pilares da teoria econômica: as pessoas reagem a incentivos.⁵⁴ Sendo assim, ao buscarem maximizar suas

1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 8 nov. 2020. THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York/London: W. W. Norton & Company, 2015. p. 65).

54. MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014. p. 7.

preferências, os indivíduos poderão tomar decisões afetadas por incentivos introduzidos na seara jurídica.

Um potente catalisador à propositura de executivos fiscais reside no regime de custas processuais ao qual se sujeita a Fazenda Pública. Em relação aos processos em trâmite perante a Justiça Federal, a Lei nº 9.289/96, em seu artigo 4º, expressamente prevê a isenção do pagamento de custas em favor de todos os entes federados (não apenas da União Federal). A isenção retira da variável custos totais (Ct) parte dos custos processuais, mantendo-se nessa variável apenas os honorários sucumbenciais, reduzindo a pressão sobre o valor esperado (VE), para que o ajuizamento proporcione proveito ao exequente.

No tocante aos executivos fiscais de competência da Justiça Estadual, conquanto cada Estado possua competência para estipular regras próprias, o artigo 91 do Código de Processo Civil estabelece que as despesas à prática de atos processuais a pedido da Fazenda Pública (do Ministério Público ou da Defensoria Pública) serão, ao final, pagas pelo sucumbente. Em outras palavras, não é exigido da Fazenda Pública o pagamento das custas no momento do ajuizamento, tampouco a antecipação de valores para a prática de atos a cargo do Poder Judiciário no curso do processo, os quais serão devidos pelo perdedor ao final da contenda.⁵⁵

A postergação do pagamento das custas processuais opera como um claro estímulo ao ajuizamento de novos feitos, uma vez que, ao menos em parte dos processos, a Fazenda Pública não será obrigada a recolher os respectivos valores mesmo ao final da demanda, como no caso de extinção da execução pela satisfação de seu direito pelo executado.

O regime de custas processuais pode parcialmente explicar a proliferação de inúmeros executivos fiscais de valores inexpressivos, cuja justificativa econômica aparenta inexistir. Isso porque a isenção das custas processuais (ou a postergação de seu pagamento) modifica os fatores que

55. Ressalvadas as despesas com o transporte dos Oficiais de Justiça nas execuções fiscais processadas perante a Justiça Estadual, as quais deverão ser pagas antecipadamente pela Fazenda Pública, nos termos da súmula nº 190 do Superior Tribunal de Justiça.

compõem o comparativo entre custos e benefícios processuais. Admitindo-se, ainda, a exclusão dos custos administrativos a fundo perdido (“*sunk costs*”), a comparação se resume, de um lado, ao valor esperado do litígio (VE) e, de outro, aos custos do litígio compostos apenas por honorários sucumbenciais – no caso da esfera federal – ou por honorários sucumbenciais e custas judiciais postergadas – na esfera estadual.

A supressão quase integral dos custos (administrativos e judiciais)⁵⁶ parece justificar a decisão do agente racional em ajuizar executivos fiscais com baixas chances de sucesso e envolvendo reduzidos valores.

Um segundo grupo de incentivos à litigância tem como denominador comum a redução dos riscos do litígio em favor da parte exequente, ao não associarem o insucesso do credor em satisfazer seu direito à responsabilidade pela movimentação da máquina judiciária e, conseqüentemente, não imputarem a ele o pagamento das verbas sucumbenciais.

O primeiro deles encontra fundamento legal no artigo 26 da Lei nº 6.830/80, o qual prevê que a execução fiscal poderá ser extinta a pedido da exequente, em caso de cancelamento da inscrição em dívida ativa antes da sentença proferida em primeiro grau, sem qualquer ônus às partes.⁵⁷ Cuida-se de hipótese na qual a própria Fazenda Pública opta por extinguir administrativamente seu crédito e comunica a decisão ao juízo.⁵⁸

56. Ambas as situações atuam não apenas como incentivos ao ajuizamento de novas demandas, mas geram incremento na quantidade de requerimentos de diligências de incumbência do Poder Judiciário, como a expedição de cartas, mandados, ofícios ou consultas a sistemas conveniados visando à localização do devedor ou de seus bens.

57. Segundo pesquisa do Ipea, a hipótese de cancelamento da inscrição em dívida ativa representa a terceira maior causa de extinção das execuções fiscais federais, na proporção de 18,8% do total. Outra causa de significativa baixa dos executivos fiscais corresponde à remissão tributária (13%), a qual atrai a regra do artigo 26 do Código Tributário Nacional e, portanto, a isenção do pagamento das custas processuais. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicados do Ipea: custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf. Acesso em: 26 set. 2020. p. 7).

58. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado (súmula nº 153), cujo teor afasta a regra de isenção, condenando o exequente ao pagamento dos encargos de sucumbência, na hipótese de pedido de desistência formulado pelo Exequente após a oposição de embargos.

O mecanismo é manifesto: consiste em subtrair as consequências negativas advindas do ajuizamento de demandas reputadas indevidas ou infrutíferas *a posteriori* (a partir de um exame interno da procuradoria), estimulando, assim, a adoção de um filtro menos rigoroso na escolha de quais débitos serão submetidos à cobrança judicial.

Um dos maiores entraves das execuções fiscais e claro exemplo de como a máquina judicial é movimentada sem resultados práticos e sem ônus à Fazenda Pública é a situação na qual o devedor não é localizado e o processo é extinto sem resolução de mérito após pedido de desistência.⁵⁹ Isso porque, não ultrapassada a etapa inicial de citação e demonstrado pelo exequente o desinteresse no prosseguimento do feito, a sentença extintiva se lastreia no disposto no referido artigo 26, o qual afasta os ônus sucumbenciais, já que inexistente qualquer manifestação da parte executada. Portanto, o Poder Judiciário arca sozinho com os custos do processo, os quais poderiam ser evitados caso o exequente diligenciasse pela localização do sujeito passivo antes do ingresso em juízo.

Outro incentivo legal está contido no artigo 19, §1º, I, da Lei nº 10.522/02 (introduzido pela Lei nº 12.844/03), cuja redação afasta a condenação da União Federal ao pagamento de honorários sucumbenciais na hipótese de reconhecimento da procedência do pedido por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional após a oposição de embargos à execução fiscal ou

Há recentes decisões, porém, que afastam a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários de sucumbência nos casos de reconhecimento da procedência do pedido em sede de embargos e exceções de pré-executividade, cujo fundamento será na sequência examinado. Nesse sentido, veja-se: AgInt no REsp 1807187/RS. SEGUNDA TURMA. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 05/09/2019. DJe 16/09/2019. REsp 1826361/SC. SEGUNDA TURMA. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgado em 05/11/2019. DJe 18/11/2019.

59. Os resultados da pesquisa desenvolvida pelo Ipea, dedicada ao estudo dos executivos fiscais de competência da Justiça Federal, evidenciam a relevância da etapa da citação para o (in)sucesso da demanda. Segundo os dados coletados, apenas 3,6% dos executados compareceram voluntariamente em juízo. Em 56,8% dos processos, foi efetuada ao menos uma tentativa malsucedida de citação, enquanto em 36,3% dos casos não houve sequer uma citação válida. Computando os processos com citação por edital (9,9%), conclui-se que em 46,2% dos executivos fiscais federais o devedor não foi encontrado (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, op. cit., p. 5).

objeção de pré-executividade, nas matérias arroladas nos incisos do referido dispositivo legal.⁶⁰

Uma hipótese construída pelos Tribunais pátrios,⁶¹ fundada no princípio da causalidade, é a não atração da sucumbência à Fazenda Pública no caso de reconhecimento da prescrição intercorrente resultante da não localização de bens do executado. O executado, ao deixar de pagar o tributo devido, deu causa à inscrição do débito em dívida ativa e ao ajuizamento, a ele sendo imputados os ônus sucumbenciais. Trata-se de situação na qual, embora malfadada a cobrança do crédito em sede de execução fiscal, não se exige da Fazenda Pública o pagamento dos custos envolvidos com o litígio. Conquanto esses custos permaneçam devidos, no caso, pela parte executada, são dissociados do insucesso da cobrança judicial. A consolidada jurisprudência entende que age corretamente a Fazenda Pública ao promover a execução fiscal visando ao pagamento de seu crédito, o qual não é satisfeito em decorrência da falta de cooperação do devedor.

Nessas hipóteses, a não alocação dos custos processuais à credora, ou seja, os custos resultantes da extinção da execução sem a consecução do objetivo pretendido pela Fazenda Pública – a recuperação do crédito tributário inadimplido – pode ser traduzida pela introdução de uma variável redutora do risco de insucesso (SI), permanecendo inalterados os demais custos (Ca):

$$PI \times B > (1 - PI - SI) \times CI$$

Percebe-se que a comparação entre valor esperado e custos é alterada. Admitindo-se que os custos com a manutenção da estrutura da procu-

60. Nesses casos, o julgamento de procedência de objeções de pré-executividade e de embargos à execução não implica a condenação da exequente ao pagamento das verbas sucumbenciais.

61. AgInt no AREsp 1532496/SP. SEGUNDA TURMA. Rel. Ministro OG FERNANDES. Julgado em 18/02/2020. DJe 27/02/2020. REsp 1768530/SP. PRIMEIRA TURMA. Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA. Julgado em 02/06/2020. DJe 29/06/2020.

radoria fazendária e a formação do título executivo extrajudicial são inevitáveis e previamente computados (“*sunk costs*”), a variável *Ca* foi retirada. Conclui-se que mesmo a cobrança de créditos cujos valores sejam reduzidos ou de baixa probabilidade de recuperação se torna economicamente viável à Fazenda Pública, uma vez comparados a custos ínfimos (ou quase inexistentes).

Portanto, acrescida às alternativas possíveis no momento do ajuizamento a hipótese de insucesso da demanda (já que os créditos não serão recuperados) sem ônus sucumbenciais, reduz-se a percepção de risco (da parte exequente) relativa ao ajuizamento de uma nova demanda executiva, já que o autor passa a considerar não apenas as possibilidades de sucesso/insucesso, mas também de insucesso com prejuízos mitigados.

Trata-se de claro incentivo à litigância fiscal, uma vez que resulta na adoção de filtros menos rigorosos na seleção dos créditos que devam ser cobrados pela via jurisdicional. Explica-se: quanto menores os riscos de a Fazenda Pública arcar com os prejuízos resultantes de demandas executivas malsucedidas, mais créditos tributários serão exigidos judicialmente, mesmo aqueles com improváveis chances de sucesso. Dívidas tributárias contraídas por devedores que sequer foram localizados antes do ajuizamento ou que, localizados, não possuam qualquer patrimônio, são mais suscetíveis de serem cobradas por meio de execuções fiscais se o insucesso não resultar em prejuízos à exequente.

Por conseguinte, o regime de exclusão da responsabilidade do exequente quanto aos ônus sucumbenciais (em determinadas hipóteses de insucesso), somado às regras de isenção ou de postergação do pagamento de custas processuais, pode explicar, ao menos em parte, os números elevados de execuções fiscais anualmente ajuizadas. Como já visto, a decisão pela via judicial pressupõe a comparação entre o que se espera recuperar e os custos envolvidos. Tomando-se o exemplo das execuções fiscais federais, cujos custos se resumem a eventuais honorários advocatícios, os quais, por sua vez, são apenas uma fração do crédito exigido – a ser ainda ponderado

pela expectativa de insucesso (e desde que implique atribuição de responsabilidade pelos ônus sucumbenciais), as razões que conduzem à excessiva litigância fiscal ficam mais claras.

Sustenta-se que deveria ser introduzida uma espécie de seleção entre os créditos tributários com maior probabilidade de recuperação, uma vez que as dificuldades de localização do devedor e de seus bens são as responsáveis pelo maior número de execuções fiscais inexitas, além de implicarem maior tempo de tramitação dos feitos e, por conseguinte, incremento dos custos suportados pela própria Administração Pública.⁶²⁻⁶³

Conquanto irretocável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nas situações de extinção da execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente ante a não localização de bens do devedor, já que a conduta do contribuinte se encontrava em desconformidade aos ditames legais e, inegavelmente, causou a movimentação das engrenagens da cobrança fiscal,⁶⁴ pondera-se: será que há imprescindibilidade no ajuizamento da execução fiscal? Existem outros métodos menos onerosos de cobrança do débito?

Antes de ingressar diretamente nessas questões, é preciso trazer outro elemento até então desconsiderado: os custos suportados pelo próprio Poder Judiciário. O esforço empreendido até o presente momento em identificar os fatores que influenciam a decisão do agente racional em litigar não dão conta da inteireza da realidade. Como se demonstrará a seguir,

62. A ausência de critérios rigorosos de seleção provoca maior consumo de tempo e de recursos públicos, tendo em vista os esforços dedicados à cobrança de créditos tributários com reduzida probabilidade de recuperação, concentrados em diligências visando à localização dos devedores e de seus bens.

63. A Lei nº 10.522/02, no art. 20-C (incluído pela Lei nº 13.606/18), prevê que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá condicionar a propositura de execuções fiscais à verificação da presença de indícios de bens, direitos ou atividade econômica de devedores ou corresponsáveis, desde que se revelem úteis à satisfação integral ou parcial dos débitos executados.

64. Propõe-se a analisar a posição jurisprudencial tão somente quanto a seus possíveis efeitos na tomada de decisão pelo agente racional, sem ingressar na esfera jurídica.

inseridos os custos jurisdicionais, o ajuizamento de inúmeras execuções fiscais deixaria de se justificar racionalmente, sejam aquelas de pequena monta, sejam as de valores medianos.

6. OS CUSTOS DA EXECUÇÃO FISCAL SUPORTADOS PELO PODER JUDICIÁRIO

A atividade jurisdicional é inegavelmente subsidiada por recursos públicos. Os valores pagos pelos litigantes a título de custas e despesas processuais não são suficientes para fazer frente às despesas para manter a estrutura judiciária, como as relativas a remuneração de magistrados, servidores e estagiários; locação de Fóruns e Tribunais; contas de água e energia elétrica; dentre outras. Os recursos para custear os milhões de processos atualmente em curso na Justiça brasileira provêm, em boa parte, do dinheiro oriundo de toda a sociedade, vertido na forma de tributos.⁶⁵⁻⁶⁶

65. Corroborar-se com as lições de Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa: “O processo judicial, sob a perspectiva dos custos sociais, é dispendioso. Para além das custas e dos emolumentos recolhidos pelas partes em uma ação judicial, o Poder Judiciário é custeado e mantido por toda a sociedade, que paga impostos para, por exemplo, prover os salários dos magistrados. Simplificadamente, os custos sociais inerentes ao processo judicial são de duas ordens: os de administração e os de erro”. (PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 316). O presente artigo concentra-se nos “custos de administração das regras processuais (*administrative costs*)”, relativos a pagamento de salários, manutenção da estrutura física da Justiça, equipamentos de informática, internet, papel, entre outros. Segundo Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, os “custos de erro” correspondem aos suportados pela sociedade na hipótese de cometimento de equívocos na aplicação do direito pelos julgadores no curso de um processo (Ibidem. p. 316-317). Essa segunda espécie de custos, que gera insegurança jurídica e incentiva a propositura de novas demandas, não será tratada no presente estudo.

66. Apenas para fins ilustrativos, a despesa do Poder Judiciário no ano de 2019 foi de mais de 100,15 bilhões de reais, tendo sido arrecadado com o recolhimento de custas (e assemelhados) pouco mais de 13 bilhões. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020. p. 77).

A maximização das preferências fazendárias consiste no pagamento de tributos, os quais, em última análise, significam dinheiro. Porém, a cada processo ajuizado, o Estado, para viabilizar a prestação jurisdicional, compromete parte do orçamento do Poder Judiciário, cujo valor não é ressarcido pelas partes por meio das custas processuais.⁶⁷ Portanto, aloca-se e gasta-se dinheiro (recursos) do Poder Judiciário para que o Poder Executivo recupere dinheiro (créditos tributários). Em outros termos, enquanto os benefícios com o ajuizamento são internalizados pela Fazenda Pública, as externalidades negativas são suportadas pelo Poder Judiciário e, em última análise, são suportadas pelos contribuintes.

O Poder Público, ao mesmo tempo que envia recursos para recuperar coercitivamente créditos inadimplidos, despende recursos na manutenção do próprio Poder Judiciário. Surge uma imagem ao menos inusitada: ao ajuizar executivos fiscais, o Estado (figurativamente) retira dinheiro de um bolso para colocá-lo (integral ou parcialmente) no outro.⁶⁸

Admitindo-se que os recursos necessários para fazer frente às despesas com a atividade jurisdicional provêm dos mesmos cofres públicos para os quais a Fazenda Pública pretende destinar os valores recuperados via execução fiscal, a decisão acerca da propositura da demanda deve pressupor o cotejo não apenas entre valor esperado e custos processuais (excluídos os custos administrativos), mas entre valor esperado

67. Não se ignora que a atividade de cobrança por meio de executivos fiscais no ano de 2019, evidenciada pelos dados coligidos pelo relatório *Justiça em números*, de 2020, resultou na recuperação de 47,9 bilhões de reais (dos quais, 31,9 bilhões oriundos da Justiça Federal e 15,8 bilhões da Justiça Estadual). (BRASIL, op. cit., p. 77-78). Não obstante, esses dados não infirmam a constatação de que se emprega parte do orçamento do Poder Judiciário para que essa receita ingresse nos cofres públicos. Além disso, presume-se que parte dos recursos recuperados não se destina ao Erário, mas a conselhos de fiscalização de profissionais, autores de parcela considerável dos executivos fiscais.

68. Considerando que a Fazenda Pública integra o mesmo ente político da esfera do Judiciário em questão, o que não ocorre, por exemplo, em executivos fiscais promovidos por municípios na Justiça Estadual.

e custos totais do litígio,⁶⁹ neles incluídos os relativos à movimentação da máquina judiciária.⁷⁰

A fórmula do custo total da demanda passará a ser composta pela soma dos custos processuais (Cl) e jurisdicionais (Cj):

$$C_t = C_j + (1 - Pl - Sl) \times Cl$$

Sendo assim, a decisão pelo ajuizamento de uma nova execução fiscal ocorrerá quando o valor esperado (VE) for superior aos custos totais, correspondentes aos custos processuais e jurisdicionais:

$$VE > C_t \text{ ou } Pl \times B > C_j + (1 - Pl - Sl) \times Cl$$

69. A rigor, é preciso pontuar que os custos totais relacionados ao processo compreendem não apenas os exigidos da parte autora e os suportados pelo Estado, mas incluem os custos arcados pela parte adversa, como tempo gasto com o litígio e com os honorários contratuais. Nesse sentido, uma decisão racional pelo ajuizamento de uma demanda pode ser benéfica ao autor, mas indesejável socialmente. Consoante apontam Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, o autor, ao decidir se ajuíza ou não a demanda, suportará apenas os próprios custos com o litígio: “Apesar do pagamento da taxa judiciária e de custas judiciais, não suportará integralmente os custos do Estado (por exemplo, o pagamento dos salários dos juízes e a manutenção da estrutura do Judiciário) nem os da parte adversa (tempo despendido com o processo e honorários contratuais). É possível, então, que, do ponto de vista social, o ajuizamento de determinada ação mostre-se descabido, ainda que, para o autor, o ajuizamento pareça benéfico e, portanto, consista em uma decisão racional. (PORTO; GAROUPA, op. cit., p. 321-322). Disso resulta a divergência fundamental entre o nível privado e o socialmente desejável de litigância, oriundo do desalinhamento entre incentivos privados e sociais, já que o agente não considera os custos que sua opção por litigar acarreta nas despesas incorridas por terceiros (externalidade negativa). Esse desalinhamento decorre, ainda, da disparidade entre os benefícios privados e sociais resultantes do processo (externalidade positiva), desdobramento que escapa do objeto do presente artigo. (SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 391. SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. XXVI, p. 577-579, jun. 1997. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/26_J_Legal_Stud_575.pdf. Acesso em: 21 set. 2020).

70. Nesse aspecto, a conduta da Fazenda Pública deve diferir do particular que ingressa com um novo feito no Poder Judiciário, uma vez que os custos jurisdicionais devem ser considerados ao ajuizar a demanda.

Incluídos os custos jurisdicionais na decisão de propor (ou não) uma nova execução fiscal, a escolha racional pelo ajuizamento só se justificaria quando o valor esperado (estimativa de êxito multiplicada pelo montante do crédito tributário inadimplido) superasse não apenas os custos processuais, mas também os jurisdicionais.⁷¹ Do mesmo modo, efetuado o cálculo do valor esperado, sendo esse inferior aos custos totais, a decisão deveria ser pelo não ajuizamento da demanda (e pela desistência daquelas já propostas).⁷²

A execução fiscal, embora aparente em primeiro momento ser vantajosa à Fazenda Pública, computados os custos totais do litígio, pode se demonstrar socialmente indesejada. A cobrança do crédito tributário, pois, deve incluir todos os custos suportados pelo Estado, isto é, as despesas incorridas pelos Poderes Executivo e Judiciário, uma vez que desconsiderar parte delas pode resultar em efetivos prejuízos ao Erário. Revelar-se-ia a ruidosa contradição, qual seja, de uma ação que se pretende arrecadatória, mas que já nasce fadada a gerar prejuízos.

Essa mudança de perspectiva aliviaria a excessiva litigância fiscal (presume-se que, em parte, já foi aliviada pela adoção dessa racionalidade por algumas Administrações Tributárias, a exemplo da Fazenda Nacional), uma vez que, sendo os custos privados (leia-se fazendários) inevitavelmen-

71. Segundo a referida pesquisa elaborada pelo Ipea, o custo unitário médio total de uma execução fiscal promovida pela Procuradoria da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal no período pesquisado (novembro de 2009 a fevereiro de 2011) era de R\$ 5.606,67, considerado o tempo médio total de tramitação de 9 anos, 9 meses e 16 dias e a probabilidade de recuperação integral do crédito na ordem de 25,8%. Por conseguinte, ponderados o custo total da ação e a probabilidade de sucesso na recuperação do crédito, concluiu-se que o valor esperado da demanda a justificar economicamente o ajuizamento correspondia a R\$ 21.731,45. Isso significa que as execuções fiscais relativas a créditos inferiores a esse ponto de equilíbrio dificilmente obteriam êxito em recuperar valores iguais ou que superassem os custos totais. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicados do Ipea*: custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf. Acesso em: 26 set. 2020. p. 14).

72. Ressalvados os executivos fiscais pendentes de julgamento, cuja citação pessoal do executado tenha sido bem-sucedida ou cujos bens tenham sido localizados, tendo em vista que, ultrapassada a etapa da citação, é maior a probabilidade de pagamento da dívida pelo executado, não justificando o pedido de desistência. (Ibidem. p. 14).

te inferiores aos custos totais do litígio, neles compreendidos os custos privados acrescidos dos sociais (leia-se: jurisdicionais), há uma tendência de uso excessivo dos serviços públicos adjudicatórios. Como já afirmado, o autor, ao propor uma demanda, sopesa apenas custos e benefícios privados do litígio, deixando de lado os custos sociais que um novo processo representa. Não considera, ainda, o efeito deletério que cada nova demanda provoca no Judiciário, qual seja, o aumento de tempo para que outras ações sejam julgadas. Uma nova ação, tal como uma execução fiscal, internaliza ao litigante os benefícios privados e externaliza o congestionamento aos demais.⁷³

Além disso, os inúmeros executivos fiscais que povoam o Poder Judiciário, cujos valores pretendidos são manifestamente irrisórios, passariam a ser observados com outras lentes. Isso porque, se, antes, essas demandas aparentemente se justificavam diante dos reduzidos custos fazendários e da baixa perspectiva de responsabilidade pelos ônus sucumbenciais, com a inclusão dos custos jurisdicionais à inequação, esses mesmos processos se tornam execuções fiscais de valor esperado negativo, cujo ajuizamento gera prejuízos ao Estado (e à toda a sociedade na forma de desperdício de recursos públicos e congestionamento processual).

Sugere-se ainda que, no momento de decidir pela promoção ou não da execução fiscal, caso o valor esperado se mostre inferior aos custos totais (somados os custos jurisdicionais), a Fazenda Pública deveria se valer de meios alternativos mais econômicos (e eficientes) de cobrança, a exemplo do protesto de certidão de dívida ativa, objeto do próximo tópico.⁷⁴

73. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 186, set./dez. 2014.

74. Opta-se por examinar apenas o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa dentre os métodos atípicos de recuperação do crédito tributário, aos quais foi recentemente incluída a transação tributária, veiculada pela Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020.

7. O PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE COBRANÇA DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

O protesto da certidão de dívida ativa corresponde a instrumento extrajudicial de cobrança que estimula o adimplemento do débito pelo próprio devedor, ao tornar pública a obrigação descumprida. Incentiva-se o pagamento na medida em que, ao atribuir publicidade às dívidas fiscais, fomenta-se o receio (abstrato ou concreto) por parte do devedor de que a exposição lhe cause prejuízos ou crie obstáculos ao exercício de sua atividade econômica.

A constitucionalidade desse método atípico de cobrança foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁵ e, por conseguinte, consolidou-se o protesto como ferramenta válida para promover a arrecadação tributária.⁷⁶ Sendo assim, soma-se às alternativas viáveis para a exigência do crédito tributário mais um curso de ação à disposição do credor fiscal. Em outras palavras, o modelo proposto no presente artigo passa a ser composto pelos seguintes cursos de ação: ajuizamento do executivo fiscal, protesto da certidão de dívida ativa ou inércia.

A definição por parte do agente racional dentre as referidas alternativas exige, em primeiro lugar, estimar os custos e os benefícios do protesto para, então, compará-los com aqueles concernentes à execução fiscal.

75. O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.135, afastou as alegações de vício formal e material suscitadas em face do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/97, introduzido pela Lei nº 12.767/12, que incluiu as certidões de dívida ativa no rol dos títulos sujeitos a protesto (ADI 5135/DF. Tribunal Pleno. Rel. Ministro ROBERTO BARROSO. Julgado em 09/11/16. Publicado em 07/02/18).

76. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.686.659/SP, em sede de recurso repetitivo, atestou a compatibilidade do protesto da certidão de dívida ativa com outros diplomas legais, admitindo seu emprego como meio alternativo para buscar a satisfação da pretensão creditória fazendária, cuja avaliação acerca de utilidade ou necessidade fica a critério da Administração Pública (REsp 1686659/SP. PRIMEIRA SEÇÃO. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgado em 28/11/2018. DJe 11/03/2019).

Procedendo de forma semelhante ao já exposto, para que o agente racional opte pelo protesto da CDA, o valor esperado com esse instrumento extrajudicial (VP) – resultante da multiplicação da probabilidade de sucesso (Pp) pelo benefício esperado (B) – deverá ser superior aos respectivos custos (T), ou seja, $VP > T$. Em um primeiro momento, pode-se dizer que esses custos compreendem os emolumentos (e demais despesas, como o envio de correspondência de intimação) devidos ao tabelionato de protesto de títulos (Tp) e os custos correspondentes aos atos administrativos que antecedem a prática do protesto (Ta), como os incorridos na constituição do crédito tributário e da subsequente inscrição em dívida ativa.

Ocorre que a Fazenda Pública está desobrigada, ao solicitar o registro do protesto da CDA, a depositar os valores devidos ao tabelionato e as demais despesas conexas, os quais deverão ser pagos pelo devedor cujo nome conste na certidão apenas no momento do adimplemento ou do cancelamento do protesto. Ainda, de modo assemelhado à exclusão da responsabilidade da Fazenda Pública pelos ônus sucumbenciais na hipótese disciplinada pelo art. 26 da Lei nº 6.830/80, não serão exigidos emolumentos (e demais despesas) no caso de retirada das CDA encaminhadas indevidamente ou por inconsistência de arquivos ao protesto.

Uma observação deve ser feita em relação aos custos administrativos. Os recursos necessários à prática dos atos antecedentes e indispensáveis à cobrança, como os relativos à constituição do crédito tributário e à inscrição em dívida ativa e a emissão da respectiva certidão (CDA), são os mesmos, seja na alternativa típica (judicial), seja na atípica (extrajudicial). Já no que atine aos recursos com a manutenção da estrutura administrativa fazendária, esses são sensivelmente mais elevados na hipótese de ajuizamento de um processo, dado o elevado tempo de duração do litígio a exigir a prática de uma quantidade considerável de atos processuais pelo corpo de procuradores fazendários, além do acompanhamento enquanto perdurar o processo. Não obstante, são reputados custos irrecuperáveis e, portanto, não integram o cálculo a ser empreendido pela Administração Pública.

A adoção da via extrajudicial será adequada a realizar os interesses fazendários quando o valor esperado superar os custos envolvidos. Porém, retiradas as despesas concernentes ao protesto da CDA, bem como os custos administrativos, qualquer valor esperado pelo credor será suficiente para justificar a opção pela via extrajudicial. Isso porque: $VP > T$, logo $VP > 0$.

Chega-se ao ponto central do presente tópico: qual método de cobrança será mais vantajoso à Fazenda Pública, o judicial ou o extrajudicial? A resposta a essa indagação é agora manifesta.

O benefício (B) em ambas as vias é o mesmo, por corresponder ao crédito tributário inadimplido. A decisão entre qual alternativa é mais adequada à Fazenda Pública surgirá, em tese, da análise de dois fatores: o peso representado pelos custos e as expectativas de sucesso de ambas as hipóteses. Quanto à probabilidade de sucesso na recuperação do valor devido, isto é, P_p para o protesto e P_l para a execução fiscal, a balança pende mais favoravelmente para o lado extrajudicial.⁷⁷

Pelo ângulo dos custos esperados, conforme já assinalado, as despesas administrativas, sejam aquelas atinentes à manutenção do corpo de servidores públicos, sejam as voltadas para a realização de atividades de fiscalização e lançamento tributários, são excluídas em ambas as hipóteses, por serem reputadas a fundo perdido.

O regime de custas processuais, por sua vez, serve como poderoso incentivo ao ajuizamento de novas demandas, uma vez que praticamente inexistem despesas processuais no caso das execuções fiscais federais (ressalvados eventuais honorários advocatícios) ou são postergadas nas estaduais e municipais (e ponderadas pela estimativa de insucesso, da qual se subtrai

77. O índice de recuperação de créditos da Procuradoria da Fazenda Nacional por meio do protesto extrajudicial, de março de 2013 a outubro de 2015, atingiu 19%, enquanto o resultado alcançado por intermédio da execução fiscal, no mesmo período, foi de apenas 1%. (BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Protesto de CDA possui taxa de recuperação de 19%. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2016/protesto-de-cdas-possui-taxa-de-recuperacao-de-19>. Acesso em: 6 nov. 2020).

a taxa de exclusão da responsabilidade pelos ônus sucumbenciais). A introdução dos custos jurisdicionais, porém, tem o condão de inverter essa tendência de litigância exacerbada, na medida em que o ajuizamento será vantajoso desde que o valor esperado pelo exequente supere não apenas os diminutos custos processuais diretamente incorridos pela Fazenda Pública, mas também os suportados pelo Poder Judiciário.

Considerando que da Fazenda Pública não é exigido o depósito dos emolumentos (e das demais despesas) à realização do protesto do título executivo extrajudicial, esse curso de ação será inegavelmente mais atrativo se comparado à via judicial, mesmo se retirados da inequação os custos jurisdicionais. Não é despendendo reforçar que quaisquer custos, mesmo reduzidos, serão sempre superiores a zero.

Portanto, sendo idêntico o benefício esperado em ambas as modalidades de cobrança do crédito inadimplido, os fatores que informam a decisão do agente racional residem na expectativa de sucesso e nos custos implicados. Do lado da via processual, há custos processuais e jurisdicionais e baixa estimativa de êxito, enquanto, na extrajudicial, inexistem essas despesas e a probabilidade de sucesso é sensivelmente superior. Dessume-se, pois, que a via adequada a maximizar os interesses arrecadatórios será a do protesto extrajudicial, fato já reconhecido por inúmeras administrações fazendárias.⁷⁸

Não obstante, a via executiva permanece como curso de ação adequado quando, persistindo o débito após o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa, for necessário o emprego de instrumentos coercitivos por intermédio do Poder Judiciário para recuperação do valor correspondente.

78. Essa é a solução adotada pela Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, por meio da Resolução PGE nº 043, de 27 de fevereiro de 2020, a qual definiu que a Coordenadoria de Assuntos Fiscais poderá encaminhar para protesto extrajudicial as certidões de dívida ativa cujos valores sejam iguais ou inferiores a 50 mil reais (créditos tributários) e 75 mil reais (créditos não tributários). A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional retirou o limite então adotado de 50 mil reais, passando a não estabelecer valores mínimos para encaminhamento das certidões de dívida ativa para protesto extrajudicial por falta de pagamento (art. 1º da Portaria PGFN nº 429, de 04 de junho de 2014, com redação alterada pela Portaria PGFN nº 693, de 30 de setembro de 2015).

Sugere-se, como forma de concretizar as constatações demonstradas, a divulgação (e constante atualização), a cargo do Poder Judiciário, de tabelas compostas pelos valores correspondentes aos custos jurisdicionais mínimos de cada execução fiscal. Por conseguinte, serviriam como um farol para a propositura de novos executivos fiscais e à manutenção dos preexistentes.

Nesse sentido, ajuizada execução fiscal cujo crédito inadimplido se situe abaixo do patamar mínimo dos custos jurisdicionais (não se consideram os demais custos, calculados pelo próprio autor, tampouco a estimativa de sucesso – a ser multiplicada pelo benefício pretendido –, por decorrer de crença do litigante), ao magistrado seria facultado intimar o exequente para que comprovasse que, anteriormente à propositura, se valeu de método extrajudicial de cobrança, a exemplo do protesto da certidão de dívida ativa. Apenas se demonstrado pela Fazenda Pública o insucesso do método atípico de cobrança (transcorrido tempo razoável para que o devedor efetue o pagamento correspondente, por exemplo, 180 dias), a inicial seria recebida e a execução seguiria seu regular trâmite, evitando, assim, que os recursos suportados pelo Poder Público com o litígio superassem o montante que se pretenda recuperar.

No caso de demanda judicial já em curso, cujo valor esperado também se encontre abaixo dos custos jurisdicionais, solução semelhante é recomendada. Caberia ao magistrado suspender seu curso e intimar a Fazenda Pública a exigir extrajudicialmente seu pagamento, retomando o curso da demanda se malsucedido o protesto do título executivo extrajudicial (superado prazo razoável, v. g., 180 dias).⁷⁹

Essas soluções poderiam se provar úteis no caso de execuções fiscais promovidas por Municípios, já que os gastos suportados pelo Poder Judi-

79. O Supremo Tribunal Federal veda a extinção de ofício de executivos fiscais de valor diminuto, afastando a tese de falta de interesse econômico na hipótese de inexistência de lei do respectivo ente tributante nesse sentido (RE 591033/SP. Tribunal Pleno. Rel. Ministra ELLEN GRACIE. Julgado em 17/11/2010. Publicado em 25/02/2011).

ciário não impactam, ao menos diretamente, os orçamentos municipais, de modo que os custos jurisdicionais podem não ser um fator a demover *a priori* a propositura de demandas de valores esperados ínfimos.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu averiguar como se opera a decisão racional fazendária de ajuizar uma execução fiscal, em um contexto de excesso de demandas não exitosas pendentes na Justiça brasileira. Buscou-se primeiramente demonstrar como o agente racional delibera ao optar pelo exercício de seu direito de ação, adaptando o modelo para as peculiaridades inerentes à execução fiscal.

Sustentou-se que a decisão pela propositura de um executivo fiscal é estimulada por uma série de incentivos presentes no sistema jurídico pátrio, cuja ponderação entre custos e benefícios aparentemente não considera, em certos casos, os reais custos envolvidos com o litígio.

Concluiu-se que o agente racional deve ajuizar uma nova execução fiscal desde que o valor esperado – oriundo da multiplicação do crédito tributário inadimplido pela estimativa de sucesso – exceda os custos totais do processo (excluídos os irrecuperáveis arcados pela parte executada) – formados pelo somatório dos custos jurisdicionais e processuais (resultantes da multiplicação das despesas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais pela estimativa subjetiva de insucesso subtraída a porcentagem equivalente à probabilidade de insucesso sem sucumbência). Sendo assim, em determinadas situações, a análise de custos e benefícios esperados poderá revelar que o ajuizamento redundará em prejuízos ao Erário, em que pese esse curso de ação aparente ser propício a recuperar o crédito inadimplido isoladamente considerado.

O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa surge como uma alternativa viável à cobrança dos créditos tributários. Ponderados os custos e os

benefícios entre os métodos judicial e extrajudicial, verificou-se que o segundo possui aptidão superior a maximizar as preferências fazendárias, na medida em que inexistem custos implicados. Conforme demonstrado, as despesas administrativas em ambas as hipóteses serão incorridas de qualquer forma e são irre recuperáveis, razão pela qual são desconsideradas. Ainda, não são exigidos emolumentos e demais custas da Fazenda Pública ao apresentar o título ao protesto, o que retira a totalidade dos custos da modalidade extraprocessual.

Por conseguinte, a adoção do protesto extrajudicial do título executivo, além de se mostrar mais vantajosa economicamente ao credor tributário, gera menores externalidade negativas, ao reduzir os custos suportados pelo Poder Judiciário (leia-se: Estado brasileiro) e abrandar o problema do uso excessivo desse recurso comum, diminuindo a morosidade e o congestionamento que afligem o sistema de Justiça.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em números*, 2020. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V-3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *100 maiores litigantes*, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Protesto de CDA possui taxa de recuperação de 19%. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2016/protesto-de-cdas-possui-taxa-de-recuperacao-de-19>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 6th. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. . A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). *Comunicados do Ipea*: custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf. Acesso em: 26 set. 2020.
- LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). *Direito e Economia*: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 85-113.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.
- PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- _____. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. XXVI, p. 575-612, jun. 1997. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/26_J_Legal_Stud_575.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.
- SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach do Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, maio 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 8 nov. 2020.
- THALER, Richard H. *Misbehaving*: the making of behavioral economics. New York/London: W. W. Norton & Company, 2015.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

Sobre os coordenadores

Armando Castelar Pinheiro | Professor da FGV Direito Rio e do Instituto de Economia da UFRJ e pesquisador associado do Instituto Brasileiro de Economia (FGV Ibre). Trabalhou como analista da Gávea Investimento, como pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e como 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), além de 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 Econo-

mia (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 CPDE. Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Sobre os autores

Anderson Ricardo Fogaça | Mestre do Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Internacional (PPGD-UNINTER). Professor da Escola da Magistratura do Paraná licenciado (EMAP) e juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Bruna Greggio | Bacharel em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Juíza de Direito Substituta do TJPR.

Franciele Cit | Bacharel em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Público e Prática Jurídica pela Furb e em Ciências Penais pela Uniderp. Juíza de Direito Substituta do TJPR.

Genevieve Paim Paganella | Juíza de Direito do Estado do Paraná e mestranda pela Universidade Federal do Paraná.

Guilherme Frederico Hernandez Denz | Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR. Especialista em Direito Processual Civil e

Direito Civil. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná.

Henrique Kurscheidt | Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

José Laurindo de Souza Netto | Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Professor do curso de Mestrado em Direito da Universidade Paranaense (Unipar), *campus* Umuarama.

Luciana Gonçalves Nunes | Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais e especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera. Juíza substituta, na 33ª Seção Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com sede em Irati/PR.

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Professora titular de Direito Societário (PUC/PR) para graduação, mestrado e doutorado. Professora associada de Direito Empresarial (UFPR) para graduação, mestrado e doutorado. Pós-graduação pela FGVs, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne. Advogada.

Mário Helton Jorge | Mestre em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná e ex-professor da Escola da Magistratura do Paraná e do Centro Universitário Unicuritiba.

Rafhael Wasserman | Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica
Warnoock Pro, no ano de 2021.

“Com o advento de recentes acréscimos na LINDB, o raciocínio judicial segue com a necessária visão consequentialista na aplicação da norma, isto é, mediante consideração dos efeitos práticos de natureza jurídica, econômica, política e social quando da tomada da decisão judicial. Para que se tenha inovação tecnológica, é necessária segurança jurídica.

Juízos hipotéticos, principialistas, não eliminam juízos consequentialistas e vice-versa, de modo que a prolação de decisão judicial revela-se um ato intelectual complexificado, sobretudo quando estão em voga direitos patrimoniais das pessoas naturais e jurídicas de direito privado e público.”

Desembargador Clayton Maranhão