

ORGANIZAÇÃO

Antônio Maristrello Porto
Luiz Felipe Monteiro Seixas

Perspectivas
da Análise
Econômica do
Direito no Brasil

 FGV DIREITO RIO

Perspectivas
da Análise
Econômica do
Direito no Brasil

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/diretorio

ORGANIZAÇÃO

Antônio Maristrello Porto
Luiz Felipe Monteiro Seixas

Perspectivas
da Análise
Econômica do
Direito no Brasil

 **FGV DIREITO RIO**

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 abril de 2022
Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

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

Coordenação: Ludmilla Totinick, Sérgio França e
Nathasha Chrysthie Martins

Capa: Aline Martins – Sem Serifa

Diagramação: Aline Martins – Sem Serifa

1ª revisão: Shirley Lima

Dados internacionais de Catalogação na Publicação
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Perspectivas da análise econômica do direito no Brasil / Antônio Maristrello Porto,
Luiz Felipe Monteiro Seixas (orgs.) - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.
432 p.

Em colaboração com: Aline Zaed de Amorim, Ana Carolina Alhadass Valadares,
Ana Luiza Vieira Moerbeck, Ana Carolina Mello Pereira da Silva de Paula, Bernar-
do Padula Schwaitzer, Bruno Felipe de Oliveira e Miranda, João Felipe Figueira
de Mello, Carolina Mynssen, Themistocles Meneses Neto, Fernanda Lucena de
Albuquerque, Flavia Bahia Martins, Gustavo da Rocha Schmidt, Luiza Lucas Bru-
xellas, Larissa Fernandes de Oliveira, Thiago Pinheiro Corrêa, Lucas Thevenard,
Marcello Lobo, Paula da Cunha Duarte, Rafael Viana de Figueiredo Costa.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-86060-33-1

1. Direito econômico - Brasil - Análise. 2. Direito e desenvolvimento econômi-
co. I. Porto, Antônio José Maristrello. II. Seixas, Luiz Felipe Monteiro. III. Escola
de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD – 341.3780981

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



Sumário

Prefácio	7
<i>Sérgio Guerra</i>	
Apresentação	9
<i>Antônio Maristrello Porto & Luiz Felipe Monteiro Seixas</i>	
I. Os direitos de propriedade da superfície dos reservatórios de hidrelétricas e as estruturas solares flutuantes: uma reflexão com base na Análise Econômica do Direito	17
<i>Aline Zaed de Amorim</i>	
II. “Batuque na cozinha, sinhá não quer”: regulação da concorrência e práticas anticompetitivas no segmento de <i>foodtechs</i> brasileiro	47
<i>Ana Carolina Alhadass Valadares & Ana Luiza Vieira Moerbeck</i>	
III. Propriedade intelectual no setor farmacêutico e a inconstitucionalidade do art. 40 da Lei nº 9.279/1996: uma Análise de Direito e Economia	77
<i>Ana Carolina Mello Pereira da Silva de Paula</i>	
IV. Instituições e desenvolvimento econômico: um estudo do Império do Brasil (1822—1889) à luz da Análise Econômica do Direito	109
<i>Bernardo Padula Schwaitzer</i>	

VI. Reflexões sobre o desenvolvimento do mercado financeiro brasileiro sob o prisma do sistema legal: o papel da jurisprudência	139
<i>Bruno Felipe de Oliveira e Miranda & João Felipe Figueira de Mello</i>	
VI. Análise econômica dos efeitos da concessão da gratuidade da justiça no Brasil	173
<i>Carolina Mynssen & Themistocles Meneses Neto</i>	
VII. Análise de impacto regulatório na saúde suplementar: reflexões a partir de Direito & Economia	191
<i>Flavia Bahia Martins</i>	
VIII. Análise crítica da política de concessão de incentivos tributários no município de Mossoró	217
<i>Fernanda Lucena de Albuquerque</i>	
IX. Arbitragem, contratos administrativos e custos de transação	257
<i>Gustavo da Rocha Schmidt & Luíza Lucas Bruxellas</i>	
X. O procedimento de suspensão das execuções fiscais à luz da Análise Econômica do Direito: um exame das consequências da Portaria 520/2019 da PGFN	285
<i>Larissa Fernandes de Oliveira</i>	
XI. O problema do erro e o dilema decisório da Justiça Criminal	299
<i>Thiago Pinheiro Corrêa & Lucas Thevenard</i>	
XII. Repactuação de contratos durante a pandemia: comentários com base na análise econômica e comportamental do Direito	343
<i>Marcello Lobo</i>	
XIII. Cadastros públicos e risco reputacional: como estimular empresas a adotarem comportamentos socialmente desejáveis através de <i>nudges</i> ..	371
<i>Paula da Cunha Duarte</i>	
XIV. Conflitos de interesses nos FIDCs: uma análise do ponto de vista da eficiência econômica	399
<i>Rafael Viana de Figueiredo Costa</i>	



Prefácio

Nos últimos anos, a FGV Direito Rio tem disseminado, por meio de publicações, as pesquisas, atividades e produções do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE), sob a Coordenação do Prof. Antônio Maristrello Porto, centro esse que representa verdadeira referência no Brasil no campo da Análise Econômica do Direito (AED). Para além de diversos projetos desenvolvidos, o CPDE reúne um corpo de pesquisadores de alto nível, que dialogam sobre diferentes temas transversais à AED, a exemplo da regulação, mercado financeiro, Poder Judiciário, tributação, meio ambiente, entre outros. O resultado disso são diversas produções de excelência, em nível de graduação e pós-graduação, com capilaridade regional, nacional e internacional. A obra a qual tenho a oportunidade de prefaciar é exemplo disso.

A convite dos Professores Antônio Maristrello Porto e Luiz Felipe Monteiro Seixas (o qual desenvolveu seu estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Regulação da FGV Direito Rio), tive a oportunidade de ler, com muito interesse e curiosidade, os 14 trabalhos que compõem o livro “Perspectivas da Análise Econômico do Direito no Brasil”, organizado pelos dois professores. A produção é

fruto dos temas de pesquisa desenvolvidos pelos discentes da disciplina “Análise Econômica do Direito”, do PPGD/FGV Direito Rio (Mestrado e Doutorado), durante o ano de 2021. A obra também contou com dois trabalhos oriundos dos discentes do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), do qual o Prof. Luiz Felipe é coordenador. Em que pese a atipicidade dos anos recentes em decorrência do cenário de pandemia sanitária, me alegra ver que a pesquisa acadêmica de qualidade permanece atuante e apresenta bons resultados, a exemplo do livro em apreço.

Mantendo coerência com a própria natureza e amplitude da AED enquanto metodologia, os textos do livro exploram diferentes temáticas, incluindo contratos, mercado de capitais, direito penal, processo civil, arbitragem, direito regulatório, direito tributário, propriedade intelectual, concorrência etc. Não obstante a variedade de temas, todos eles procuraram explorar discussões contemporâneas no cenário brasileiro, mantendo uma abordagem não apenas teórica, mas também prospectiva, voltada a propor soluções para os problemas apresentados, a partir do ferramental do Direito e da Economia. Deixo aqui meus parabéns aos alunos e alunas que contribuíram para a obra, contribuindo para o objetivo de o PPGD da FGV Direito Rio ser referência nacional e internacional no âmbito das pós-graduações em Direito.

Por fim, deixo meu registro de que obras como essa reforçam a importância que a pesquisa e a produção em nível de pós-graduação possuem no campo jurídico, sobretudo porque lançam luz para problemas atuais a partir de metodologias que procuram fugir do lugar-comum da dogmática jurídica nacional. Nesse aspecto, a FGV Direito Rio tem buscado se consolidar como espaço de reflexão sobre o pluralismo metodológico e as diferentes perspectivas de análise jurídica, incluindo a Análise Econômica do Direito.

Boa leitura!

Sérgio Guerra

Diretor e Professor Titular da FGV Direito Rio



Apresentação

“Oh! as leis são belíssimas!” Assim afirma José Dias a Bentinho, no Capítulo XXVI da obra *Dom Casmurro*, no intuito de incentivar o protagonista a trocar a batina por uma beca. Em alguma medida, a afirmação de José Dias continua representando uma visão muito particular (e recorrente) da tradição jurídica brasileira, inclusive do ponto de vista acadêmico. O Direito, conforme estudado em boa parte das faculdades nacionais, ainda é apresentado de forma idealizada, como se sua existência como sistema social fosse, por um lado, desenhada por artífices que dominam com maestria essa “arte” e, por outro lado, dotado de precisão e certeza suficientes para ser examinado com rigor científico. Dessa forma, os estudantes vão absorvendo as primeiras lições, acreditando que, sim, o Direito é um campo perfeito e acabado de conhecimento e práxis, sempre apto a dar soluções a diferentes problemas da sociedade, tendo como seu instrumento por excelência a *norma jurídica*.

No entanto, parafraseando Nelson Rodrigues, basta um olhar mais atento à “vida como ela é” para percebermos que as normas jurídicas nem sempre funcionam como deveriam. Em alguns casos, alcançam objetivos

outros (ou até mesmo contrários) aos pretendidos. Leis “não pegam” e, por vezes, nem sempre são belas, quando examinadas por uma perspectiva crítica. Não é sem razão que, em 1881, Oliver Wendell Holmes Jr. já afirmava na obra *The Common Law*: “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”. E compreender o Direito como experiência, como realmente é, constitui um propósito tão importante quanto o estudo da dogmática jurídica ou do Direito como “ciência do dever-ser”.

Para essa compreensão do Direito como experiência, por vezes outras abordagens mostram-se necessárias. Em outras palavras, é preciso ir além do Direito, mas sem sair dele. Nesse sentido, áreas como Política, Sociologia, Psicologia, Antropologia e Economia, entre outras, conferem ao estudioso poderosas ferramentas analíticas que possibilitam uma visão mais crítica e profunda da realidade jurídica. Para nós, interessa revisar um pouco o papel que a Análise Econômica do Direito (AED) — ou Direito & Economia — exerce como metodologia para o exame das normas jurídicas e o lugar e a dimensão que ocupa hoje no Brasil.

Diferentes obras já abordaram a história e a evolução da Análise Econômica do Direito a partir de suas primeiras teorias, escritos e autores, em um movimento que tem início na primeira metade do século XX e se estende até os tempos atuais. Não retomaremos essas interpretações históricas, pois há uma literatura ampla sobre o tema. Aqui, destaca-se que o desenvolvimento e a difusão da AED, desde as décadas passadas até o presente, apenas confirmam sua aceitação e relevância como metodologia e ferramenta analítica para o exame do Direito. Naturalmente, esse movimento de reconhecimento da AED não é isento de críticas.

Como pressuposto de qualquer campo de conhecimento, críticas são sempre bem-vindas, sobretudo aquelas que têm o potencial de estimular debate acadêmico e capacidade de reflexão. No entanto, infelizmente, muitas dessas críticas partem de pressupostos equivocados (de ordem epistemológica ou até mesmo ideológica). Por outro lado, importa mencionar que a AED do presente (assim como o Direito ou a Ciência Econô-

mica) é outra, tendo evoluído, adotado novas abordagens e metodologias consentâneas com o avanço do conhecimento em seu entorno. Criticar a AED do presente com as lentes do passado é, no mínimo, uma atitude leviana. Àqueles que pretendem fazer esse exercício crítico (salutar, reforça-se, inclusive para os próprios adeptos do Direito e da Economia), recomendamos uma “lição de casa” que deveria ser elementar: em atendimento à ética e à etiqueta acadêmica, aprofundem-se ao máximo em determinado objeto de crítica, lendo fontes primárias de autores que, de fato, constroem aquele saber; sem esse exercício, as críticas passam a ser meras opiniões, as quais, inclusive, podem tornar-se dispensáveis.

A nós, importa mencionar outro papel relevante da AED, aqui citado à exaustão: a AED é, antes de tudo, um método (e não teoria ou dogmática, como muitos querem fazer crer). Correndo o risco (mais uma vez) de sermos alvo de críticas, partimos de um pressuposto de que o Direito não é uma ciência. Sim, essa afirmação ainda provoca alvoroço na tradição jurídica brasileira, tão reverente ao positivismo jurídico kelseniano, que tem a pretensão de ser científico. No entanto, por não ser dotado de elementos básicos do método científico (análise de fenômenos observáveis, com base em hipóteses verificáveis e pesquisa empírica/experimental), o Direito *per se* não é dotado dos atributos inerentes a uma ciência. No entanto, o Direito pode ser *objeto* de outras disciplinas — essas, sim, detentoras de metodologias próprias e consolidadas, aptas a analisar o fenômeno jurídico sob diferentes perspectivas. E é aqui que reside um dos principais méritos da Análise Econômica do Direito: por adotar ferramentas da Ciência Econômica, a AED, como já assinalado, confere sofisticação técnica e rigor metodológico ao estudioso do campo jurídico. Essa abertura interdisciplinar tem o potencial de ampliar as perspectivas e possibilidades de análise no âmbito do Direito, algo que, conforme sustentamos, é (ou deveria ser) extremamente bem-vindo do ponto de vista acadêmico.

Cabe destacar que, em que pese nosso entusiasmo, a AED não pode ser encarada como um fim em si mesmo. Isso recairia exatamente nos mes-

mos problemas apontados no início do texto, que derivam dessa tradição epistemológica do Direito brasileiro, segundo a qual seu estudo, a partir de suas próprias categorias e com base numa pretensa cientificidade, é autossuficiente. Não, isso não basta. Como já dito, é preciso sempre ir além, questionando e fomentando o raciocínio reflexivo e crítico, inclusive sobre a própria AED. Nesse sentido, seria leviano e até mesmo irresponsável sustentar que o campo “Direito & Economia” trará respostas e soluções a todos os problemas do campo jurídico. A AED deve ser tratada como o que, de fato, se propõe a ser: um método que faz uso amplo das ferramentas da Ciência Econômica para a interpretação do fenômeno jurídico. Um método sofisticado, sem dúvida, e que apresenta um rigor técnico e científico que comumente não é encontrado nas abordagens tradicionais do Direito. E, como todo método, precisa ser revisitado, questionado e aperfeiçoado.

Discussões e críticas à parte, o fato é que a Análise Econômica do Direito também se difundiu e consolidou no Brasil. Desde alguns trabalhos pioneiros, como a obra *Interpretação econômica do Direito* (1994), da Prof^a Guiomar T. Estrella de Faria, passando pelo artigo “Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil” (1998), da Prof^a Raquel Sztjan (um dos primeiros estudos a fazer uso da metodologia da AED no exame de problemáticas concretas do Direito brasileiro), entre tantos outros,¹ além de pesquisas, discussões, obras e autores que temos visto nas últimas três décadas, toda essa produção confirma apenas a expansão, o interesse e o reconhecimento desse campo de estudo no país.

Sob outra perspectiva, a aceitação e relevância da AED no Brasil ultrapassou os espaços acadêmicos, também conquistando reconhecimento do ponto de vista institucional. Um bom exemplo disso é a incorporação de interpretações consequencialistas na reforma da “Lei de Introdução às

1. Para uma visão história da evolução da AED no Brasil, cf. ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 136-141.

Normas de Direito Brasileiro”, ocorrida em 2018. Ou o uso de argumentos juseconômicos em decisões judiciais, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com destaque para diferentes julgados dos ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Mais recentemente, já em 2021, o Conselho Nacional de Justiça decidiu que temas de AED e correlatos passarão a ser conteúdo obrigatório nos concursos para a magistratura brasileira. Esse movimento apenas reforça o papel e a importância que a Análise Econômica do Direito tem para o cenário jurídico nacional, contribuindo não apenas como método, mas também do ponto de vista da práxis.

A Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio) tem estreita relação com a AED desde a sua origem, contando com disciplinas específicas sobre o tema como conteúdo fundamental para a formação de seus alunos de graduação e pós-graduação, além de manter um dos principais espaços acadêmicos dedicados à AED no Brasil, o Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE). Esta obra que apresentamos é o resultado direto dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, na disciplina “Análise Econômica do Direito”, no primeiro semestre de 2021. Também foram convidadas duas discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido para contribuir com a obra. O resultado não poderia ter sido melhor.

Os artigos que compõem esta obra versam sobre diferentes temáticas, tendo como fio condutor a discussão de temas brasileiros pela ótica da Análise Econômica do Direito sob perspectivas correlatas. Aline Amorim apresenta o primeiro artigo, relativo à Análise Econômica do Direito de propriedade no contexto das hidroelétricas e da produção energética; Ana Carolina Alhadas e Ana Luiza Moerbeck, sob o espirituoso título “Batuque na cozinha sinhá não quer”, discutem o atual cenário concorrencial das *foodtechs* no Brasil; Ana Carolina de Paula, por meio de um estudo de caso, discute algumas questões relativas à propriedade intelectual no setor farmacêutico sob a perspectiva juseconômica; em um trabalho original que

alia perspectiva histórica e AED, Bernardo Padula investiga a evolução do Direito brasileiro no período imperial, a partir das discussões teóricas do institucionalismo e do desenvolvimento econômico; Bruno Miranda e João Felipe de Mello analisam a importância da jurisprudência para o desenvolvimento do mercado financeiro brasileiro; Carolina Mynssen e Themistocles Meneses propõem importante debate relativo à eficiência econômica da justiça gratuita no Brasil; na sequência, Flávia Bahia explora o atual tema da Análise de Impacto Regulatório, a partir da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar; Fernanda Lucena examina a eficiência dos incentivos tributários em nível municipal a partir do estudo de caso do município de Mossoró/RN; Gustavo Schmidt e Luiza Bruxelas analisam de que forma o uso da arbitragem nos contratos administrativos pode ser eficiente para reduzir os custos de transação no âmbito da administração pública; Larissa Fernandes, em temática relativa ao Direito Processual Tributária, investiga o procedimento de suspensão das execuções fiscais previsto na Portaria nº 520/2019, da PGFN, a partir de elementos do campo de “Direito & Economia”; em outro originalíssimo trabalho, o qual, inclusive, recorre a ferramentas econométricas, Lucas Thevenard e Thiago Corrêa abordam o problema do erro fático no Direito Penal brasileiro a partir de uma interpretação de AED; Marcello Lobo propõe-se a analisar as consequências das repactuações contratuais decorrentes do cenário de pandemia da Covid-19, com base numa leitura econômica e comportamental do Direito; Paula Duarte, também fazendo uso da economia comportamental e do conceito de *nudge*, avalia a possibilidade de se criarem cadastros públicos destinados a estimular empresas a adotarem comportamentos desejáveis do ponto de vista estatal; por fim, mas não menos importante, Rafael Viana aborda o direito do mercado de capitais, investigando os potenciais conflitos de interesses relativos aos fundos de investimento em direitos creditórios sob a perspectiva da eficiência econômica.

Aos nossos alunos e alunas que contribuíram para esta obra, deixamos aqui nossos sinceros agradecimentos!

Por fim, num exercício propositivo (e provocativo), deixamos aqui uma pergunta e um ensaio de resposta: para onde vai a Análise Econômica do Direito no Brasil? Olhando para trás, já é possível constatar que a AED ganhou capilaridade e robustez no espaço acadêmico e institucional brasileiro, algo que não apenas é satisfatório para nós, como pesquisadores e professores, mas também louvável do ponto de vista da construção do conhecimento. No entanto, entendemos que ainda há muito a fazer. Para além de compreendermos as teorias, metodologias e categorias adotadas pela AED *mainstream* (e, sobretudo, estrangeira), não só é necessário, mas também fundamental, refletir sobre uma interpretação própria do campo “Direito & Economia” no Brasil, uma interpretação que leve em conta nossas especificidades sociais, culturais e institucionais. É com base num olhar *a partir do Brasil e para o Brasil* que será possível desenvolver uma escola de AED mais autêntica, coerente e significativa para o pensamento jurídico brasileiro.

Tenham uma ótima leitura!

Antônio Maristrello Porto
Luiz Felipe Monteiro Seixas

Os direitos de propriedade da superfície dos reservatórios de hidrelétricas e as estruturas solares flutuantes: uma reflexão com base na Análise Econômica do Direito

Aline Zaed de Amorim

1. Introdução

O setor de geração de energia elétrica vem passando por constantes inovações disruptivas, possibilitando, assim, novos arranjos entre usinas, de diferentes fontes, para a produção de energia. Em consequência, surgem novas oportunidades de negócios que aguçam o interesse dos agentes setoriais. A título de ilustração dessas novas formatações negociais, temos as denominadas *usinas híbridas* ou *associadas*, em que há combinação de plantas com diferentes fontes para a produção de energia elétrica, em uma perspectiva de complementaridade.

Nesse sentido, uma hidrelétrica, por exemplo, poderia ter em sua área de concessão painéis solares instalados, em um arranjo combinatório de produção (energia hídrica mais energia solar) capaz de otimizar a geração de energia produzida pelo empreendimento. Por outro lado, em virtude de o arcabouço regulatório não se transformar na mesma velocidade que os eventos econômicos, os conflitos jurídicos podem ser instaurados em virtude da ausência de delimitação dos direitos envolvidos. No caso das ditas usinas híbridas, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) instaurou a Consulta Pública nº 61/2020,¹ com o intuito de colher subsídios para a elaboração de uma proposta normativa voltada ao aprimoramento da regulação setorial.² Todavia, antes mesmo de vir a existir um normativo definitivo sobre geração híbrida, outra questão (também envolvendo a diversidade de fontes de produção de energia elétrica) vem, pouco a pouco, entrando em pauta, qual seja, a instalação de painéis solares flutuantes nos reservatórios das hidrelétricas quando a titularidade dessas instalações não for a mesma dos reservatórios das hidrelétricas e não houver acordo prévio entre os proprietários dos direitos da usina fotovoltaica e da usina hidrelétrica.

Esclarece-se, desde logo, que essa situação não versa sobre as hipóteses apresentadas na referida Consulta Pública nº 61/2020 da Aneel, pois não se trata de outorga única, nem de mesma titularidade. Tampouco se pressupõe a existência de acordo prévio para a convergência de objetivos.

1. Consulta Pública nº 61/2020 — Objeto: Obter subsídios para a Análise de Impacto Regulatório — AIR acerca do tratamento regulatório para o estabelecimento de usinas híbridas e associadas. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/consultas-publicas>. Acesso em: 1 out. 2021.

2. Conforme consta na Nota Técnica nº 051/2019-SRG-SCG-SRD-SRT/Aneel, o objetivo associado a essa nova possibilidade de arranjo é a otimização de investimento e custos de operação. Ademais, entre as diversas questões que se discutem sobre esse novo arranjo de produção, estão a outorga e a possibilidade de divisão em usinas com mais de uma titularidade. Assim, a princípio, no caso de usina híbrida, seria outorga única e, no caso da associada, não necessariamente, impondo-se, no caso de proprietários diferentes, a existência de contrato que discipline alguns tipos de perdas técnicas que possam implicar determinados cortes. Disponível em: www.aneel.gov.br. Acesso em: 16 jul. 2021.

Em outras palavras, não se trata de geração híbrida ou associada, cujo caráter de complementaridade se destaca, mas, sim, da possibilidade ou não de uma usina fotovoltaica vir a obter autorização para se instalar fisicamente em uma área de reservatório de uma usina hidrelétrica que seja fruto de uma concessão em vigor, independentemente da aquiescência do concessionário de energia hidráulica.

Essa temática ganha relevo em face da existência de grandes áreas de reservatórios de usinas hidrelétricas no país, haja vista que a matriz energética brasileira é composta essencialmente por fonte hidráulica,³ bem como pelo fato de ser requisito preliminar para a obtenção de outorga da Aneel a declaração de posse ou propriedade da área em que se pretende instalar uma central geradora fotovoltaica.⁴

Nesse sentido, este artigo reflete sobre os atributos e direitos de propriedades incidentes nos reservatórios de usinas hidrelétricas, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Dessa forma, após esta primeira seção, destinada à introdução, a próxima abordará alguns dos fundamentos teóricos da Análise Econômica do Direito de Propriedade, adotando-se, como referencial principal, as concepções de Ronald Coase,⁵ Yoram Barzel,⁶ Harold Demsetz,⁷ Douglas Melamed e Guido Calabresi.⁸ Por sua vez, na terceira seção, serão apresentadas, com base no marco teórico estabelecido na segunda, algumas reflexões sobre a ausência de direitos de propriedade no que diz respeito aos espelhos d'água que formam a superfície dos re-

3. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 1º out. 2021.

4. Conforme consta no Modelo de Formulário para Requerimento de Outorga de UFV. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br>. Acesso em: 1 out. 2021.

5. COASE, R. H. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

6. BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1997.

7. DEMSETZ, Harold. "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio de 1967.

8. CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, abril de 1972.

servatórios das hidrelétricas. Por fim, a quarto e última seção destina-se à apresentação das considerações finais.

2. Direito econômico de propriedade e direito legal de propriedade

No mundo analítico da Economia neoclássica, os direitos de propriedade eram considerados perfeitamente definidos e seguros, não impactando na eficiência alocativa dos recursos. Dessa forma, os direitos de propriedade estabeleciam uma relação de neutralidade com a economia, tendo em vista que as trocas seriam realizadas sem custo de transação e realocariam os bens para aqueles que mais os valorizassem. Dessa forma, seria possível alcançar uma alocação ótima dos bens envolvidos e, conseqüentemente, a maximização do bem-estar social.⁹

Contudo, alterando o marco teórico para a nova Economia institucional, algumas imperfeições do mundo real geradoras de incertezas nos agentes econômicos passam a ser levadas em consideração. Essas incertezas, que abarcam os custos associados ao exercício do direito de propriedade, bem como sua efetiva delimitação, são denominadas *custos de transação*. Nesse sentido, tão logo esses custos passem a ser considerados positivos, os direitos de propriedade ganham relevo na economia, pois a forma como serão estruturados — mais ou menos completos ou definidos — trará conseqüências para o desempenho da economia.¹⁰

Assim, se, sob a ótica jurídica, o direito de propriedade está circunscrito àquilo que o ordenamento jurídico define como tal, pelas lentes da Análise Econômica do Direito, mais importante do que conceituar propriedade é

9. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; MUELLER, Bernardo. “Economia dos direitos de propriedade”. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 91.

10. *Ibid.*, p. 93.

predizer os efeitos alternativos que a propriedade pode gerar, a depender da configuração adotada,¹¹ principalmente no que se refere à distribuição de riquezas e à eficiência alocativa.¹²

Ronald Coase,¹³ em seu artigo “The Problem of Social Cost” (1960), foi pioneiro ao destacar o papel dos custos de transação na economia. Nesse sentido, exemplificou situações de custo de transação zero, não para propor um modelo idealizado de funcionamento da economia, mas, sim, para explicar e demonstrar o papel dos custos de transação nas instituições econômicas.¹⁴ Sua abordagem em relação a um conflito, em que uma parte supostamente teria gerado dano a outra, é enfatizada sob o aspecto de natureza recíproca, de modo que proibir que “A” não prejudique “B” é o mesmo que determinar prejuízo a “A”. Assim, o enfoque do problema passa a ser evitar o prejuízo mais grave, e não formatar soluções que busquem impedir “A” de causar prejuízos a “B”. Em verdade, o autor busca demonstrar que, com os direitos de propriedade bem-definidos e na ausência de custos de transação, as partes poderiam, por meio de negociação privada, chegar a uma alocação mais eficiente dos recursos, o que levaria a um aumento do valor de produção.¹⁵

Portanto, dada uma delimitação de direito inicialmente estabelecida, é a existência de custos de transação que impede o êxito das negociações privadas na alocação eficiente de recursos. Dessa forma, na ausência desses custos, a negociação privada estabeleceria, de modo eficiente, os contornos da negociação quanto ao que poderia ser objeto de propriedade, aos seus limites, à forma como de utilização etc.

11. COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012, p. 70.

12. MONTEIRO, Guilherme Fowler de Avila; ZYLBERSZTAJN, Decio. “Direitos de propriedade, custos de transação e concorrência: o modelo de Barzel”, *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 96, 2011.

13. COASE, R. H. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, The University of Chicago, v. III, p. 1-44, outubro de 1960.

14. COASE, R. H. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. L.

15. *Ibidem*, p. 96, 104.

A incidência de custos de transação pode ser abordada como um espectro de muitos fatores, podendo variar em uma escala desde zero até o infinito. Assim, quanto mais elevados forem os custos de transação, mais o uso eficiente dos recursos dependerá da forma como os direitos de propriedade são estabelecidos.¹⁶ Nesse contexto, sob a perspectiva normativa do teorema de Coase, o sistema legal poderia desempenhar o papel de redutor dos custos de transação, eliminando eventuais impedimentos para os acordos privados.¹⁷ Uma vez que o Estado estabelecesse o marco institucional com custos de transação baixos e direitos de propriedade bem-estabelecidos, as partes poderiam valer-se de mecanismos de preços, via mercado, com o fim de transacionar direitos e alcançar uma solução mais eficiente, independentemente do direito inicial estabelecido e da necessidade de intervenção estatal.¹⁸

Barzel explica os direitos de propriedade subdividindo-os em “direito econômico de propriedade” e “direitos legais de propriedade”. Segundo ele, sob a ótica da teoria econômica, os direitos de propriedade estão relacionados à capacidade de um agente desfrutar uma propriedade, com foco no resultado gerado pelos direitos que o ordenamento jurídico lhe atribuiu. Desse modo, enquanto os direitos econômicos de propriedade consistiriam no fim, os direitos legais de propriedade seriam o meio para atingir a finalidade econômica.¹⁹ Nesse sentido, segundo o autor, o direito econômico de propriedade seria a capacidade que o indivíduo tem de consumir o bem ou o serviço oriundo desse bem, direta ou indiretamente, por meio de troca. Consequentemente, eventuais restrições de troca implicam menos direito de propriedade. Deve-se considerar ainda que um mesmo bem apresenta diversos atributos relacionados às suas múltiplas possibilidades de uso, as

16. COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012, p. 84-85.

17. *Ibidem*, p. 91.

18. COASE, *op. cit.*, p. LII.

19. BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1997, p. 3.

quais, por sua vez, têm diferentes direitos relacionados. Assim, é possível que dois ou mais indivíduos detenham atributos distintos do mesmo bem, como ocorre, por exemplo, com os contratos de locação.²⁰

Nesse contexto, pela perspectiva econômica, o que se negocia não são os bens ou as coisas em si, objeto do direito, mas, sim, os direitos de propriedade relacionados aos atributos do bem.²¹ Em outros termos, para a economia, não se trata apenas de um direito de propriedade, da forma como se aborda na Ciência Jurídica, mas de um feixe de direitos de propriedades.²² Nesse sentido, é o valor dos direitos relacionados ao bem ou ao serviço que determina o valor daquilo que está sendo negociado.²³

Todavia, considerando que delinear todas as possibilidades dos atributos do bem e de seus respectivos direitos seria algo muito caro, sempre haverá uma potencial captação de riqueza passível de apropriação nas trocas, as quais, nos termos de Barzel, são postas em “domínio público”.²⁴ Essa situação seria aquela em que ninguém se dispôs a empenhar recursos na captação de um atributo. Nesses casos, o que ocorre é que alguns dos direitos são caros para serem exercidos, de forma que se opta por deixá-los em domínio público.²⁵

Sob essa ótica, o padrão de incentivos dos agentes seria conformado pelo direito econômico de propriedade (relacionado com a capacidade de consumir o bem), e os direitos legais de propriedade poderiam atuar para aumentar seu valor, visto que a proteção conferida pelo ordenamento ju-

20. Ibidem, p. 90.

21. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; MUELLER, Bernardo. “Economia dos direitos de propriedade”. In: ___; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 85.

22. PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. “Uma análise também econômica do direito de propriedade”, *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 2012, jan./jun. 2016.

23. DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio de 1967.

24. BARZEL, op. cit., p. 5.

25. Ibidem, p. 94.

rídico atua na possibilidade de um indivíduo consumir um bem excluindo outro desse mesmo consumo. Contudo, apesar dessa influência, os direitos legais de propriedade não seriam condição necessária para a existência dos direitos econômicos de propriedade.²⁶

Além disso, dado que, quanto mais segurança se almeja com determinado direito, maiores serão os custos incorridos para seu exercício, os direitos de propriedade não serão absolutos, e sua delimitação está sujeita à otimização estipulada pelos indivíduos, consoante a disposição de seus proprietários jurídicos em empenhar esforços para defender seus direitos, bem como à proteção conferida pelo Estado.²⁷

Assim, considerando-se os direitos legais de propriedade “aquilo que o governo estipula e assegura como propriedade de uma pessoa”,²⁸ sua conexão com o direito econômico de propriedade se dá na medida em que os direitos definidos pelo Estado influenciam a delimitação e a proteção dos direitos econômicos de propriedade. Não podemos esquecer, contudo, que os direitos que o Estado delimita representam apenas uma pequena fração do conjunto de todos os direitos possíveis. Outros direitos serão definidos por meio de processos de troca pela via dos contratos, os quais provavelmente também serão incompletos.²⁹

2.1 Novos direitos de propriedade e razões para sua existência

Considerando-se o caráter de dinamicidade da sociedade, surgem, a todo tempo, novas formas de direitos de propriedade.³⁰ Assim, portanto,

26. MONTEIRO, Guilherme Fowler de Avila; ZYLBERSZTAJN, Decio. “Direitos de propriedade, custos de transação e concorrência: o modelo de Barzel”, *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 100, 2011.

27. BARZEL, op. cit., p. 90.

28. Ibidem. Tradução nossa.

29. Ibidem, p. 91.

30. Ibidem, p. 90.

o processo de criação de direitos é contínuo e dinâmico, de modo que, quando um direito se torna mais valioso, mais esforços são empenhados em sua delimitação. Da mesma forma, quando as condições econômicas mudam e um direito econômico até então posto em domínio público passa a ser valorado, haverá maior tendência a se realizarem dispêndios de recursos em sua captura.³¹

Essa situação foi ilustrada por Demsetz,³² ao abordar a realidade vivenciada pelos indígenas americanos, habitantes da região da Península do Labrador — onde hoje é o Canadá —, quando da chegada de comerciantes europeus ao local interessados em peles de animais. Narra o autor que, com o advento desse comércio, impulsionado pela chegada dos comerciantes europeus, o valor da pele de animais para os nativos aumentou de forma significativa, já que eles podiam efetuar trocas com os europeus com vistas à obtenção de outros bens de sua utilidade. Em consequência, houve aumento substancial na caça de “animais peludos”, pois havia incentivo econômico, consubstanciado pelo aumento do valor da pele de animais, para que mais recursos fossem investidos na captação desses direitos econômicos de propriedade.

Entretanto, se um bem valioso passa a ser disponibilizado ao consumo de todos, sem que haja um limite nessa utilização, há uma tendência natural à sobre-exploração. Essa tendência é explicada pela característica da não excludência de uso associada à rivalidade de consumo — algo típico dos bens denominados como *recursos comuns*. Enquanto a não excludência refere-se à impossibilidade de impedir que outros utilizem o bem, a rivalidade explica-se pelo fato de que, se uma pessoa utilizar o bem, sua disponibilidade para o outro será afetada. A não excludência gera falta de incentivo para investimento e utilização racional do recurso, dado que aquilo que for

31. *Ibidem*, p. 92.

32. DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio de 1967.

despendido por alguém na conservação do bem não poderá ser objeto de apropriação individual, ao mesmo tempo que poderá ser aproveitado por outros, sem que, para tanto, esses outros tenham envidado esforços. Aqui, tem-se a figura do caroneiro (*free riders*), cujo comportamento aproveitador tende a desestimular o investimento na preservação de recursos.³³

Essa situação, quando levada ao limite, encenaria a parábola da “Tragédia dos Comuns”, descrita por Hardin,³⁴ que para o embate entre a quase orgânica maximização de retorno buscada por cada indivíduo na exploração do recurso comum e a conseqüente e contínua degradação ambiental, acentuada pelo custo social não compensado e, portanto, paulatinamente absorvido por toda a sociedade. Esse custo social não compensado representa algo de valor sem preço estipulado — algo a que a Ciência Econômica refere-se como *externalidades*. Essas externalidades resultam em uma alocação ineficiente dos bens, pois o preço de equilíbrio gerado pela lei de oferta e demanda estará distorcido, tomando por base apenas os custos privados e desconsiderando o custo social. Assim, quando aquele que produz não leva em consideração todos os custos de produção (ou seja, não internaliza as externalidades), o preço de equilíbrio restará distorcido e, conseqüentemente, a quantidade produzida do bem será alterada, se comparada à situação em que todos os custos tenham sido internalizados.³⁵

Vale acrescentar que a não excludência também é característica de outro tipo de bem econômico, quais sejam, os bens públicos, os quais também lidam com o problema do comportamento aproveitador do *free rider*. Contudo, diferentemente do recurso comum, seu consumo não afeta a disponibilidade dos demais (bem não rival). Aqui, portanto, o proble-

33. OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. “Private and Common Property Rights”, *Research Paper* n. 2008-11-01. Bloomington: Indiana University: School of Public & Environmental Affairs, 29 nov. 2007, p. 8-9. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1936062>. Acesso em: 1 out. 2021.

34. HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”, *Science* 13, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dezembro de 1968.

35. MANKIOW, Gregory N. *Introdução à economia*. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 205.

ma cinge-se ao desestímulo na produção de certos bens econômicos, mas não à sua exaustão.³⁶

Retomando a antropológica narrativa de Demsetz acerca dos nativos da Península do Labrador, tem-se que, em resposta ao surgimento da nova força econômica — corporificada pelos comerciantes europeus interessados em peles de animais —, os *habitats* dos “animais peludos” foram delimitados, e os direitos de propriedade foram estabelecidos. Evitou-se, assim, a extinção dos valiosos animais peludos. Em outros termos, direitos relacionados à propriedade da terra que estavam em domínio público foram capturados e delimitados, pois havia um incentivo econômico substancial no aumento do valor da pele dos animais, para que se investissem os recursos na demarcação desses direitos.

Do ponto de vista da eficiência alocativa, a salvaguarda jurídica que surge com a delimitação do direito de propriedade direciona os incentivos para a melhor exploração da propriedade.³⁷ Isso porque os direitos de propriedade determinam a forma como as pessoas podem beneficiar-se ou prejudicar-se, estipulando quem deverá pagar pelas ações de outra pessoa.

Nesse sentido, os direitos de propriedade estão intimamente relacionados às externalidades, compreendidas como os custos ou benefícios que impactam o bem-estar de um terceiro alheio àquele que participa da ação. Dessa forma, como os direitos de propriedade conferem o direito de beneficiar ou prejudicar a si mesmo ou outras pessoas, uma de suas funções relevantes consiste em incentivar a internalização das externalidades. Cabe mencionar que o que faz com que um custo ou benefício social transmude-se em externalidade é o fato de sua internalização não ser vantajosa. Logo, internalizar as externalidades significa fazer com

36. OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte, op. cit., p. 9.

37. PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. “Uma análise também econômica do direito de propriedade”, *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 212-213, jan./jun. 2016.

que esses custos ou benefícios incidam sobre as pessoas que interagiram e desencadearam a ação que perturbou terceiros.³⁸

Deve-se dizer ainda que direitos de propriedade bem-estabelecidos fazem surgir o consentimento dos demais integrantes de uma sociedade em relação ao proprietário dos direitos, legitimando-o a adotar providências para que outras pessoas não interfiram em seu direito. Possibilita-se, assim, que o proprietário economize no uso dos recursos necessários à defesa de sua propriedade.³⁹

Desse modo, ajustam-se as expectativas, gerando previsibilidade naquilo que poderá ser objeto de negociação, já que, sob a ótica jurídica, a delimitação de um direito de propriedade faz reluzir um aspecto fundamental do direito, qual seja, o de decidir a posição jurídica (*entitlement*) que deverá prevalecer em eventual conflito, bem como assegurar um mínimo de intervenção estatal, a qual se faz necessária para que prevaleça o respeito ao direito de propriedade criado.⁴⁰ Eclode daí outro aspecto relevante dos direitos de propriedade, ou seja, reduzir os custos de transação das negociações. Quando o “valor da ameaça” torna-se público, já resta sinalizada a posição jurídica de vantagem que se sagraria vencedora em uma disputa, incentivando, portanto, a adoção de atitudes cooperativas.⁴¹

2.2 Estabelecimento de posições jurídicas de vantagem: *entitlement* e seus critérios

Importante ressaltar que a forma de atribuição inicial desses direitos de propriedade está inserida em um contexto sociocultural, o qual influen-

38. DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 348, maio de 1967.

39. *Ibidem*, p. 356.

40. CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1090, abril de 1972.

41. COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012, p. 89.

ciará a distribuição inicial. Calabresi e Melamed⁴² analisam os objetivos perquiridos na fixação inicial da posição jurídica de vantagem (*entitlement*) sob os critérios de eficiência econômica, preferência distributiva ou outras razões de justiça.

Convém explicar que o critério de eficiência econômica leva em consideração o critério de Pareto ótimo, ou seja, aquela situação em que, ponderando as limitações existentes, nenhuma outra situação seria cabível sem implicar piora na posição jurídica de outra pessoa. É oportuno dizer que a distribuição inicial de *entitlement* impacta o tipo de eficiência alocativa de recursos que será formado, haja vista que aquele que tiver a posição jurídica de vantagem estabelecida pelo direito será, de algum modo, mais rico em relação ao indivíduo que se sujeitará à prevalência dessa posição jurídica instituída.⁴³ Dessa forma, a eficiência econômica, consubstanciada na eficiência de Pareto, varia de acordo com a distribuição inicial de direitos (dado que essa alocação inicial, por si só, já representa uma riqueza). Isso significa que diferentes contextos de distribuição inicial de direitos conduzem a diferentes alocações de recursos de Pareto, de modo que uma alocação inicial de *entitlement* pode ser preferível a outra em termos econômicos simplesmente por envolver menos custos de transação.⁴⁴

Portanto, uma fixação inicial de *entitlement* pautada pela eficiência econômica levará em consideração o benefício social gerado *versus* o custo de obtenção do *entitlement*. Isso implica, segundo Calabresi e Melamed,⁴⁵ que, em situações de incerteza, o custo dessa análise deve ser suportado por aquele que apresenta a melhor condição de efetuar essa análise, assim como o custo de evitar um dano deve ser suportado pela parte que tem melhores condições de evitá-lo. Na ausência da certeza sobre quem deveria arcar com o custo, o *entitlement* deveria ser conferido à parte com o menor

42. CALABRESI; MELAMED, op. cit.

43. Ibidem, p. 1095.

44. Idem, ibidem.

45. Ibidem, p. 1090.

custo de transação de agir no mercado, a fim de corrigir eventual erro em uma posição jurídica estabelecida inicialmente de forma equivocada. Por fim, uma decisão deverá ser tomada, com vistas a alcançar, o mais próximo possível, a eficiência de Pareto plausível no mundo real, o qual é imperfeito e tem custo de transações.⁴⁶

Por sua vez, critérios de objetivos distributivos para a estipulação dos *entitlement* leva em consideração as preferências de riqueza distributiva específicas de cada sociedade. Levando em conta a diversidade de preferências dos indivíduos, uma sociedade completamente igualitária na alocação inicial de riqueza é impossível, visto que ou teria de se presumir que todas as pessoas são iguais e têm o mesmo gosto, ou teria de haver uma compensação pelas diferenças entre as riquezas estabelecidas, o que implicaria conhecer todas as preferências individuais e efetuar compensações entre elas. Contudo, alguns tipos de bens, denominados “bem de mérito”, são tidos como relevantes para a sociedade, ensejando, assim, uma opção de distribuição de *entitlement* que vise assegurar uma dotação inicial mínima desses bens aos indivíduos. Em geral, esses bens são educação, saúde, integridade etc. O motivo pelo qual a sociedade fixa um mínimo de *entitlement* referente a determinados bens específicos, em vez de dinheiro, para que cada indivíduo possa escolher o que comprar, está atrelado à suposição de que a sociedade saberia mais que o próprio indivíduo o que seria melhor para ele e para a coletividade. Desse modo, esses bens podem ser intitulados como inalienáveis, e seu efeito é proibir negociações voluntárias, o que faz com que o custo de transação relacionado a esses bens seja infinito.⁴⁷

Nesse ponto, cabe dizer que, quanto mais cara for uma transação de compra e venda de um *entitlement*, mais se aproximará das características de um bem de mérito inalienável, cuja escolha, portanto, significaria

46. Ibidem, p. 1097.

47. DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 348, maio de 1967.

dizer se um indivíduo terá ou não um *entitlement*. A inalienabilidade está relacionada, de forma implícita, à ideia de que um mercado⁴⁸ desse bem seria muito caro para ser viável, fazendo com que, nesses casos, a coerção fosse inerente. Há, contudo, inúmeros outros motivos, todos pautados por razões de justiça, os quais não se relacionam, necessariamente, a critérios de eficiência ou distribuição, mas podem representar a alocação inicial dos *entitlements* em determinada sociedade.

2.2.1 Regras de proteção dos *entitlements*

Para além dessa função de fixação inicial dos *entitlements*, o Estado deverá predizer de que forma um direito será protegido e em quais situações possibilitará que um indivíduo transacione sua posição jurídica de vantagem (*entitlement*). Para Calabresi e Melamed,⁴⁹ essas posições jurídicas de vantagem podem ser protegidas por meio de três diferentes regras: (i) propriedade; (ii) responsabilidade; e (iii) inalienabilidade.

Essas três formas de proteção ensejam, respectivamente, diferenças na intensidade da intervenção estatal. Assim, enquanto nos *entitlements* protegidos por regras de propriedade o Estado participa apenas da atribuição inicial dos direitos, sob a perspectiva da regra de responsabilidade o Estado também deve atribuir valor a esse *entitlement*. Por último, no caso de inalienabilidade, além da determinação inicial da posição jurídica, do valor necessário para a compensação, o Estado também intervém para proibir sua transferência em determinadas circunstâncias.

Nesse sentido, as regras de propriedade significam que a posição jurídica de vantagem (*entitlement*) poderá ser alterada apenas se o titular da posição quiser transferi-la pelo valor que, subjetivamente, julgar pertinente. Ou seja, a negociação será estabelecida pelo mercado, o qual é tido como um sistema descentralizado de precificação, segundo o qual

48. Considerando o mercado um lugar no qual as trocas voluntárias ocorrem, sem este não há trocas.

49. CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas, op. cit.,

as pessoas, em tese, revelam suas preferências. Quando esse sistema se mostra falho, surge a possibilidade de se valer da regra de responsabilidade, de acordo com a qual se utiliza outro sistema de valoração, pautado por uma avaliação exógena imposta.

Por sua vez, com frequência, as regras de inalienabilidade estão associadas a questões morais, segundo as quais o Estado considera inapropriada a monetização do *entitlement*, ou quando envolve custos significativos associados a terceiros que não fazem parte da relação jurídica originária (externidades). Outras explicações estão relacionadas a questões de paternalismo, em que o Estado compreende que deve tomar a decisão desconsiderando a vontade da pessoa. Está claro, contudo, que a maioria dos *entitlements* pode ser protegida simultaneamente por todas as regras, a depender do objetivo que se deseja alcançar. Um bom exemplo dessas múltiplas possibilidades é a regra do *caput* do art. 1.228 do Código Civil (CC) c/c seu § 30, a qual, da mesma forma que assegura ao proprietário o direito de vender (e, consequentemente, de não vender) um bem, também assinala que, em caso de desapropriação por utilidade pública ou interesse social, o proprietário poderá ser privado da coisa. Tem-se, assim, a proteção por uma regra de propriedade, no caso do *caput* do art. 1.228⁵⁰ do CC, e a preceituação de uma regra de responsabilidade, no caso do § 3º, sendo pertinente observar ainda que, nesse caso — desapropriação por necessidade ou utilidade pública —, o critério formador da regra mostra-se pautado por objetivos distributivos.

50. “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.”

Temos, portanto, que, apesar de a eficiência alocativa dos direitos de propriedade estar relacionada a critérios de universalidade (o fato de recursos valiosos serem propriedade de alguém), exclusividade (poder excluir outras pessoas do uso do recurso) e transferibilidade (ir para aquela pessoa que mais o valoriza), esses devem ser ponderados pelos custos de transação envolvidos em um sistema de direitos de propriedade.⁵¹ Revela-se, portanto, o importante papel do ordenamento jurídico, o qual, uma vez bem-estruturado, ao menos potencialmente, pode atuar como vetor da eficiência econômica, aumentando a riqueza e, conseqüentemente, o bem-estar social.

3. Direitos de propriedade da superfície dos reservatórios de hidrelétricas e as estruturas solares flutuantes

A possibilidade de combinação de fontes para a geração de energia elétrica tem despertado o interesse econômico dos agentes do setor. Entre os arranjos possíveis, merece destaque a combinação envolvendo hidrelétricas e usinas solares, em virtude da extensa área de superfície dos reservatórios de hidrelétricas potencialmente disponíveis para a instalação de painéis solares flutuantes.⁵² Como a regulação não avança na mesma velocidade das inovações tecnológicas, é natural que algumas dúvidas venham a reboque da inovação, surgindo questionamentos acerca do novo direito de propriedade. Ao mesmo tempo que cenários de incerteza tendem a desestimular os investimentos, também fazem surgir possibilidades de conflito durante a disputa pela captação do direito ao atributo de um bem até então posto em domínio público.⁵³

51. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Aspen Publisher's, 2002.

52. TRENNEPOHL, Natasha. "A energia solar que flutua". Disponível em: <https://cenariossolar.editorabrasilenergia.com.br/a-energia-solar-que-flutua>. Acesso em: 15 jul. 2021.

53. Vale frisar, tal como apresentado na introdução deste artigo, que não estamos falando de geração híbrida, fruto de outorga única, a qual foi objeto da Consulta Pública nº 61/2020, da Aneel.

Dessa forma, relendo o problema sob a concepção de Barzel,⁵⁴ parece ser o caso de solicitação de outorga de instalações de estruturas fotovoltaicas na superfície dos espelhos d'água dos reservatórios das hidrelétricas, quando os empreendimentos têm titulares diferentes e não há acordo prévio entre eles. Então, como equacionar pedidos de outorga para a instalação de estruturas fotovoltaicas sobre os espelhos d'água correspondentes à superfície do reservatório de usinas hidrelétricas que já estão sob regime de concessão? Em outros termos: o proprietário da estrutura fotovoltaica deveria ter livre acesso para a instalação dos painéis solares dentro do reservatório da hidrelétrica, independentemente da anuência do concessionário de hidrelétricas?⁵⁵

De início, convém esclarecer que é a Aneel que concede outorga de autorização para a exploração de centrais geradoras fotovoltaicas.⁵⁶ Nesse sentido, entre os documentos preliminares necessários à emissão do Despacho de Registro de Outorga (DRO), está a declaração de posse ou propriedade da área em que se pretende instalar a central geradora fotovoltaica. Dessa forma, a definição da propriedade da superfície do reservatório se faz relevante.

Apesar de o potencial de energia hidráulica ser um bem de propriedade jurídica da União, tal como revela o art. 20, VIII, c/c art. 21, XII, b, da Constituição Federal (CF), seu principal insumo, qual seja, o recurso hídrico, poderá ser de propriedade jurídica do Estado ou da União, a depender de as águas do rio se encerrarem ou não no mesmo estado (art. 20, III, c/c art. 26, I, da CF).⁵⁷ Todavia, como o potencial hidráulico

54. BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1997.

55. Obviamente, existem diversos fatores acerca de viabilidade técnica e segurança que são importantes, mas que estão sendo desconsiderados nesta análise.

56. Quando a potência for superior a 5.000 kW, e no caso de potência reduzida (igual ou inferior a 5.000 kW), deverá haver comunicação à Aneel (arts. 1º e 19 da Resolução Normativa Aneel nº 676/2015).

57. “Art. 20. São bens da União: [...] III — os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; [...]”

energético não se confunde com o recurso hídrico, há autonomia entre eles, cada qual com seus respectivos proprietários jurídicos, que podem ou não coincidir. Isso significa que, independentemente de onde esteja fisicamente inserido um potencial energético hidráulico — em um rio estadual ou federal —, dada a autonomia concedida aos direitos envolvidos, esse potencial hidroenergético pertencerá, juridicamente, à União, ainda que esteja inserido em um rio estadual.⁵⁸

Para além da efetiva exploração desses potenciais energéticos, o contrato de concessão pode atribuir outros direitos ao concessionário, como, em geral, ocorre com a cláusula de transferência de gestão do reservatório da hidrelétrica para o concessionário que o explora.⁵⁹ Acrescente-se que existem regulamentos periféricos, como, por exemplo, a Portaria MME nº 170/1987, que atribui ao concessionário a possibilidade de explorar as áreas marginais aos reservatórios com atividades outras que não estão efetivamente relacionadas à produção de energia.

Previsões desse tipo vão ao encontro da eficiência econômica, visto que, ao delimitarem contratualmente os direitos de propriedade sobre determinado atributo do bem inicialmente não demarcado na lei — concedendo-o a seu proprietário econômico —, geram incentivos para que o concessionário explore o bem da melhor maneira possível, concentrando tanto o ônus como o bônus naquele que explora o bem.

“Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I — as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; [...]”

58. MARQUES NETO, F. P. de A. “Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, p. 335-336, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45788/45054>. Acesso em: 1 out. 2021.

59. Essa cláusula-padrão, em geral, é redigida da seguinte forma: “Além de outras obrigações decorrentes de lei e normas regulamentares específicas, constituem encargos da Concessionária, inerentes às concessões reguladas por este Contrato: [...] Realizar a gestão dos reservatórios da Usina Hidrelétrica e respectivas áreas de proteção, nos termos da legislação e regulamentação pertinentes, bem como de eventuais condições a serem estabelecidas na outorga de direito de uso de recursos hídricos”. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-geracao>. Acesso em: 1 out. 2021.

É importante mencionar que a construção dos reservatórios de hidrelétricas normalmente envolve algum tipo de desapropriação, cuja fase executória fica a cargo do concessionário, inclusive no que se refere ao ônus de efetuar as indenizações cabíveis, na forma do art. 29, VIII, da Lei nº 8.987/1995.⁶⁰ Uma vez implementada a desapropriação, o reservatório, por ser bem essencial à concessão de energia hidráulica, é considerado um bem reversível, o qual, após o término da concessão, passará a integrar o patrimônio da União.⁶¹

Há de se mencionar, contudo, que os reservatórios destinados à geração de energia elétrica contemplam usos múltiplos de seus recursos hídricos. Isso significa que, uma vez construídos, os reservatórios de hidrelétricas devem conviver com os demais aproveitamentos hídricos, como, por exemplo, navegação, abastecimento humano, turismo, aquicultura etc.⁶² Assim, a gestão do reservatório está indissociavelmente relacionada a uma composição de interesses no que se refere aos recursos hídricos. Esse direcionamento referente ao uso múltiplo da água, disposto na Lei nº 9.433/1997, está atrelado à visão econômica dos recursos hídricos como recurso comum, cujas principais características são a não excludência e a rivalidade de consumo. Essas características tendem a ensejar problemas de excesso de consumo, bem como falta de incentivos de preservação, ocasionada pela existência de comportamentos aproveitadores do esforço alheio, conhecidos como *free*

60. Lei nº 8.987/1995, art. 29: “Incumbe ao poder concedente: [...] VIII — declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; [...]”.

61. Lei nº 8.987/1995, art. 35 § 1º: “Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”.

62. E, por assim ser, sofrem limitações operativas, as quais são coordenadas pelo Operador Nacional do Sistema (ONS), órgão responsável pela segurança energética no país, bem como pela coordenação e pelo controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN) e pelo planejamento da operação dos sistemas isolados do país, sob a fiscalização e a regulação da Aneel.

riders. No limite, os bens econômicos enquadrados como recurso comum, quando não regulados, tendem a enfrentar problemas de excesso de consumo e exaustão de recursos. Dessa forma, limitações e coordenações⁶³ de seu uso são necessárias para se evitar a extinção do recurso.

Portanto, a multiplicidade de uso dos recursos hídricos, prevista no art. 1º, II, da Lei nº 9.433/1997, não aborda o estabelecimento de direitos de propriedade, destinando-se, sim, a impor uma necessária coordenação regulatória⁶⁴ e dando enfoque às externalidades negativas que um uso pode gerar no outro, consoante a situação concreta, independentemente da propriedade, sendo certo que o recurso comum não deve confundir-se com a propriedade comum.⁶⁵

Esclarece-se que a lei dos recursos hídricos prevê apenas uma posição jurídica de vantagem de uso em face dos demais, qual seja, no caso do uso da água para consumo humano.⁶⁶ As demais funções devem ser coordenadas

63. Nesse sentido, há, em nossa legislação, tanto diretrizes limitativas de uso do bem como diretrizes coordenatórias, visando à proteção desse tipo de bem, dados os diversos direitos que os variados atributos da água podem ensejar. Exemplos dessas diretrizes podem ser percebidos no art. 4º, XII c/c § 3º da Lei nº 9.984/2000, que atribuem à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) o poder de estabelecer condições em prol do uso múltiplo dos recursos hídricos, devendo tal exercício ser em articulação com o ONS, cujo foco é a segurança energética do setor elétrico. Outro exemplo é o Decreto nº 10.576/2020, que dispõe sobre a cessão de uso de espaços físicos em corpos d'água de domínio da União para a prática da aquicultura.

64. Assim, embora um rio que corta mais de um estado possa ser considerado propriedade da União, como os atributos desse bem (o rio) ensejam diversos direitos, cada qual com um proprietário econômico distinto (p. ex., turismo e aquicultura), dada a intrínseca característica de não exclusão dos recursos hídricos (recurso comum), é necessário haver coordenação do uso múltiplo do recurso.

65. Elinor Ostrom chama a atenção para o fato de que os recursos comuns (*common-pool resource*) são frequentemente confundidos com as propriedades comunais, sendo necessário efetuar essa distinção. Recursos comuns são tipos de bens que têm o atributo da não exclusão e da rivalidade. Esses bens podem ser de acesso aberto (*open access resources*), mas também podem ser de propriedade de governos, grupos de pessoas, grupos privados etc. (OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. "Private and Common Property Rights", *Research Paper* n. 2008-11-01. Bloomington: Indiana University: School of Public & Environmental Affairs, 29 nov. 2007, p. 8-9. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1936062>. Acesso em: 1º out. 2021.)

66. "Art. 1º, III, da Lei nº 9.433/1997: em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais".

de forma dinâmica, de modo que, em dado momento, é possível priorizar determinado uso e, em outro momento, outro.

No caso da geração de energia elétrica, o que se tem, na prática, como fruto dessa coordenação com outras atividades não relacionadas à produção de energia é que as restrições operativas decorrentes dos demais usos da água do reservatório são informadas pelos geradores ao Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), para que o uso do recurso hídrico na geração de energia elétrica se ajuste ao atendimento dos múltiplos usos dos recursos hídricos de forma coordenada.

No entanto, para fins das reflexões aqui estabelecidas, vale dizer que não estamos considerando outra atividade paralela com finalidades distintas, como ocorre, por exemplo, com a construção de um tanque de pesca dentro dos reservatórios. Aqui, estamos tratando da mesma atividade econômica, qual seja, a geração de energia elétrica. A diferença do atributo (solar, hídrica, eólica etc.) da energia não altera a natureza da atividade econômica desenvolvida. De acordo com essas balizas, o recorte do problema, a exemplo do enfoque das reflexões aqui apresentadas, será setorial.

Nesse panorama, diante desse vácuo regulatório, permitir, logo de início, o livre acesso da superfície do reservatório às instalações de painéis solares nos reservatórios hidrelétricos poderia levar-nos, pelo menos em tese, a alguns problemas de congestionamento. A considerar que a gestão do reservatório é da alçada do concessionário de energia elétrica, diante da ausência de uma norma estabelecida, as externalidades negativas ocasionadas pela estrutura fotovoltaica acarretariam que o concessionário da hidrelétrica fosse obrigado a suportar, à sua custa, esse impacto. Desse modo, eventual outorga nesse sentido deveria levar em consideração os custos envolvidos, alocando-os naquele que consegue absorvê-los de forma mais barata, com as devidas compensações, com vistas a evitar problemas de congestionamento. Ademais, surge outra dúvida: caso houvesse vários interessados em se instalar no reservatório da hidrelétrica, os primeiros que ocupassem a área com suas estruturas fotovoltaicas “levariam”?

Deve-se ter em mente, contudo, que permitir o livre acesso, com o respectivo direito ao uso da superfície do reservatório em prol das usinas fotovoltaicas, implica estabelecer uma posição jurídica de vantagem em prol dessas usinas, com a conseqüente diminuição da propriedade econômica do reservatório para o concessionário de energia elétrica, haja vista que seu “consumo” em relação às possibilidades do bem diminui. Outro impacto potencial ao concessionário hidráulico, nessa situação, seria o compartilhamento da estrutura física e operacional do reservatório, que ele construiu e que está sob sua gestão, com as usinas fotovoltaicas.

Aqui, impõe-se uma importante ponderação para fins de diferenciação: o setor de geração elétrica, diferentemente dos setores de distribuição e transmissão, está sujeito a uma ampla concorrência, enquanto o setor de transmissão e todo o aparato técnico correlacionado se enquadram como infraestrutura de rede, considerada monopólio natural. Nesse caso — atividade de transmissão de energia —, há premissas no sentido de assegurar o uso de instalações alheias que sejam indispensáveis para o acesso à rede básica do sistema de transmissão, desde que respeitados os aspectos técnicos⁶⁷ e a remuneração adequada do detentor, de modo a viabilizar a concorrência.⁶⁸ Todavia, transpor o racional do setor de transmissão de

67. O ONS realiza os estudos e emite um “parecer de acesso”.

68. A base está na doutrina da *essential facility*: “O conceito de *essential facility* no Direito Concorrencial é utilizado para hipóteses de extrema concentração econômica. Em sua formulação inicial essas hipóteses coincidiam com os casos de monopólio natural ou com outros casos de monopólio decorrentes de razões estruturais e nos quais não há como presumir que o mercado seja capaz, por si, de dar solução a essas falhas”. Sua formulação inicial tem origem na jurisprudência norte-americana. Em *United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis*, a Suprema Corte reconheceu que a criação de obstáculos ao acesso a determinada infraestrutura poderia caracterizar infração ao *Sherman Act*, em face das peculiaridades da situação. A circunstância que sobressaía, no caso, era a impossibilidade prática de uma composição ferroviária passar ou entrar na cidade de St. Louis sem utilizar certas instalações terminais, as quais ligavam as vias férreas que davam acesso à cidade, passando pelas pontes existentes sobre o rio Mississípi. Além disso, não era possível às companhias dependentes desse acesso adquirir ou construir para si as infraestruturas, dados os custos proibitivos para tanto (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 323).

energia para o setor de geração de energia pode não ser adequado. Isso porque, levando-se em conta que o segmento de geração de energia não apresenta características de monopólio natural e que, em geral, a construção do reservatório, assim como sua gestão, é feita à custa do concessionário da hidrelétrica, caso a outorga fosse concedida à revelia deste, estar-se-ia chancelando um comportamento parasitário do *free rider*, pois se estaria permitindo que aquele que não contribuiu se aproveitasse da estrutura construída e mantida à custa do outro.

Nesse caso, observa-se que o foco da questão não é a água como insumo essencial para a atividade, mas, sim, como área de instalação. Ou seja, em vez de alguns hectares de terra para estruturas solares, serão quilômetros quadrados de superfície da área do reservatório. Essa superfície se caracteriza por espelhos d'água localizados em um reservatório cujas construção, exploração e gestão ficam a cargo do concessionário hidráulico. Traçando um paralelo, imaginemos uma fazenda alugada ou arrendada a alguém (proprietário econômico do bem). Caso se desejasse a instalação de painéis solares nessa fazenda, não se deveria contar com a anuência dos arrendatários ou locatários?

Dessa forma, a fixação inicial de uma posição jurídica de vantagem (*entitlement*), amparada em argumentos de aperfeiçoamento do ambiente concorrencial, merece reflexões mais profundas acerca de quão desenvolvido está o setor e dos objetivos em vista. Isso porque o estabelecimento de uma regra inicial de livre acesso em um segmento pouco desenvolvido com características monopolísticas poderia ser pautado pela eficiência. Todavia, a mesma regra em um setor submetido à ampla concorrência poderia ter um viés distributivo, mas não necessariamente eficiente, no sentido de alocação eficiente de recursos.

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que ambas as partes poderiam ter interesse no aproveitamento do novo atributo do bem, no caso a superfície do reservatório, a estipulação de anuência do concessionário hidráulico como requisito para que as estruturas fotovoltaicas sejam ins-

taladas equivale à atribuição de um *entitlement* em favor do concessionário da hidrelétrica. Nessa hipótese, pesa em favor desse concessionário o fato de já ser o proprietário econômico e o gestor do reservatório, de modo que, ao menos em tese, estaria alinhado com os interesses de melhor aproveitamento do bem, dado que usufruiria os eventuais benefícios de uma exploração eficiente. Ou seja, por já arcar com o encargo da gestão do reservatório, estaria em posição de elaborar melhor uma relação de custo-benefício em relação ao aproveitamento do novo atributo do bem e internalizar os custos e benefícios dessa exploração.

É possível ainda pensar em soluções intermediárias segundo as quais se estabeleça um direito de preferência a ser exercido, em dado período, em prol do concessionário que já tem a gestão do bem, e, portanto, já é seu proprietário econômico, possibilitando, assim, a otimização dos recursos. Desse modo, em dado período, vigoraria uma regra de propriedade como proteção de um direito e, após esse prazo, incidiria uma regra de responsabilidade segundo a qual o concessionário gestor do reservatório que optou por não explorar o recurso fosse indenizado pelo desenvolvimento de outra atividade em uma área sob sua gestão. Contudo, uma vez passado o prazo para o exercício do direito de preferência, o concessionário hidráulico não poderia impedir a exploração, caso venha a ser considerada uma atividade importante para a sociedade. Essa regra faz sentido se pensarmos que haveria ganhos sociais na exploração de um novo atributo do bem, de forma a não deixá-lo ocioso. Obviamente, o ponto ótimo de exploração desse novo atributo deveria estar consubstanciado em uma ampla análise de custo-benefício.

Uma vez que esses direitos já estariam estabelecidos, as partes poderiam chegar a um acordo acerca da anuência da área para a instalação da estrutura fotovoltaica. Assim, por um lado, o concessionário já estabelecido teria interesse em chegar a uma solução rápida, pois saberia que sua posição jurídica inicial seria alterada após transcorrido o prazo para o exercício de preferência. Por outro lado, o dono da usina fotovoltaica também teria

interesse em fixar sua posição inicial de forma clara, ajustando-a diretamente com o concessionário, a fim de obter a respectiva anuência, desde logo, para a instalação das estruturas fotovoltaicas na área de reservatório, pois saberia que o concessionário poderia exercer a preferência da outorga.

4. Conclusão

Pela perspectiva econômica, os direitos de propriedade referem-se a vários atributos de determinado bem, e não apenas ao bem em si. Dessa forma, são delimitados e valorados conforme seus múltiplos feixes de direitos, os quais ensejam variadas possibilidades de uso desse bem. Como delimitar todos os atributos e possíveis direitos de um bem seria algo muito oneroso, alguns direitos são postos em domínio público até o momento em que passam a despertar o interesse dos indivíduos em sua captura. Assim, o processo de criação de direitos em uma sociedade é dinâmico e contínuo, motivado pela valoração das múltiplas possibilidades de consumo dos atributos de um bem. O papel desempenhado pelos direitos legais de propriedade recai sobre a possibilidade de potencializar o direito econômico de propriedade, não sendo, contudo, condição necessária à sua existência.

A alocação inicial dos direitos na sociedade implica estabelecer uma posição jurídica de vantagem (*entitlement*) em prol daquele a quem o ordenamento jurídico assegura proteção. Os motivos de dada distribuição de direito em uma sociedade podem ser norteados por vários critérios, e a eficiência é apenas um deles. Para fins de eficiência, o direito deveria ser alocado de acordo com as preferências que as pessoas teriam exercido, se pudessem fazê-lo pela via do mercado. Nesse sentido, o critério de eficiência deve perquirir a situação mais próxima do ótimo de Pareto. Todavia, existem outros critérios que podem guiar essa alocação inicial de *entitlements*, como, por exemplo, as preferências distributivas, ou outros critérios de justiça. Deve-se ter em mente, contudo, que a forma dessa alocação inicial

de direito, bem como a forma assegurada para sua proteção, impactará a circulação de riquezas na sociedade.

O caso acerca dos direitos de propriedade da superfície dos reservatórios de hidrelétricas apresentado para reflexão, lido pela ótica da Análise Econômica do Direito, é uma versão contemporânea de uma situação em que o aumento da percepção de valor referente a um atributo de um bem, até então posto em domínio público, passa a gerar estímulos para que os agentes fiquem propensos a despender recursos em sua captura. A forma de alocação desses direitos conduz a consequências diversas e dependerá do objetivo que se tem em mente.

Apesar das inúmeras variáveis que merecem ser equacionadas, afirmou-se que a parte que desempenha a gestão do reservatório é o proprietário econômico do bem, que reuniria as melhores condições de internalizar os custos e benefícios referentes a esse novo direito surgido. Dessa forma, a posição inicial de vantagem (*entitlement*) referente ao uso da superfície do reservatório da hidrelétrica deveria ser estabelecida em prol do concessionário de energia hidráulica, considerando que ele também teria interesse no aproveitamento desse novo atributo.

No entanto, também seria possível adotar uma posição intermediária, por meio do estabelecimento de um direito de preferência a ser exercido em determinado lapso temporal, em prol do concessionário que já detém a gestão do bem. Nessa hipótese, desde que não exercida a preferência, o outro interessado passaria a ter direito de exploração da superfície do reservatório. Acredita-se que a estipulação de uma posição jurídica de vantagem inicial condicionada a seu efetivo exercício em um lapso temporal auxiliaria que as partes revelassem suas intenções de forma mais clara, o que facilitaria a negociação entre elas para a composição dos interesses. Dessa forma, com os direitos de propriedade definidos, com as consequências de seu não exercício estabelecidas e com as posições iniciais já reveladas, os custos de transação nas negociações poderiam ser menores, facilitando, assim, que o direito de propriedade circulasse para aquele que mais o valorizasse.

Referências

- BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1997.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.
- _____. *Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.
- _____. *Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.
- _____. *Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.
- _____. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral". *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, abril de 1972.
- COASE, R. H. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- _____. "The Problem of Social Cost". *The Journal of Law & Economics*, The University of Chicago, v. III, p. 1-44, outubro de 1960.
- COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012.
- DEMSETZ, Harold. "Toward a Theory of Property Rights". *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio de 1967.
- HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the Commons". *Science* 13, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dezembro de 1968.
- MANKIW, Gregory N. *Introdução à economia*. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- MARQUES NETO, F. P. de A. "Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia". *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, p. 333-354, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45788/45054>. Acesso em: 1º out. 2021.

- MONTEIRO, Guilherme Fowler de Avila; ZYLBERSZTAJN, Decio. “Direitos de propriedade, custos de transação e concorrência: o modelo de Barzel”. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 95-114, 2011.
- NOTA TÉCNICA Nº 051/2019-SRG-SCG-SRD-SRT/ANEEL. Disponível em: www.aneel.gov.br. Acesso em: 1º out. 2021.
- OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. “Private and Common Property Rights”, *Research Paper* n. 2008-11-01. Bloomington: Indiana University: School of Public & Environmental Affairs, 29 nov. 2007. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1936062>. Acesso em: 1º out. 2021.
- PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. “Uma análise também econômica do direito de propriedade”. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 207-232, jan./jun. 2016.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Aspen Publisher’s, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- TRENNEPOHL, Natasha. “A energia solar que flutua”. Disponível em: <https://cenarios-solar.editorabrasilenergia.com.br/a-energia-solar-que-flutua>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; MUELLER, Bernardo. “Economia dos direitos de propriedade”. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

“Batuque na cozinha, sinhá não quer”:¹ regulação da concorrência e práticas anticompetitivas no segmento de *foodtechs* brasileiro

Ana Carolina Alhadass Valadares
Ana Luiza Vieira Moerbeck

1. Introdução

A expectativa de crescimento do mercado de *delivery* nacional, no ano de 2019, girava em torno de R\$ 15 bilhões de reais. Já para o ano de 2020, a estimativa era de um aumento de cerca de R\$ 18 bilhões de reais, de acordo com um estudo realizado pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel).²

1. O trecho faz referência à música “*Batuque na cozinha*”, composta por João da Baiana (1887–1974) em 1917 e interpretada por Martinho da Vila. Destaca-se o refrão da música: “*Batuque na cozinha, Sinhá não quer, Por causa do batuque, Eu queimei meu pé*”.
2. Disponível em: <https://www.oconsumerista.com.br/2020/11/rappi-ifood-aplicativos-alimentacao/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Esses valores, no entanto, não quantificaram um evento importante que fosse capaz de ensejar um crescimento exponencial do segmento: a pandemia da Covid-19. Esse evento, de força maior, provocou impacto significativo no setor de entrega de comida,³ o qual, inclusive, foi enquadrado no rol de serviços essenciais disciplinado pelo Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, mais especificamente em seu artigo 3º, §1º, inciso XII.⁴ Em termos percentuais, os gastos dos consumidores com os principais aplicativos voltados à entrega de comida cresceram 103% no primeiro semestre de 2020.⁵

Esse segmento, ao qual foi atribuído o nome, pelo mercado e pela doutrina, de *foodtech*, caracteriza-se pela comunhão de vários restaurantes em uma mesma plataforma. Nela, os consumidores, a partir do cardápio disponibilizado pelos estabelecimentos, podem escolher seus pedidos e realizar o pagamento via aplicativo, ou ainda escolher realizá-lo presencialmente. Assim, o

3. Em termos numéricos, em um levantamento realizado, a partir do envio de formulários eletrônicos a consumidores de todo o país, os tipos de estabelecimento com produtos e serviços mais pedidos no *delivery* correspondem a: 89% (oitenta e nove por cento) de restaurantes; 29% (vinte e nove por cento) de supermercados; 14% (quatorze por cento) de bebidas; contra 32% (trinta e dois por cento) de farmácias e 10% (dez por cento) de *pet shop*. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/blog/arnaldo-lorencato/pesquisa-delivery-pandemia/>. Acesso em: 10 jul. 2021. A pesquisa foi realizada pela empresa OnYou, que, de acordo com as informações de sua página, “é uma das maiores empresas especializadas em monitoramento da experiência do cliente na América Latina, utilizando-se das metodologias de Cliente Oculto e de Auditoria Revelada, com processos e tecnologias de análise de dados diferenciados”. Disponível em: <https://www.onyou.com.br/quem-somos>. Acesso em: 10 jul. 2021.

4. Decreto nº 10.282/2020 — “Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.

§ 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

XII – produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, limpeza, alimentos, bebidas e materiais de construção”.

5. “Gastos com aplicativos de entrega de comida crescem 103% no primeiro semestre.” Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/07/16/mobilis-gastos-com-aplicativos-de-delivery-crescem-103-de-janeiro-a-junho.htm>. Acesso em: 10 jul. 2021.

mercado on-line de pedidos de comida corresponde a um mercado de dois lados que se retroalimentam, e em que a plataforma⁶ desempenha o papel de intermediária entre os ofertantes, de um lado, e os adquirentes, de outro.

No entanto, ainda que seja possível atestar um crescimento substancial do próprio setor, esse fenômeno não se dá de forma proporcional entre todos os prestadores; pelo contrário, o aumento de oferta e demanda desse serviço se concentra nos grandes *players* do mercado, quais sejam: *iFood*, *Rappi* e *UberEats*.⁷

Essa configuração, oriunda da reestruturação do mercado e da consolidação de uma economia digital, produziu mudanças relevantes na forma como as empresas competem entre si, o que demanda a formulação de medidas voltadas à garantia da livre concorrência pelas autoridades antitruste ao redor do mundo.

Destaca-se que, ainda que esse efeito não se restrinja a esse segmento e acabe se manifestando em outras plataformas digitais,⁸ o presente recorte, no setor de *foodtech*, se mostra relevante em virtude dos números e do

6. Uma “plataforma” pode ser definida como um mercado *online* que “fornece um conjunto discreto de serviços para as partes que a utilizam, facilitando seus esforços para realizar transações de forma eficaz e eficiente, incluindo a busca de potenciais parceiros de transação, concordando aos termos com eles, e executar o contrato” (tradução livre). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão Federal de Comércio. “A economia do “compartilhamento”: problemas enfrentados por plataformas, participantes e reguladores”, 2016, p. 3. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

7. “Em uma pesquisa feita pelo Instituto QualiBest, *iFood* é o mais utilizado por 75% dos respondentes; *Uber Eats* é o segundo, citado por 35%; depois aparecem *Rappi*, com 18%; aplicativos de *delivery* próprios dos restaurantes, com 13%; *99Food*, com 10%; *James e Aiqfome* e *Delivery Much*, com 4%; *Loggi*, *Glovo*, *Cornershop* e *PedidosJá*, com 2%; e *Appetite* e outros, com 1% das respostas”. Disponível em: <https://mercadoeconsumo.com.br/2020/12/07/pesquisa-aponta-lideranca-do-ifood-entre-os-aplicativos-de-delivery-de-comida/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

8. No caso de transporte privado de passageiros, por exemplo, de acordo com uma pesquisa realizada pelo Ibope Inteligência, 54% dos entrevistados utilizam o *Uber*, seguidos de 12% dos usuários do *99 Táxi*, 5% do *EasyTáxi*, 4% do *Cabify* e 5% de outros. Disponível em: <https://ndmais.com.br/impar/impar-tech/uber-e-o-aplicativo-de-transporte-de-passageiro-mais-usado-no-brasil/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

momento de expansão do setor, além de necessário, na medida em que os modelos de negócios de cada um dos aplicativos são distintos, a depender dos serviços prestados. Para além desses fundamentos, os quais justificam o presente trabalho, outro fator também evidencia a relevância dessa exposição: a ausência de um entendimento definitivo, ou seja, vinculante, emitido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em matérias que envolvam disputas concorrenciais travadas entre as plataformas que operam no referido setor.

Nesse sentido, a metodologia empregada ao longo desta exposição envolve: a apresentação de dois casos paradigmáticos em que autoridades de defesa da concorrência distintas, estabelecidas em diferentes jurisdições, tiveram de se manifestar (caso Alibaba.com e Ifood vs. Rappi); a análise da recente jurisprudência do Cade em matérias que envolvem a atuação de plataformas digitais; a exposição dos atos normativos que regulamentam o sistema de defesa da concorrência no Brasil; bem como a exposição das principais produções bibliográficas já desenvolvidas sobre o tema.

Assim, este artigo divide-se em quatro seções, incluindo a presente introdução. De início, aborda-se a substituição do modelo clássico de firma pelo modelo de plataforma, bem como as falhas de mercado que se manifestam no setor, para que, no terceiro tópico, seja explorada a aplicação do direito concorrencial a esse novo modelo de economia, a partir dos casos Alibaba.com e Ifood vs. Rappi. Por fim, na quarta e última seção, são expostas as possíveis propostas de solução às distorções concorrenciais que se manifestam nesse novo cenário mercadológico.

2. A substituição do modelo de firma pelo modelo de plataforma

Ao longo dos anos, importantes autores de Análise Econômica do Direito se dedicaram ao estudo das firmas, em especial à elaboração de respostas

às seguintes perguntas: (i) qual é a natureza da firma; (ii) por que as firmas existem; (iii) como se estabelecem; e; (iv) como se comportam, competem e exercem suas atividades⁹. A partir dessas produções, as teorias foram agrupadas em quatro grandes grupos: teorias baseadas em direitos de propriedade; teoria baseadas em custos de transação;¹⁰ teorias baseadas em agência;¹¹ e teorias baseadas em recursos.

Assim, inicialmente, entendia-se, com base na teoria dos direitos de propriedade, que as firmas eram locais e que os proprietários poderiam exercer os direitos inerentes à propriedade por meio do uso de seus ativos.¹² Portanto, o recurso a essas entidades seria capaz de alocar, de forma eficiente, os direitos de controle de propriedade entre os diversos agentes que compõem determinada transação.¹³

Uma atualização dessa visão, formatada pela teoria da firma, que se baseia em recursos, parte da compreensão de que, na realidade, as firmas representam um conjunto de potencialidades, ou seja, um conjunto de vários recursos e capacidades¹⁴ a partir dos quais as atividades

9. PENG, Mike et al. “Theories of the (State-Owned) Firm”, *Asia Pacific Journal of Management*, edição 2/2021, 3 maio 2016. Disponível em: <https://www.springerprofessional.de/en/how-do-soes-and-fies-affect-poes-performance-in-emerging-economy/17100264>. Acesso em: 10 jul. 2021.

10. As teorias baseadas em custos de transação sustentam que as firmas são mais eficientes para a solução de problemas de custos de transação do que as transações realizadas pontualmente no mercado. Ver: COASE, R. H. *The nature of the firm*. *Economica*, 1937, p. 386-405; e WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press, 1985.

11. As teorias baseadas em agência preceituam que a empresa é composta por um feixe de contratos firmados entre os principais (proprietários) e os agentes (funcionários), e que mostra-se necessário o estabelecimento de mecanismos de governança corporativa que sejam capazes de neutralizar os interesses contrapostos existentes entre as partes. Ver: JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, 3, 1976, p. 305-360.

12. CHEUNG, S. N. S. “The Contractual Nature of the Firm”, *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, p. 1-21.

13. GROSSMAN, S. J.; HART, O. D. “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, 94, p. 691-719.

14. BARNEY, J. B. “Resource-based Theories of Competitive Advantage: A Ten-year Retrospective on the Resource-based View”, *Journal of Management*, 27, 2001, p. 643-650.

desempenhadas pelas empresas podem ser desenvolvidas de modo que as firmas se diferenciem umas das outras.¹⁵ Essa atualização, no entanto, não se limita ao aspecto econômico e tem reflexo direto na própria organização das firmas quando do desempenho de suas atividades. Assim, a partir do reconhecimento de que as companhias representam uma potencialidade de recursos que exige o desenvolvimento de características raras para que se destaquem e ganhem proeminência¹⁶ é que o modelo clássico do mercado é substituído por um mercado multifacetado, criado a partir de um modelo de plataforma baseado na economia do compartilhamento.

Esse arranjo disruptivo¹⁷ é reconhecido por se tratar de um sistema baseado na interconexão entre produtores e consumidores,¹⁸ por meio do emprego de ferramentas tecnológicas, principalmente de algoritmos, capazes de acelerar e potencializar a experiência do consumidor a partir da apresentação de opções que atendam às suas demandas de forma personalizada.

15. TEECE, D. J.; PISANO, G.; SHUEN, A. "Dynamic Capabilities and Strategic Management", *Strategic Management Journal*, 18, 1997, p. 509-533.

16. "As fontes de mudança são as oportunidades percebidas pelos empreendedores. Elas decorrem tanto de mudanças externas no ambiente como da aquisição de aprendizados e habilidades que, dadas as construções mentais dos atores, sugerem novas oportunidades. Mudanças nos preços relativos foram as fontes externas mais comuns de mudanças institucionais na história, mas as mudanças no gosto também foram importantes. A aquisição de aprendizagem e habilidades leva os empreendedores a construir novos modelos mentais para decifrar o ambiente, que, por sua vez, alteram os preços relativos percebidos de escolhas potenciais. Na verdade, geralmente é uma mistura de mudança externa e aprendizado interno que determina as escolhas que levam à mudança institucional" (tradução livre). NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. San Francisco, Califórnia: Press, 1992, p. 10-II.

17. "Uma inovação disruptiva é aquela que gera a superação do domínio de um incumbente do mercado através da oferta de um produto que seja: mais barato do que o produto do incumbente; mais simples de usar, atendendo às demandas básicas do cliente; e mais confiável e mais conveniente do que o produto básico do incumbente" (tradução livre). MILLER, Stephen. "First Principles for Regulating the Sharing Economy", *Harvard Journal on Legislation* 53.1, 2016, p. 147-202 e p. 160.

18. GANSKY, Lisa. *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*. Londres: Penguin, 2010.

Em linhas gerais, a diferença entre os dois modelos de exploração reside no fato de que, enquanto no modelo tradicional era necessário dirigir-se fisicamente até um fornecedor para adquirir determinado produto, na organização atual é possível escolher, em um mesmo ambiente, aquele prestador que melhor atende às expectativas do consumidor, que agora ganha um novo *status*: usuário. De acordo com esse novo arranjo, os aplicativos são capazes de reduzir, mais acentuadamente, a assimetria informacional e os custos de transação, que já eram minimizados a partir da própria constituição das firmas, da forma preceituada pela teoria da firma baseada em custos de transação.

Assim, enquanto as assimetrias de informação podem ser identificadas naqueles cenários em que, no momento da realização de uma transação, um dos agentes tem mais conhecimento das condições sobre as quais a operação será realizada do que a outra parte,¹⁹ os custos de transação, por sua vez, podem ser enquadrados em três diferentes categorias: custos de busca por um parceiro; custos de negociação; e custos de cumprimento do que foi negociado.²⁰

Não há dúvida, portanto, de que, no modelo de plataformas, especificamente no setor de *foodtechs*, os consumidores são capazes de localizar diversos fornecedores — o que reduz os custos de localização —, os compradores podem comunicar-se diretamente com os restaurantes — o que diminui as assimetrias informacionais e, conseqüentemente, os custos de negociação —, os clientes podem acompanhar o pedido realizado e avaliar o serviço prestado de forma positiva ou negativa, ensejando a penalização dos restaurantes — o que reduz os custos de cumprimento do que foi pactuado.

19. “Assimetria de informação: ocorre quando uma das partes em uma transação sabe mais sobre as condições em que se realiza a transação — por exemplo, as características de um bem ou serviço sendo transacionado — do que a outra parte”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 285.

20. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105.

Para além desses custos, que são reduzidos de forma pontual a cada transação efetuada entre os restaurantes e os consumidores, destaca-se ainda que esse modelo de negócios é capaz de gerar efeitos sistêmicos, incluindo economia de escala e escopo, e o aumento dos efeitos de rede.

No âmbito das economias, a de escala se materializa a partir do acesso, pelas plataformas, de uma maior quantidade de informações fornecidas por seus usuários. Observe-se que, a partir dessas informações, os desenvolvedores dos aplicativos e os próprios restaurantes são capazes de melhorar seus produtos a custos mais baixos do que as demais empresas.²¹ Já a de escopo se concretiza nos casos em que há redução dos custos de produção dos restaurantes, os quais são capazes de, simultaneamente, produzir dois ou mais itens para diferentes consumidores ao mesmo tempo.²²

Quanto aos efeitos de rede gerados pelas plataformas, destaca-se que, a partir do crescimento desses dois grupos distintos de clientes (*i.e.*, fornecedores e consumidores), ocorrem relevantes efeitos de rede. Em linhas gerais, esses efeitos, que se manifestam nas plataformas dos dois lados, correspondem ao valor do aplicativo para os usuários que figuram em ambos os polos; assim, como a demanda nos dois extremos aumenta, o valor correspondente também é incrementado, gerando um efeito cíclico que cativa novos usuários de ambos os lados.²³ Desse modo, no merca-

21. “Economias de escala: uma tecnologia de produção exibe economias de escala quando o custo de uma empresa produzir uma quantidade Q é menor do que o custo total de duas empresas produzirem quantidades q_1 e q_2 separadamente. Vale dizer, $C(Q) \leq C(q_1) + C(q_2)$, onde $Q = q_1 + q_2$.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 285.

22. “Economias de escopo: ocorre quando o custo de uma única empresa produzir quantidades Q^A e Q^B de dois bens A e B é menor do que alocar toda produção de A a uma empresa e toda a de B a outra. Vale dizer, $C(Q^A, Q^B) \leq C(Q^A, 0) + C(0, Q^B)$.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 285.

23. Esse fenômeno recebe o nome de “efeito do vencedor leva tudo” (*winner-takes all effect*). Uma vez que, “esses efeitos de rede criam um ‘ponto de inflexão’ (*tipping point*), um círculo virtuoso de feedback positivo garante que um vencedor se torne ainda mais vencedor à medida que continua a atrair mais e mais clientes, levando a um forte poder de mercado imune à

do de *foodtech* a atração de bons fornecedores viabiliza a criação de uma massa crítica de estabelecimentos que se mostram aptos a aumentar o número de consumidores.²⁴

No entanto, ainda que essa nova organização dos negócios seja capaz de reduzir eventuais falhas e custos que se manifestam no referido segmento, o recurso às plataformas, como um instrumento por meio do qual os restaurantes desempenham suas atividades, não está imune a críticas e não representa um modelo perfeito.

A principal distorção que pode ser causada nos mercados digitais multilados é a consolidação de um cenário de monopólio ou de oligopólio, a partir do aumento do poder econômico de determinados *players* que compõem o segmento. Esse cenário de possível ineficiência econômica se manifesta em virtude da conformação inerente à própria organização do setor. Nesses casos, há uma clara tendência à manifestação dos *tipping effects*,²⁵ ou seja, uma intensa competição pelo ingresso no mercado, seguido da redução desse contexto competitivo.

Para tanto, as plataformas recorrem a alguns instrumentos típicos desse segmento. Um deles é o próprio acesso aos dados dos usuários,

entrada” (tradução livre). VITKOVIĆ, Deni. “The Sharing Economy: Regulation and the EU Competition Law”, *Global Antitrust Review*, ago. 2016, p. 29. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2926852>. Acesso em: 10 jul. 2021.

24. EISENMANN, Thomas; PARKER, Geoffrey; VAN ALSTYNE, Marshall W. Strategies for Two-sided Markets”, *Harvard Business Review*, v. 84, n. 10, 2006, p. 92.

25. Nesse sentido, destacam-se os seguintes relatórios produzidos por entidades internacionais: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “Stigler Center for the Study of the Economy and the State: Stigler Committee on Digital Platforms”, 2019, p. 40. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. “Directorate-General of Competition da União Europeia: Competition Policy for the Digital Era”, março de 2019, p. 23. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kdo419345enn.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

REINO UNIDO. “Report of the Digital Competition Expert Panel: Unlocking Digital Competition”, março de 2019, p. 39. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

uma vez que a grande quantidade de informações por eles fornecidas viabiliza a construção de recursos capazes de coletar cada vez mais elementos, além da possibilidade de adequação dos serviços às preferências manifestadas pelos consumidores.²⁶ Já outro mecanismo empregado por esses agentes, e que será abordado ao longo da seção subsequente, é o recurso às cláusulas de exclusividade; por meio dessas cláusulas, os operadores das plataformas exigem que os prestadores estejam inscritos apenas em sua lista de fornecedores, sem que, para tanto, seja fornecida qualquer contrapartida proporcional à referida limitação.²⁷ Essas ferramentas, que estão à disposição dos *players* já consolidados, criam um autêntico sistema cíclico — sistema que é capaz de garantir sua própria posição dominante.

O problema central dessa configuração reside no fato de que, nesse momento, o monopolista extrai um benefício econômico oriundo de seu poder de mercado, que é protegido pela existência de elevadas barreiras à entrada, com destaque para a existência de efeitos de rede, o que reduz a probabilidade de uma migração em escala pelos consumidores;

26. UNIÃO EUROPEIA. “Competition Policy for the Digital Era”. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kdo419345enn.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

27. “Os contratos CRRs [Contratos que fazem referência a rivais] são tipos de acordos de exclusividade que podem ser usados por um operador de plataforma para limitar como os participantes irão interagir com outras plataformas. King argumenta que eles podem ser uma preocupação particular na economia de compartilhamento, por duas razões. Em primeiro lugar, devido à sua natureza anticompetitiva em redes ponto a ponto, quando combinada com a questão de *tipping*. Nesse cenário, eles podem criar barreiras significativas à entrada, pois impedem os participantes de um lado do mercado de *multi-homing*. Em segundo lugar, desafiados pelos novos modelos de negócios da economia do compartilhamento, os fornecedores históricos podem querer entrar na economia do compartilhamento a fim de competir e sustentar sua expansão. Tal comportamento pode aumentar a concorrência, mas não se os participantes do mercado incumbentes usarem CRRs. Se o fizerem, o uso de CRRs pode levar à alavancagem de sua posição de mercado tradicional em uma posição significativa ou dominante na economia de compartilhamento” (tradução livre). VITKOVIĆ, Deni. “The Sharing Economy: Regulation and the EU Competition Law”, *Global Antitrust Review*, agosto de 2016, p. 32. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2926852>. Acesso em: 10 jul. 2021.

a manifestação de economias de escala e escopo; e a especificidade dos serviços prestados.²⁸

A ineficiência antes aventada se concretiza a partir da dificuldade de ingresso de novos entrantes no mercado e das barreiras impostas ao crescimento das plataformas menores, em razão da dificuldade de se criar uma massa crítica própria. Assim, a partir da redução do número de plataformas disponíveis à prestação do serviço de entrega, os maiores agentes do mercado se consolidam e atuam de forma predatória, a fim de manter sua posição dominante, o que pode representar, em algumas jurisdições, uma verdadeira violação daqueles diplomas legais que regulamentam o sistema de defesa da concorrência.

Essas falhas, no entanto, não são passíveis de superação a partir da simples coordenação entre os agentes do mercado. Isso porque, ainda que os direitos de propriedade dos desenvolvedores e dos fornecedores estejam claramente definidos, dois problemas (de diferentes ordens) manifestam-se no caso em questão, opondo obstáculos à efetivação de uma transação entre as partes como uma forma de solução do cenário ora exposto.

A primeira limitação a essa alocação privada é a ausência de um cenário de custos de transação baixos, o que inviabiliza a negociação e a coordenação entre os agentes e evidencia a inaplicabilidade do Teorema de Coase.²⁹

A segunda restrição, por sua vez, é de ordem pública, tendo em vista a vedação ao estabelecimento de transações sobre direitos que não são ex-

28. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, agosto de 2020, p. 12. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

29. COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, v. III, 1960. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em: 10 jul. 2021. NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. San Francisco, California: Press, 1992, p. 10-11.

clusivamente titularizados pelas partes envolvidas na operação. O Direito Concorrencial, da forma como será exposto, busca tutelar a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa dos consumidores,³⁰ e tem como titular a coletividade.

3. Direito concorrencial e plataformas

Em face da concretização desse cenário de concorrência imperfeita — monopólio ou oligopólio —, em alguns países em que há tutela do sistema de defesa da concorrência, as autoridades antitruste foram instadas a se manifestar acerca da concretização dessa falha de mercado de ambos os lados. Nesse contexto, dois casos paradigmáticos se destacam: o caso *Alibaba.com*, em razão de sua proeminência e de sua manifestação em um contexto internacional, e o caso *Rappi vs. Ifood*, por seu caráter recente e local.

Quanto ao recorte, destaca-se que, ainda que o site *Alibaba.com* seja voltado à venda dos mais diversos produtos, figurando como um verdadeiro *shopping on-line*, e que a *Rappi* e a *Ifood* sejam plataformas voltadas ao serviço de *delivery*, a análise daquele caso se mostra relevante, no presente momento, para evidenciar que as questões atinentes à competição nos *marketplaces* não se manifestam apenas no Brasil e que, ao redor do mundo, as plataformas recorrem aos mesmos instrumentos, com o objetivo de garantir sua hegemonia no mercado. Para além disso, como será demonstrado, alguns dos argumentos empregados pela autoridade chi-

30. A lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) é clara ao estabelecer, em seu art. 1º: “Art. 1º: Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

nesa podem ser transportados para nosso ordenamento jurídico e para o setor de *foodtech*, em razão de seu caráter generalista, uma vez que, naquela oportunidade, a entidade antitruste optou por não analisar as especificidades do segmento, como se passa a expor a seguir.

3.1 Caso paradigma: *alibaba.com*

Em abril de 2021, a Administração Estatal para a Regulamentação do Mercado da China aplicou a multa recorde de 18,2 bilhões de yuans, o equivalente a US\$ 2,78 bilhões de dólares ao *Alibaba Group Holding Ltd.* (grupo *Alibaba*), controlador do *AliExpress*, uma das maiores empresas de *e-commerce* do mundo.³¹

A investigação, deflagrada pela autoridade antitruste em dezembro de 2020, buscava averiguar se a plataforma teria violado as leis antimonopólio do país a partir da imposição de medidas restritivas aos vendedores, impedindo-os de fornecer seus produtos em outras plataformas de venda, sob pena de serem excluídos do site da empresa. Após a instrução processual, a entidade constatou que a política de uso do site restringia a concorrência, impactava a inovação e causava violação aos direitos dos comerciantes e consumidores.³²

Nesse contexto, para a fixação da multa supracitada, a entidade de defesa da concorrência considerou o valor correspondente a 4% do faturamento sobre as vendas,³³ obtido pela plataforma no ano de 2019, o que corresponde a 455,7 bilhões de yuans ou cerca de US\$ 69,5 bilhões de dó-

31. “China Fines Alibaba \$2.8 Billion in Landmark Antitrust Case”, *The New York Times*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/04/09/technology/china-alibaba-monopoly-fine.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

32. “China aplica multa recorde de US\$ 2,8 bi ao Alibaba, controlador do AliExpress”, *Estadão*. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,china-aplica-multa-recorde-de-us-2-8-bi-ao-alibaba-controlador-do-aliexpress,70003677436>. Acesso em: 10 jul. 2021.

33. “De acordo com a legislação do país, as multas aplicáveis pela autoridade antitruste, nesses casos, está limitada a 10% (dez por cento) das vendas anuais da empresa.” Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,china-aplica-multa-recorde-de-us-2-8-bi-ao-alibaba-controlador-do-aliexpress,70003677436>. Acesso em: 10 jul. 2021.

lares.³⁴ Para além da pena pecuniária imposta, a Administração Estatal para a Regulamentação do Mercado consignou, em sua decisão, que a plataforma deveria adequar suas operações e seus normativos à legislação concorrencial do país.³⁵ Nesse caso, portanto, para além da penalização mencionada aplicada pelo órgão concorrencial, a entidade ainda adotou um comportamento prospectivo, ao determinar que o Grupo *Alibaba* elaborasse um autêntico relatório de autoexame de conformidade quando da reformulação de suas operações, no intervalo dos três anos subsequentes.

A peculiaridade dessa decisão reside no fato de que o Poder Público não se imiscuiu diretamente no mérito das alterações que deveriam ser efetivadas pela plataforma para adequar suas atividades aos diplomas normativos e regulamentadores da matéria. Limita-se, portanto, à emissão de uma determinação em caráter formal, para que, em face dessa medida, a própria empresa identifique as alterações que devem ser efetivadas, em consonância com seu plano de negócios.

Há, assim, um reconhecimento por parte do órgão regulador de que os *players* do mercado detêm mais conhecimento sobre as dinâmicas do mercado do que a entidade pública e que os resultados obtidos por essa “regulação” endógena são mais eficientes do que aqueles auferidos através da imposição de regras — para cuja formação os agentes não concorreram — pelas autoridades.

3.2 *Alibaba* à brasileira: o caso *IFood*

Conforme já assinalado, os questionamentos e argumentos que envolvem o grupo *Alibaba* não podem ser integralmente transpostos para o setor de

34. “China multa Alibaba em US\$2,8 bilhões por prática de monopólio”, *Gi*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/10/china-multa-alibaba-em-us-28-bilhoes-por-pratica-de-monopolio.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2021.

35. “China fines Alibaba record \$2,75 bln for anti-monopoly violations”, *Reuters*. Disponível em: <https://www.reuters.com/business/retail-consumer/china-regulators-fine-alibaba-275-bln-anti-monopoly-violations-2021-04-10/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

foodtech, em virtude das diferenças entre os modelos de negócios que esse mercado bilateral é capaz de comportar.

No entanto, o caso ilustra o surgimento de uma preocupação global por parte das entidades de defesa da concorrência no que se refere ao tipo e à intensidade da regulação a que a atuação dos agentes econômicos, que recorrem a esse modelo de plataforma, deve ser submetida. A questão essencial reside na necessidade de se ponderarem dois interesses distintos e aparentemente contrapostos: a garantia de desenvolvimento tecnológico e a tutela dos usuários e consumidores a partir da defesa da concorrência.

Em relação à atuação das plataformas de *delivery* e à própria experiência brasileira, destaca-se a representação encaminhada, em setembro de 2020,³⁶ ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade),³⁷ pela *Rappi*³⁸ em face da *Ifood*,³⁹ requerendo a condenação da plataforma com

36. Todas as informações apresentadas ao longo da presente seção foram extraídas da versão pública do processo nº 08700.004588/2020-47. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOItMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPE-JuTUuo8mg6wxLtoJzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaPonKpemYl59iTZDVz4tcKkeMG-3znSccU-isTZDv-qj. Acesso em: 10 jul. 2021.

37. Esse não é o primeiro caso referente à atuação das plataformas que foi submetido ao crivo do CADE. Em 2011, a empresa E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., titular dos sites de comparação de preços Buscapé (<http://www.buscape.com.br>) e Bondfaro (<http://www.bondfaro.com.br>), denunciou que o Google estaria praticando condutas discriminatórias no “mercado relevante brasileiro de sites de busca (“sites de busca”). Em linhas gerais, o Google estaria privilegiando seu site de comparação de preços, o Google Shopping, em detrimento dos demais. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLu9u7akQAh8m-pB9yOBWjuCNj4l75LGYGmkxvGGA3KsZ7gMbeOyJAU4rJ9vx9C3faktSMw8hSoMgRRVdt-QJwj7ACTjy7bWKuQ92ZDz. Acesso em: 10 jul. 2021.

38. “O *Rappi* é uma empresa de entrega sob demanda de diversos produtos (inclusive comida) que atua por meio de uma plataforma digital. Para tanto, desenvolve atividades de intermediação de negócios via aplicativo e disponibiliza uma plataforma para diversas empresas parceiras realizarem a venda de seus produtos e serviços por meio do *marketplace* para múltiplas verticais de consumo (supermercados, restaurantes, lojas, entre outros serviços). Como forma de remuneração, o *Rappi* cobra dos estabelecimentos um percentual do valor obtido com as compras realizadas.” Disponível em: <https://www.rappi.com.br/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

39. “O *iFood* é uma *foodtech* que presta serviço de entregas *online* de comida por meio de uma plataforma digital, a qual é considerada pioneira (*first mover*) no país. Ele oferece aos restaurantes

base no cometimento das infrações descritas no art. 36, *caput*, I,⁴⁰ e §3º, III, IV e V,⁴¹ da Lei nº 12.529/2011.

De acordo com a representante, a *Ifood* tem praticado, ao longo dos anos de operação, uma série de condutas anticompetitivas consubstanciadas em duas estratégias principais que viabilizam seu crescimento não orgânico: (i) a aquisição de potenciais entrantes empreendidas desde 2013, e que resultou na incorporação de pelo menos dez empresas do segmento; e (ii) a imposição de acordos de exclusividade aos restaurantes, principalmente os âncoras, que optam por fazer parte da plataforma, com cláusulas irrevogáveis⁴² em alguns casos, estabelecidas por períodos longos e para as quais há cominação de elevadas multas em caso de inadimplemento.

Essas preocupações já haviam sido, inclusive, externalizadas pelo próprio Cade quando da análise do Ato de Concentração nº 08700.007262/2017-76, no qual analisou a aquisição de participação minoritária na empresa

interessados uma plataforma comum para divulgarem os seus produtos, o que permite que os consumidores escolham seus restaurantes de preferência, realizem seus pedidos (os quais são registrados e direcionados aos estabelecimentos pelo *iFood*) e finalizem o pagamento na própria plataforma. O aplicativo, portanto, faz a intermediação entre restaurantes, consumidores, entregadores, meios de pagamento e outros serviços.” Disponível em: <https://institucional.ifood.com.br/?utm%2osource=site%2oiFood>. Acesso em: 10 jul. 2021.

40. Lei nº 12.529/2011 — “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

41. Lei nº 12.529/2011 — “§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”.

42. Esse fenômeno recebe o nome de “assimetria do poder de barganha”. Nesses casos, “o rápido crescimento dos campeões da economia do compartilhamento parece surgir a partir da imposição de requisitos semelhantes aos usuários individuais, por parte daqueles que detêm posição dominante no mercado” (tradução livre). VITKOVIĆ, Deni. “The Sharing Economy: Regulation and the EU Competition Law”, *Global Antitrust Review*, agosto de 2016, p. 31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2926852>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Delivery Hero AG pela *Naspers Ventures B.V.* (empresa do grupo *Ifood*). Nesse momento, ainda que o posicionamento final da autoridade antitruste tenha sido pela aprovação, sem restrição, da operação, restou consignado, a partir de uma manifestação emitida pela Superintendência-Geral do Cade, que a entidade já havia identificado que essas condutas praticadas pela *Ifood* poderiam ser contrárias às normas de defesa da concorrência.

A partir dessa conduta, de acordo com a *Rappi*, a *Ifood* estaria abusando de sua posição dominante no mercado de pedidos *on-line* de comida, tanto em relação aos restaurantes como em relação aos consumidores, além de impor barreiras efetivas à entrada de novos concorrentes, o que atesta a existência de uma massa crítica substancial, o que se revela essencial ao desenvolvimento dos mercados de ambos os lados.

No entanto, tal abuso só seria passível de operacionalização pela referida plataforma se essa fosse detentora do maior *marketshare* de mercado, em ambos os polos, formados por fornecedores e consumidores. Em termos numéricos, uma pesquisa realizada pela *Bain & Company* durante a pandemia atestou que cerca de 70% a 80% da receita obtida pelos restaurantes, com o serviço de *delivery*, foi auferida por meio da plataforma *Ifood*. Esse percentual supera aquele previsto pela Lei nº 12.529/2011,⁴³ segundo a qual presume-se a existência de uma posição dominante sempre que determinada empresa, ou grupo, controlar 20% ou mais do mercado relevante.

Por essa razão, o recurso aos instrumentos anticompetitivos (*i.e.*, aquisição de entrantes e estabelecimento de cláusulas de exclusividade) consolidaria a posição dominante da plataforma *Ifood* e, conseqüentemente, inviabilizaria o ingresso e o desenvolvimento de outras plataformas, em face das dificuldades quanto à transposição dessas barreiras de entrada. Por outro lado, na visão

43. Lei nº 12.529/2011 — “Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências”.

da *Ifood*, o mercado de *delivery* é extremamente dinâmico, caracterizando-se pela existência de concorrência e de grandes oportunidades de crescimento. Esse fator inviabilizaria a consolidação de um único *player* e, conseqüentemente, impossibilitaria o exercício do poder de mercado e a alteração unilateral da concorrência.

Quanto aos instrumentos empregados pela plataforma, de acordo com a representada, o recurso às cláusulas de exclusividade faria parte da dinâmica concorrencial, criando, inclusive, incentivos para a competição entre os agentes. Ademais, essas previsões contratuais seriam firmadas com poucos restaurantes e, portanto, tal disposição não seria capaz de criar barreiras à entrada de novos agentes. Além disso, a partir de um aspecto econômico, essas restrições seriam impostas pelo aplicativo como uma forma de evitar o efeito *free rider* (carona),⁴⁴ ou seja, como um mecanismo capaz de assegurar o retorno financeiro dos desenvolvedores e de garantir que, ao longo de sua operação, se efetivem as melhorias necessárias que assegurem a melhor experiência do usuário.

Assim, diante desses argumentos, a Superintendência-Geral do Cade elaborou a Nota Técnica nº 4/2021/CGAAI/SGAI/SG/CADE, a fim de instruir a análise dos pedidos cautelares apresentados pela *Rappi*, no sentido de que: (i) fossem suspensas todas as obrigações atreladas às cláusulas de exclusividade firmadas entre a *Ifood* e os restaurantes; (ii) a representada deixasse de adotar qualquer tratamento discriminatório entre os fornecedores; (iii) fosse instaurado um inquérito administrativo para investigar as referidas condutas anticompetitivas; (iv) a *Ifood* fosse condenada pela prática de infração à ordem econômica, com base no inciso I, *caput*, e nos incisos III, IV e V do §3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência; e ainda (v) que fosse imposta à *Ifood* a obrigação de não celebrar novos contratos de exclusividade até a decisão final de mérito.

44. Os caronas podem ser entendidos como os “indivíduos que se valem de determinado bem ou serviço sem arcar com os custos de sua produção, aproveitando-se do fato de que outros agentes suportam tais custos”. PORTO, Antonio Maristrello e GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 73.

Em linhas gerais, no âmbito da referida manifestação, a unidade técnica concluiu que estavam presentes os elementos para a concessão da medida preventiva: probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e período de lesão irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Para embasar o posicionamento apresentado, a Superintendência apontou que a *Ifood* detém posição dominante no mercado de plataforma digital de *delivery*, uma vez que se beneficia da vantagem de ser pioneira (*first-mover*) e dos efeitos *tiping*. Além disso, detém mais de 20% de participação do mercado, na forma da Lei nº 12.529/2011.

Em relação às condutas praticadas pelo aplicativo, de acordo com a nota técnica, o mero recurso a cláusulas de exclusividade não representa, por si só, uma irregularidade, sendo passível de emprego, portanto, de forma justificada. No entanto, de acordo com a jurisprudência do Cade, essas previsões não teriam o condão de provocar o fechamento do mercado ou o aumento das barreiras à entrada, nem de aumentar os custos dos rivais para a atuação naquele mercado ou limitar sua atuação àqueles restaurantes menos atrativos.

Assim, no caso concreto, as restrições que a *Ifood* impõe aos seus parceiros estariam em desacordo com o entendimento consolidado do Cade. Essa previsão figura como um elemento de restrição na cadeia produtiva, o que impede a formação de uma massa crítica própria, por parte dos concorrentes, que seja capaz de, efetivamente, concorrer com os *players* já consolidados no mercado.

Após esse exame técnico, por meio do Despacho SG nº 342/2021, determinou-se à *Ifood* que se abstinhasse de realizar novos contratos de exclusividade até a decisão final de mérito do processo; e que, em relação aos restaurantes que já estão submetidos a esse arranjo contratual, a plataforma poderia renová-los por um ano, sem limitação de renovações, até a decisão final do Cade.⁴⁵ De ambos os casos, portanto, é possível extrair a existência de um compromisso coletivo, por parte das autoridades antitruste, com a tutela da concorrência no mercado

45. Até o momento de elaboração do presente artigo (14 jul. 2021), não foram interpostos recursos em face da decisão do CADE e não foi proferida uma decisão final de mérito no âmbito do processo.

de plataformas, como um mecanismo apto a reduzir o poder de mercado de grandes *players* e garantir o *multihoming*⁴⁶ entre os usuários.

3.3 O papel do Cade na defesa da concorrência

O texto constitucional estabelece, em seu art. 170, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Assim, com vistas ao seu pleno desenvolvimento, deverá observar os princípios insculpidos nos incisos subsequentes, dentre os quais: a propriedade privada (inc. I), a livre concorrência (inc. IV) e a defesa do consumidor (inc. V). Do mesmo modo, o art. 173, §4º, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A fim de dar cumprimento ao disposto e conferir concretude aos princípios previstos no texto constitucional,⁴⁷ o constituinte derivado editou a Lei nº 12.529/2012, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

46. “Nos mercados de economia de compartilhamento bilateral, os usuários participantes de um lado do mercado podem escolher se querem usar apenas uma plataforma ou mais plataformas alternativas simultaneamente. Se eles optarem por usar apenas uma plataforma, isso é chamado de *single homing* (por exemplo, os passageiros podem usar apenas um serviço de compartilhamento de viagem sempre que precisarem de uma viagem). Se eles decidirem usar mais plataformas alternativas, isso é chamado de *multi-homing*” (tradução livre). VITKOVIĆ, Deni. “The Sharing Economy: Regulation and the EU Competition Law”, *Global Antitrust Review*, agosto de 2016, p. 30. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2926852>. Acesso em: 10 jul. 2021.

47. Os dispositivos da lei concorrencial “conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí por que o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios no qual e com os quais subsiste em harmonia”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211-212.

Essa estrutura apresenta três tipos de ações principais. A primeira, preventiva, a partir da análise das operações de concentração e cooperação econômica. A segunda, repressiva, por meio da punição das condutas anticompetitivas. A terceira, educativa, a partir da produção de material informativo sobre a atuação da entidade.⁴⁸ A partir desse arranjo, busca-se tutelar tanto os consumidores como os concorrentes, além da própria ordem concorrencial.⁴⁹

Com o propósito de operacionalizar essa tutela, o Cade — autarquia vinculada ao Ministério da Justiça — organiza-se através dos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que exerce função judicante; Superintendência-Geral, que promove o procedimento preparatório do inquérito; e Departamento de Estudos Econômicos, que produz estudos e opinamentos. Quanto à natureza jurídica, ainda que a entidade tenha a autonomia reforçada, não é possível enquadrá-la como uma agência reguladora, *strictu sensu*,⁵⁰ diante da ausência de seu poder normativo.⁵¹

48. “O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) desenvolve três ações principais: a) ação preventiva: análise das operações de concentração (ex.: fusões, aquisições e incorporações de empresas) e cooperação econômica (ex.: determinadas *joint ventures*); b) ação repressiva: investigação e punição de condutas anticompetitivas, como o cartel e as práticas abusivas de empresas dominantes (acordos de exclusividade, vendas casadas, preços predatórios etc.); e c) ação educativa: difusão da cultura da concorrência por meio de seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas para difundir a importância da concorrência para a sociedade”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

49. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61.

50. “Há duas entidades que, independentemente do nome, geram grandes controvérsias sobre a sua inclusão ou não no conceito de agências reguladoras independentes. A primeira é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que possui exatamente as mesmas características autônomas das agências reguladoras, mas que parte da doutrina não considera como um ente regulador por não possuir competências normativas, mas apenas de decidir em cada caso concreto quanto à violação ou não da legislação da concorrência. Por outro lado, nos seus regimentos internos, de fato o CADE estabelece regras aplicáveis às atividades privadas, e a própria reiteração de sua jurisprudência, inclusive por meio da edição de súmulas, acaba por ter algum efeito geral e abstrato sobre os agentes econômicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 224.

51. Nesse sentido, na página institucional do CADE, há a seguinte ressalva: “Vale ressaltar que, apesar de ser uma autarquia em regime especial, o CADE não é uma agência reguladora da concorrência, e sim uma autoridade de defesa da concorrência”. Disponível em: <https://>

Em sua atuação repressiva, com vistas a aplicar aos *players* do mercado uma das penalizações previstas nos arts. 37 a 45 da Lei nº 12.529/2011, o Cade deve aferir a ocorrência de uma ou mais condutas anticoncorrenciais elencadas, de forma exemplificativa, no §3º do art. 36, de modo a identificar se houve manifestação de uma daquelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36, *caput*, da lei.

Processualmente, a Superintendência-Geral poderá instaurar um inquérito administrativo — procedimento preparatório ao processo administrativo sancionador — a partir da apresentação de uma denúncia por qualquer agente ou dar início, *ex officio*, ao procedimento. Após a conclusão do inquérito administrativo, o procedimento poderá ser arquivado ou transformado em processo administrativo, de acordo com o art. 67 da lei. Caso haja instauração de um processo administrativo sancionador, confere-se o prazo de trinta dias para que o representado apresente sua defesa (art. 70), para que, em seguida, a Superintendência-Geral emita um pronunciamento quanto à necessidade de se produzirem provas para instruir o processo (art. 72). Finda a instrução, o representado poderá apresentar, no prazo de cinco dias úteis, suas alegações finais, para que, em seguida, a Superintendência-Geral elabore um parecer indicando a proposta de encaminhamento para a conclusão do processo. Após essa manifestação, o processo é encaminhado ao presidente do Tribunal, que, na sequência, efetuará o sorteio do Conselheiro Relator (arts. 73 a 75).

Concluídas essas etapas instrutórias e procedimentais, o processo será remetido ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e, em seguida, apreciado pelos conselheiros, que poderão sancionar o infrator ou absolvê-lo. Quanto às penalidades passíveis de aplicação, destacam-se dois grandes grupos: sanções de caráter não pecuniário — como, por exemplo, obrigações de fazer — e sanções de caráter pecuniário.

www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade. Acesso em: 10 jul. 2021.

Caso seja penalizado, o infrator poderá arcar com esses valores e efetivar a conduta que lhe for determinada, ou ainda celebrar um Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), de acordo com o art. 85. Por meio desse instrumento, o agente se compromete a não mais praticar a referida conduta anticoncorrencial, sem que, para tanto, tenha de reconhecer que incorreu em uma das práticas vedadas em lei.

Acerca da responsabilização dos agentes do mercado com base na Lei de Defesa da Concorrência, destaca-se que, diante do propósito da norma (art. 1º), a responsabilidade dos *players* é objetiva, ou seja, independe da análise de culpa. Além disso, essa penalização prescinde de materialidade do dano, ou seja, de efetivo prejuízo ao pleno exercício da livre concorrência, sendo suficiente, portanto, a simples manifestação de um risco ao sistema de defesa da concorrência para que a jurisdição do Cade seja atraída.

Em face desse arcabouço normativo, no caso *Ifood vs. Rappi*, a *Ifood*, caso se comprove a prática de uma das condutas elencadas no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, em razão do pedido formulado pela denunciante, poderá haver condenação ao pagamento de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, do grupo ou do conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, naquele segmento de mercado em que houve a infração, não podendo ser inferior à vantagem auferida. Para além dessa penalidade pecuniária, a plataforma ainda poderá ser apenada com uma das medidas previstas no art. 38, devendo a dosimetria da pena ser realizada pelo Cade, com base nos requisitos previstos no art. 45 da Lei de Defesa da Concorrência.

No presente caso, a dificuldade na indicação de uma pena precisa reside no vácuo decisório. Isso porque, até este momento, o Cade se manifestou poucas vezes acerca da atuação das plataformas digitais — como no caso do *E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. vs. Google* —, além de não ter sido instado a emitir um posicionamento específico sobre a atuação

desses *players* no setor de *foodtech*, o que inviabiliza o estabelecimento de um parâmetro decisório por parte da autoridade antitruste.

4. Propostas

Ainda que se reconheça a distinção⁵² entre a atuação empreendida pelas agências reguladoras nos setores regulados e a atuação das entidades de defesa da concorrência, incidente sobre todo o mercado, os parâmetros empregados naquele modelo podem, em certa medida, ser aplicados ao presente caso, pois as duas formas de atuação estatal representam verdadeiras intervenções sobre uma atividade econômica, sendo capazes, dessa forma, de condicionar o comportamento dos agentes que atuam em dado segmento. Portanto, o desempenho do Cade, em relação às suas funções precípua, tem o condão de efetivar uma regulação *lato sensu*,⁵³ ou seja, uma regulação material que, ainda que não seja efetivada por meio da edição de normas — regulação jurídica —, é capaz de produzir o mesmo resultado final, qual seja, a adoção do comportamento desejado pelo mercado, que não seria obtido caso o referido constrangimento não tivesse sido imposto aos agentes privados.

Desse modo, de acordo com a literatura da teoria da regulação, em face da existência de algumas falhas de mercado que se manifestam no

52. “Uma diferença importante entre os regimes de atuação do Cade e das agências reguladoras: enquanto o Cade, de um lado, tem atuação passiva, ou seja, atua mediante a existência de um dano — efetivo ou potencial — à livre concorrência (atuação judicante), as agências reguladoras, de outro lado, exercem funções normativas e executivas, além dessa função judicante de solucionar conflitos na esfera administrativa.” OLIVEIRA, Rafael apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 41-43.

53. “O essencial do conceito de regulação é alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado.” MOREIRA, Vital. *Direito público da regulação*. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20público%20da%20regulação.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

âmbito das operações firmadas no livre mercado, a intervenção regulatória se justifica⁵⁴ como uma forma de superar esse cenário e buscar eficiência nas transações. Essa regulação, contudo, não demanda a criação de uma agência reguladora específica no caso das plataformas, sob pena de haver um formalismo exacerbado e, conseqüentemente, o engessamento de um setor que apresenta o dinamismo como o fator primordial do desenvolvimento de inovações, com o aumento do retorno econômico de seus desenvolvedores.

Assim, uma decisão emitida pelo Cade no âmbito de um processo sancionador é capaz de alterar o comportamento daquele *player* que figurou como responsável no âmbito do processo administrativo, além de condicionar a atuação dos demais agentes que operam no mesmo mercado e adotam práticas semelhantes.

Portanto, no caso *Ifood vs. Rappi*, submetido à análise do Cade, mostra-se não só possível, como também eficiente,⁵⁵ a realização de um *transplante jurídico* da decisão proferida pela Administração Estatal para Regulamen-

54. “A regulação só se justifica se ocorrerem certas falhas de um mercado livre, com externalidades, bens públicos, monopólios e informações imperfeitas vistas como falhas paradigmáticas.” ADLER, Matthew D. “Regulatory Theory”, *Faculty Scholarship at Penn Law*, 301, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/301. Acesso em: 10 jul. 2021.

55. “Acidentes sempre acontecerão, é claro, e soluções para monitorar e lidar com o mau comportamento sempre serão necessárias. É importante ressaltar que existem seguros privados, contratos, atos ilícitos e legislação de responsabilidade do produto e outros recursos legais quando as coisas dão errado. Esses remédios *ex post* não desencorajam a inovação e a concorrência da mesma forma que a regulamentação *ex ante*. Ao tentar evitar cada cenário de pior caso hipotético, as regulamentações preventivas desencorajam muitos cenários melhores. Os participantes que se opõem a uma nova entrada de inovadores da economia compartilhada argumentarão que ainda enfrentam vários encargos regulatórios que os novos participantes estão evitando” (tradução livre). THIERER, Adam. “Permissionless Innovation: The Continuing Case for Comprehensive Technological Freedom”, *George Mason Univ. Mercatus Ctr.*, 2014, p. 1-7. No mesmo sentido: “A defesa da concorrência, por sua vez, associa-se mais à proteção do processo dinâmico do funcionamento do mercado e, apenas nessa perspectiva, possui uma finalidade de melhor alocação dos recursos escassos e alguma redistribuição entre fornecedores e adquirentes”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE*. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 60, 61.

tação do Mercado da China no caso do Grupo *Alibaba*, especificamente a determinação para que a própria plataforma elabore um plano de adequação de suas práticas negociais às normas de defesa da concorrência locais, condicionada ao posterior aval da entidade antitruste.

Quanto à possibilidade de se adotar essa medida no ordenamento jurídico brasileiro, é possível embasá-la, de forma excludente, em dois dispositivos legais.

A primeira alternativa, prevista no art. 38, VII, da Lei de Defesa da Concorrência, dispõe que, sem prejuízo das sanções pecuniárias que podem ser aplicadas às companhias, na forma do art. 37, mostra-se viável a imposição de quaisquer atos ou providências que se façam necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem pública.

A segunda alternativa, por sua vez, extrai seu fundamento do art. 85, ou seja, da possibilidade, por meio da celebração de um Termo de Compromisso de Cessação, de a plataforma se comprometer a não praticar a conduta investigada, a partir da adequação de suas políticas internas.

Conclui-se, portanto, que, diante de qualquer penalidade aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica à *Ifood*, haverá, de forma subjacente, necessidade de se adequar o modelo de negócios da plataforma à Lei nº 12.529/2011. Isso porque, em todos os cenários, para além da responsabilização pelos fatos já ocorridos (efeitos *ex tunc*), haverá uma determinação para que a referida conduta seja interrompida, apresentando, assim, efeitos *ex nunc*.

Portanto, o real diferencial da proposta ora apresentada reside no reconhecimento explícito, por parte da autoridade antitruste, de que, ainda que detenha o conhecimento específico sobre a matéria em análise, desconhece as especificidades do setor sob o qual seus normativos serão aplicados. Dessa forma, é mais eficiente a elaboração conjunta das medidas que deverão ser adotadas pelos *players* daquele mercado.

Referências

- ADLER, Matthew D. “*Regulatory Theory*”. Faculty Scholarship at Penn Law. 301, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/301. Acesso em: 10 jul. 2021.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARNEY, J. B. “Resource-based Theories of Competitive Advantage: a Ten-Year Retrospective on the Resource-based View”, *Journal of Management*, 27.
- BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-no5-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- _____. *Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.
- CHEUNG, S. N. S. “The Contractual Nature of the Firm”, *Journal of Law and Economics*, 1983.
- COASE, R. H. “The nature of the firm”, *Economica*, 1937.
- _____. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, v. III. 1960.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- EISENMANN, Thomas; PARKER, Geoffrey; VAN ALSTYNE, Marshall W. “Strategies for Two-sided Markets”, *Harvard Business Review*, v. 84, n. 10, 2006.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Comissão Federal de Comércio. “A economia do “compartilhamento”: problemas enfrentados por plataformas, participantes e reguladores. 2016. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.
- _____. “Stigler Center for the Study of the Economy and the State: Stigler Committee on Digital Platforms”. 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/>

- research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.
- GANSKY, Lisa. *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*. Penguin, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GROSSMAN, S. J.; HART, O. D. “The Costs and Benefits of Ownership: a Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, 1986, p. 94.
- JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, 1976, p. 3.
- MILLER, Stephen. “First Principles for Regulating the Sharing Economy”, *Harvard Journal on Legislation* 53.1, 2016.
- MOREIRA, Vital. “Direito público da regulação”. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAllico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. San Francisco, Califórnia: Press, 1992.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PENG, Mike et al. “Theories of the (state-owned) firm”, *Asia Pacific Journal of Management*, edição 2/2021, 3 maio 2016. Disponível em: <https://www.springerprofessional.de/en/how-do-soes-and-fies-affect-poes-performance-in-emerging-economy/17100264>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PORTO, Antonio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- REINO UNIDO. *Report of the Digital Competition Expert Panel: Unlocking Digital Competition*. Mar. 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. “Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do Cade”. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, s.d.
- TEECE, D. J.; PISANO, G.; SHUEN, A. “Dynamic Capabilities and Strategic Management”, *Strategic Management Journal*, 1997, p. 18.

- THIERER, Adam. *Permissionless Innovation: The Continuing Case for Comprehensive Technological Freedom*. George Mason Univ. Mercatus Ctr. ed., 2014.
- UNIÃO EUROPEIA. "Competition Policy for the Digital Era". Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kdo419345enn.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- _____. "Directorate-General of Competition da União Europeia: Competition Policy for the Digital Era", mar. 2019. p. 23. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kdo419345enn.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- VITKOVIĆ, Deni. "The Sharing Economy: Regulation and the EU Competition Law", *Global Antitrust Review*, ago. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2926852>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press, 1985.

Propriedade intelectual no setor farmacêutico e a inconstitucionalidade do art. 40 da Lei nº 9.279/1996: uma Análise de Direito e Economia

Ana Carolina Mello Pereira da Silva de Paula

1. Introdução

O objetivo deste capítulo é trazer aos estudiosos de *Law & Economics*, conhecida no Brasil como Análise Econômica do Direito (AED), de forma introdutória, os conceitos e atributos extraídos da relação dialética entre Direito e Economia, especificamente quando se trata da pesquisa e do desenvolvimento de soluções científicas no campo farmacêutico, o que engloba insumos médicos, medicamentos e vacinas, além da proteção patentária conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro, considerando as implicações do julgamento recente de procedência pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529, ajuizada

pelo Procurador-Geral da República (PGR), tendo como objeto o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, conhecida como Lei de Propriedade Industrial.

Por meio do ajuizamento da referida ADI, a PGR buscou a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial. No Brasil, vige a previsão do *caput* do artigo 40 dessa Lei, que estipula o prazo de vinte anos de vigência para a patente de invenção e o prazo de 15 anos para a patente do modelo de utilidade — prazos contados da data do depósito. O parágrafo único do artigo 40, por sua vez, veicula a regra que define o prazo mínimo de vigência de dez anos para a patente de invenção e de sete anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão.

O meritório Programa de Combate ao *Backlog* de Patentes, iniciado em 1º de agosto de 2019, após um período de teste, pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), logrou, até fins de 2019, reduzir em 18,1% o estoque de pedidos de patentes com datas de depósito até 31 de dezembro de 2016 (de 149,92 mil para 122,70 mil), consoante previsto inicialmente no inciso V do artigo 2º da Resolução INPI/PR nº 240, de 03 de julho de 2019 (revogada pela Portaria/INPI/PR nº 412, de 23 de dezembro de 2020), sendo seu objetivo reduzir o estoque em 80% até 2021.¹ A despeito disso, a realidade do processo de concessão de patentes liderado pelo INPI ainda desafia a superação de seu expressivo *backlog*; há necessidade de modernização, otimização e incremento da qualidade de seus processos, com o consequente aumento de produtividade da área de patentes, entre outros fatores que são objetos de iniciativas específicas. No âmbito do INPI, o estoque de pedidos distribuídos “em exame técnico” totalizava, em 30 de abril de 2021, 51.530, sendo que, em

1. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Rumo à excelência: Relatório de Atividades 2019*. Rio de Janeiro: INPI, 2019, p. 16. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/relatorio-de-atividades-inpi_2019.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.

14 de julho de 2021, o total de pedidos distribuídos “em exame técnico” reduziu para 45.778.^{2,3}

Na prática, a previsão do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial e a dinâmica atual do processo de concessão de patentes no Brasil geram, para o titular da proteção, acréscimo na vigência do privilégio em relação ao período definido no *caput* do artigo 40 para patentes de invenção e de modelo de utilidade. Desse modo, 26,83% das patentes concedidas em 2020 incidiram na duração estendida; até 06 de maio de 2021, 21,72% das patentes concedidas em 2021 enquadraram-se nessa situação excepcional, e estima-se que 6.946 patentes incidiriam na previsão do parágrafo único do artigo 40 caso fossem concedidas após 31/12/2021, o que corresponde a um percentual de aproximadamente 5% do total de pedidos de patentes pendentes em 6 de maio de 2021 (total de 137.781 pedidos de patentes pendentes), antes da apreciação da ADI pelo STF.⁴

Quanto à concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos, que, nos termos do artigo 229-C da Lei de Propriedade Industrial, requer anuência prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), 59,41% das patentes concedidas em 2020 incidiram em duração estendida; até 6 de maio de 2021, 56,11% das patentes concedidas em 2021 enquadraram-se nessa situação excepcional, e estima-se que 35,08% do total de 6.946 patentes que incidiriam na previsão do parágrafo único do artigo 40 caso fossem concedidas após 31/12/2021 referem-se a produtos e proces-

2. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Análise dos Pedidos “Em Exame Técnico” no Backlogômetro*. Rio de Janeiro: INPI, 30 abr 2021, p. 2. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/relatorios-gerenciais/Analise_Em_Exame_Tecnico_2021_04_30.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.

3. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Análise dos Pedidos “Em Exame Técnico” no Backlogômetro*. Rio de Janeiro: INPI, 14 jul 2021, p. 2. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/relatorios-gerenciais/Analise_Em_Exame_Tecnico_2021_07_14.pdf/view. Acesso em: 19 jul. 2021.

4. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Indicadores § único do Art. 40*. Rio de Janeiro: INPI, 06 maio 2021, p. 2-5 Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/relatorios-gerenciais/Relatorio_Art_40_2021_04.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.

os farmacêuticos, embora representem 14,67% do total de 137.781 pedidos de patentes pendentes,⁵ levando-se em consideração a perspectiva anterior ao julgamento da ADI pelo STF.

Ao todo, foram concedidas pelo INPI 40.758 patentes de invenção que se enquadraram no parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial; por outro lado, nessa mesma condição, foram concedidas 3.397 patentes de modelos de utilidade. Das 31.132 patentes vigentes com extensão do prazo, o INPI informa tratar-se de 12,07% relacionadas a produtos e processos farmacêuticos.⁶

Considerando o universo de patentes concedidas que se enquadram na situação do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, o INPI informa haver, em média, 1,97 ano de duração adicional, ou seja, uma extensão além do prazo regulamentar, sendo que 37 das patentes de invenção foram concedidas com dez anos ou mais de “prorrogação”.⁷

Em 7 de abril de 2021, o Ministro Relator Dias Toffoli, *ad referendum* do Plenário do STF, julgou a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529. Houve deferimento parcial do pedido de tutela provisória de urgência apresentado pela PGR para suspender a eficácia do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996, especificamente em relação às patentes dos produtos e processos farmacêuticos, bem como aquelas relacionadas aos equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, com efeitos prospectivos, por se tratar de decisão liminar. Logo em seguida, o Plenário do STF, no âmbito da ADI, seguiu o voto do Relator para julgar procedente, por maioria, o pedido para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial. Quanto aos seus efeitos, a maioria do Plenário decidiu pela modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do

5. *Ibidem*, p. 7.

6. *Ibidem*, p. 10-11.

7. *Ibidem*, p. 9.

art. 40 da Lei de Propriedade Industrial, para que seu alcance se opere *ex nunc* a partir de 13 de maio de 2021, quando houve a publicação do dispositivo do julgamento, o que significa manter a extensão de prazo concedida com base na previsão julgada inconstitucional para as patentes já concedidas e vigentes, com duas ressalvas. Essas ressalvas consistem em que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroagirão para subtrair a proteção patentária adicional lastreada no parágrafo único do artigo 40 da Lei da Propriedade Industrial, cabendo aos seus titulares o privilégio pelo prazo regulamentar do *caput* do artigo 40 da Lei, quais sejam: (i) na primeira ressalva, ficam excepcionadas as ações judiciais propostas até o dia 7 de abril de 2021, inclusive (data da concessão parcial da medida cautelar no processo); e (ii) a segunda ressalva refere-se às patentes dos produtos e processos farmacêuticos e aos equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, resguardados, em ambas as hipóteses, eventuais efeitos concretos já produzidos em decorrência da extensão de prazo das referidas patentes.

O sistema de patentes conta com um arcabouço jurídico constitucionalmente qualificado, considerando a proteção conferida, porquanto se trate de direito fundamental à propriedade que deve atender à sua função social, consoante previsto nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º da Constituição Federal. No caso de propriedade intelectual, a Constituição Federal, no inciso XXIX de seu artigo 5º, delega à Lei assegurar aos seus autores privilégio temporário para sua utilização, que deve atender ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A análise econômica da matéria aborda o *trade-off* entre o incentivo ao desenvolvimento de produtos intensivos em investimento por meio de inovação mediante recompensa decorrente de exploração econômica exclusiva durante a vigência da patente *vis-à-vis* a divulgação e o acesso à informação por toda a sociedade a partir da disseminação do conhecimento acerca do produto protegido pelo sistema de patentes. Trata também das discussões acerca do termo ideal de duração da patente conferida pelo Estado ao inventor.

A interação entre Direito e Economia possibilita uma nova compreensão acerca das implicações decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial. E, embora a penetração institucional da Análise Econômica do Direito como método no Brasil ainda seja tímida, a sinergia entre esses dois campos de conhecimento autoriza que o intérprete das regras descortine novos pontos de vista a partir da perspectiva econômica na aplicação do Direito. Nos casos que envolvem os direitos fundamentais à saúde e à propriedade, dilemas tormentosos podem ser elucidados pelos magistrados a partir do uso racional das ferramentas da AED, com vistas a um julgamento mais justo e eficiente para os jurisdicionados.

Feita essa introdução, este capítulo pretende: (i) delimitar os principais fundamentos constitucionais e legais relativos, principalmente, aos direitos de propriedade; (ii) detalhar o objeto da ADI em questão; (iii) trazer os principais conceitos econômicos aplicáveis na AED; e (iv) analisar a regra prevista no parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, levando-se em consideração as implicações da declaração de inconstitucionalidade dessa norma; (iv) trazer a respectiva conclusão.

2. O arcabouço de proteção do Direito fundamental à propriedade intelectual e a ADI nº 5.529

2.1 Fundamentos da proteção aos direitos de propriedade intelectual no campo farmacêutico

O cerne da questão debatida no julgamento da ADI nº 5.529 envolveu os direitos fundamentais à saúde e à propriedade.

A Constituição Federal de 1988, nos termos do *caput* do artigo 5º e de seus incisos XXII, XXIII e XXIX, garante a todos inviolabilidade do direito fundamental à propriedade, que deve atender à sua função social. Assim, cabe à

lei assegurar aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Os frutos das inovações científicas no campo farmacêutico são protegidos pelas patentes, que conferem aos autores do invento privilégio temporário, como constitucionalmente previsto, ou monopólio de exploração.

É inegável a importância da pesquisa e do desenvolvimento de fármacos para a saúde das pessoas. A propósito, a saúde é direito fundamental de natureza social, previsto no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e integra a seguridade social, prevista no Título VIII — Da Ordem Social da Constituição Federal, que consiste no conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, com vistas a assegurar a efetividade dos direitos à saúde, à previdência e à assistência social. Em síntese, a seguridade visa ao bem-estar e à justiça social.

De acordo com o disposto nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal, considerando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sua materialização requer o desempenho da função de planejamento das políticas sociais e econômicas pelo Estado, assegurada a participação da sociedade nos processos de formulação, monitoramento, controle e avaliação dessas políticas, com o propósito de reduzir o risco de doença e outros agravos, e de conferir acesso universal e igualitário às ações e aos serviços, com vistas à sua promoção, proteção e recuperação.

A gênese da expansão de proteção aos direitos de propriedade intelectual no campo da indústria farmacêutica, a partir da pesquisa e do desenvolvimento desses produtos e processos, por meio do sistema de patentes no ordenamento jurídico brasileiro, remonta o contexto das negociações da última rodada ao *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), conhecido como “Rodada Uruguai”, por ter sido realizado na cidade uruguaia de Punta del Este, e à consequente adesão do Brasil ao acordo *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), em vigor desde 1º de janeiro de 1995.

No âmbito da negociação multilateral, o TRIPS representou o compromisso estabelecido entre os países signatários com: (i) o reconhecimento das invenções de quaisquer setores tecnológicos, desde que cumpridos os requisitos de novidade, atividade inventiva e possibilidade de aplicação industrial; e (ii) a cooperação, considerando os objetivos previstos no preâmbulo, com destaque para (a) a promoção da necessária, efetiva e adequada proteção dos direitos de propriedade intelectual; (b) a remoção dos obstáculos do comércio internacional nessa seara, bem como a garantia de que o fortalecimento dos mecanismos e procedimentos com vistas a incrementar a efetividade desses direitos não se torne, por si só, uma barreira ao comércio internacional.

No corpo do acordo, restaram consignados os objetivos e princípios que regem os obrigados pelo TRIPS, respectivamente, nos artigos 7 e 8 da Parte Geral, que visam, em síntese, contribuir para a promoção de inovação tecnológica, a transferência e a disseminação de tecnologia, com mútuo benefício aos inventores e usuários do conhecimento tecnológico, levando-se em consideração o bem-estar social e o equilíbrio entre direitos e obrigações. Os países signatários devem formular ou adotar medidas para adaptar suas leis e regulações, proteger a saúde e a nutrição públicas, além de promover setores de vital importância para o desenvolvimento tecnológico e socioeconômico dos países, entre outros princípios.

Em relação às patentes de invenção, é possível afirmar que o TRIPS, nos termos do artigo 33, estabeleceu um padrão mínimo de duração da proteção conferida, que não será inferior a um prazo de vinte anos, contado a partir da data do depósito.

O TRIPS previu, em seus artigos 65 e 66, várias disposições transitórias que, na prática, prorrogavam a entrada em vigor no caso dos países enquadrados nas situações elencadas nesses dispositivos. Observe-se que os países classificados como de menor desenvolvimento relativo e cujo impacto de adesão ao acordo significasse o alargamento da proteção aos direitos de propriedade intelectual a setores tecnológicos não abrangidos anteriormente poderiam recorrer à prerrogativa de postergar em dez anos

a aplicabilidade das regras do tratado, a contar da data da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), que também foi objeto de negociações da Rodada Uruguai, encerrada na cidade marroquina de Marrakesh, no âmbito do GATT.

Com objetivos claramente definidos em sua Exposição de Motivos, incluído o intuito de melhorar o ambiente de negócios ao viabilizar o incremento de investimentos por meio da harmonização da legislação nacional aos compromissos assumidos pela adesão aos tratados internacionais, o Brasil prescindiu da regra de transição oportunizada pelo TRIPS. Além disso, inovou o ordenamento jurídico brasileiro por meio da edição da Lei de Propriedade Industrial, que sucedeu o Código de Propriedade Industrial, instituído pela Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, e passou a viabilizar a concessão de patentes de produtos químicos, alimentícios e farmacêuticos, bem como de medicamentos. A Lei de Propriedade Industrial entrou em vigor na data de sua publicação quanto à disciplina dos materiais ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e de substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, farmoquímicos e medicamentos de qualquer espécie, consoante previsão nos artigos 230, 231 e 232 da Lei, bem como em relação à possibilidade de se implementarem as transformações necessárias pelo Poder Executivo no INPI, nos termos do artigo 239 da Lei; em relação aos demais dispositivos, entrou em vigor após um ano.

2.1.1 Breves linhas de discussão acerca do parágrafo único da Lei de Propriedade Industrial no âmbito da ADI e de sua medida cautelar

Consoante exposto, o *caput* do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial define o prazo de vinte anos de proteção às patentes de invenção e de 15 anos para os modelos de utilidade. O parágrafo único estipula, em regra, a vigência mínima de proteção de dez anos e de sete anos, respectivamente, às patentes de invenção e aos modelos de utilidade a partir da data de concessão.

Levando-se em consideração a morosidade crônica na análise dos pedidos de concessão de patentes pelo INPI e o fato de que o Brasil não fez uso da regra de transição prevista no TRIPS, além de seu ainda expressivo *backlog*, é possível concluir que o país não estava institucionalmente preparado para alargar a rede de proteção representada pela entrada em vigor do TRIPS.

Por meio da ADI nº 5.529, a PGR emitiu a recente declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, por meio de julgamento favorável, em sua maioria, pelo Plenário do STF, sob a alegação de ofensa aos seguintes postulados constitucionalmente previstos: temporariedade do privilégio da patente (artigo 5º, XXIX), segurança jurídica (artigo 5º, *caput*), isonomia (artigo 5º, *caput*), defesa do consumidor (artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V), eficiência (artigo 37, *caput*), livre concorrência (artigo 170, inciso IV) e razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII), uma vez que o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996 acaba por lastrear a ampliação do prazo de vigência de proteção às patentes que decorre da demora administrativa na apreciação dos pedidos de concessão.

Antes do julgamento da ADI, houve o julgamento do pedido de tutela provisória de urgência apresentado pela PGR, em 24 de fevereiro de 2021. Nesse pedido, a PGR requereu (e obteve em 7 de abril de 2021) a suspensão imediata dos efeitos do parágrafo único do art. 40 da Lei, sob a justificativa de que a manutenção da vigência do dispositivo questionado que prolonga a proteção patentária teria sido agravada pela urgência sanitária e de saúde pública imposta pela pandemia da Covid-19, considerando, entre outros fatores, o impacto no direito fundamental à saúde, pelo fato de haver medicamento (*v.g.*, favipiravir) em estudo científico para aferir a potencialidade de utilização para tratamento da Covid-19 e de suas sequelas, cuja vigência teria expirado se não fosse a proteção do dispositivo em questão.

No âmbito da ADI, a PGR alegou, entre outros argumentos, que o privilégio patentário prolongado pela regra do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial implicaria reserva de mercado, suscitando,

dessa forma, a função social da propriedade intelectual. O ato impugnado, segundo a PGR, acabaria por comprometer a realização de investimentos no país, bem como seu desenvolvimento tecnológico e científico, prejudicando, assim, o consumidor, que estaria sujeito ao preço e à qualidade definidos pelo titular da patente, cujo prazo seria, na prática, prorrogado e indeterminado.

O Senado Federal alegou falta de interesse de agir da PGR e requereu o consequente julgamento de improcedência da ADI, haja vista que o provimento pretendido não seria o meio mais adequado para fulminar a causa-raiz do problema, que consiste na demora do INPI decorrente do expressivo *backlog* de pedidos de patentes. Ademais, a norma não veicularia inconstitucionalidade material, por prever proteção temporária aos autores do invento. De acordo com a visão do Senado Federal, a norma impugnada cumpre o papel de estimular o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

A Presidência da República defendeu a constitucionalidade da norma impugnada, uma vez que o requerente teria mera expectativa de direito até que fosse concedida a patente. A Advocacia-Geral da União (AGU) opinou pela constitucionalidade da norma impugnada, que, segundo sua visão, seria justificada pela complexidade da análise realizada pelo INPI. Alegou ainda que a regra do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial viabilizaria a duração razoável da patente ao seu titular. A AGU refutou a tese de indeterminabilidade da duração da patente, por entender que a regra debatida prevê, de forma objetiva, os requisitos relativos à duração da patente.

Durante o trâmite da ADI, de forma inédita, houve admissão de participação do expressivo número de 15 *amici curiae*,⁸ os quais apresentaram

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI/5529*. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996. Lei de propriedade industrial. Ampliação do prazo de vigência de patentes na hipótese de demora administrativa para a apreciação do pedido. Indeterminação do prazo de exploração exclusiva do invento. Ofensa à segurança jurídica, à temporalidade da patente, à função social da propriedade intelectual, à duração razoável do processo, à eficiência da administração pública, à livre concorrência, à defesa do consumidor e ao direito à saúde. Procedência do pedido. Modulação dos efeitos da decisão. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da

manifestações favoráveis e desfavoráveis ao objeto da ADI. Isso permitiu que vários setores expusessem os efeitos da norma impugnada em seus ramos de atuação, denotando o expressivo interesse econômico-financeiro que envolvia o julgamento da ação.

2.2 Conceitos econômicos relacionados aos direitos de propriedade intelectual

O sistema legal de um país, centrado na proteção aos direitos de propriedade e aos contratos, é pressuposto para seu desenvolvimento.⁹ Sem a intenção de discutir teoricamente a contribuição do Direito ao desenvolvimento econômico, mas reconhecendo a importância da proteção ao direito de propriedade, em especial da propriedade intelectual, para o capitalismo liberal, apresentam-se alguns conceitos fundamentais para a Análise Econômica do direito de propriedade intelectual, especificamente quando se trata do sistema de patentes, que passa pela compreensão das principais abordagens ao assunto.

República e Congresso Nacional. *Amici curiae*: Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial [ABAPI], Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS [ABIA], Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades [ABIFINA], Associação Brasileira de Propriedade Intelectual [ABPI], Associação Nacional de Defesa Vegetal [ANDEF], Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa [INTERFARMA], Associação das Empresas de Biotecnologia na Agricultura e Agroindústria [AGROBIO], Associação das Indústrias Farmacêuticas de Capital Nacional [Grupo FARMABRASIL], Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos [PRÓ-GENÉRICOS], Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs [AB2L], Associação Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento das Empresas Inovadoras [ANPEI], Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual [IBPI], Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica [ABINEE], Defensoria Pública da União [DPU], Associação Interamericana, Propriedade Intelectual [ASIPI] e Croplife Brasil. Relator: Ministro Dias Toffoli, 12 de maio de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984195>. Acesso em: 02 out. 2021.

9. POSNER, Richard A. “Creating a Legal Framework for Economic Development”, *The World Bank Research Observer*, 1998, v. 13, n. 1, p. 1. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/362191468148521481/Creating-a-legal-framework-for-economic-development>. Acesso em: 13 jun. 2021.

Richard A. Posner entende, como a visão mais tradicional da Análise Econômica, aquela referente à conciliação entre os incentivos concedidos para o desenvolvimento do invento a ser patenteado e a concomitante restrição do acesso ao bem desenvolvido por meio da titularidade de direitos de propriedade intelectual exclusivos, os quais permitem a vantagem concorrencial de exploração da potencialidade econômica do bem que exceda seu custo marginal.¹⁰ A partir dessa premissa, discute-se qual seria o equilíbrio ótimo do sistema de proteção à propriedade intelectual, sendo essa uma das abordagens apresentadas. Sem ordem de priorização, a outra abordagem está relacionada ao *trade off* entre os incentivos para o desenvolvimento de invento patenteável e seu acesso. Mais do que ter clareza sobre conceitos comezinhos da microeconomia que afetam o dia a dia das pessoas, a repercussão da aplicação das regras jurídicas sob a ótica econômica recai, inicialmente, na compreensão daquilo que inspira o comportamento humano.

Economia é a ciência que estuda o comportamento e disponibiliza ao homem as ferramentas necessárias para fazer as escolhas racionais que viabilizem a maximização de seus interesses, levando-se em consideração os escassos recursos disponíveis *vis-à-vis* seus desejos.¹¹ A escassez aqui é entendida pela limitação dos recursos da sociedade.¹²

Pode-se dizer que a conduta humana é racional quando orientada à busca de satisfação de sua escolha racional. Richard A. Posner entende que o conceito do homem como maximizador racional de seus próprios interesses decorre do pressuposto de que as pessoas reagem aos incentivos, de modo que a conduta humana se altera quando as circunstâncias se modificam e há oportunidade de maximização dos interesses pessoais.¹³

10. POSNER, Richard A. "Intellectual Property: The Law and Economics Approach", *Journal of Economic Perspectives*, 2005. v. 19, n. 2, p. 57. Disponível em: <https://www.amherst.edu/system/files/media/1894/PosnerIntProp.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2021.

11. POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers, 2008, p. p. 3.

12. MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 4.

13. POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers, 2008, p. 4.

Em outras palavras, os homens respondem aos incentivos na busca pela maximização de sua satisfação e segundo seus próprios interesses, considerando a utilidade e a análise consequencialista do custo-benefício daquilo que almejam — tanto bem como serviço. O consequencialismo decorre da análise de probabilidade dos possíveis resultados imaginados a partir de uma decisão tomada por determinado agente.¹⁴

Os homens reagem a incentivos, que podem ser eficientes ou ineficientes, e tomam decisões, levando em conta os custos envolvidos e as informações disponíveis. Em relação aos custos, remete-se à Teoria dos Custos de Transação, desenvolvida por Ronald H. Coase. Segundo essa teoria, os custos decorrem de vários fatores agregados (*v.g.*, estrutura dos mercados, acesso às informações, custos decorrentes de negociação e celebração dos contratos etc.), além daqueles diretamente relacionados à produção.¹⁵ A Teoria de Coase pode ser compreendida, em síntese, na correlação entre custos e eficiência, ou seja, os recursos serão alocados de forma eficiente enquanto os custos forem baixos, independentemente da alocação inicial dos direitos de propriedade; por outro lado, a definição do uso eficiente de recursos dependerá da alocação inicial dos direitos de propriedade, na hipótese de serem elevados os custos de transação. Na esteira do pensamento do Ronald H. Coase, a função dos sistemas jurídicos é remover os obstáculos para que os agentes possam promover, de modo eficiente, trocas por meio da prestação de serviços ou transações que envolvam bens com baixos custos de transação.

Cooter e Ulen, por sua vez, desenvolveram a tese de que os direitos de propriedade conferem aos seus titulares uma miríade de direitos que eles

14. PORTO, Antônio José Maristrello. “Princípios da análise do direito e da economia”. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 27.

15. KLOH, Gustavo. “Teoria econômica da propriedade e dos contratos”. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 297.

podem exercer livremente, ou seja, sem a interferência de terceiro público ou privado; constitui, portanto, um sistema de alocação de recursos por meio de trocas voluntárias em que os obstáculos são removidos, sendo que, no caso de serem baixos, o sistema funciona de forma eficiente.¹⁶

Com o objetivo de maximizar o bem-estar social, a AED preconiza a adoção da perspectiva da teoria econômica sobre a eficiência pelos aplicadores do Direito, requerendo avaliação quanto à melhor alocação dos recursos limitados e disponíveis na sociedade, considerando o respectivo custo-benefício, que caracteriza a análise consequencialista.¹⁷

Em geral, a eficiência está associada à otimização ou à maximização da utilização de algum recurso por meio da obtenção do melhor resultado possível. Essa ideia remete à visão utilitarista, que traduz a eficiência como a maximização da satisfação ou da utilidade dos recursos.¹⁸ Nesse sentido, é possível associar o conceito de eficiência à “fórmula de bem-estar social”, consistente no somatório das satisfações ou utilidades de cada pessoa.¹⁹ Observe-se que a utilidade representa uma função abstrata que não pode ser aferida na prática, tampouco serve como instrumento de comparação, ou seja, não se pode dizer, em relação a uma pessoa, que um carro tenha mais utilidade para ela que um barco tem para outra pessoa.

A noção econômica de eficiência remete também aos parâmetros conhecidos como Eficiência ou Ótimo de Pareto e Eficiência de Kaldor-Hicks. A eficiência paretiana consiste na situação em que não é viável melhorar a utilidade de algum recurso para alguém sem que corresponda a uma perda

16. COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012, p. 112.

17. PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 28-29.

18. COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012, p. 109-110.

19. PORTO, Antônio José Maristrello. “Princípios da análise do direito e da economia”. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 30-31.

ou um prejuízo para outrem. No âmbito da teoria dos contratos, a solução é o Pareto eficiente se as partes contratantes executarem o acordo e se ambas saírem satisfeitas com os resultados alcançados. Em outras palavras, a situação é Pareto eficiente quando houver ganho de satisfação ou utilidade para alguém sem que, para tanto, outra pessoa precise perder.²⁰ A eficiência de Kaldor-Hicks tenta superar o que alguns economistas vislumbraram como limitação da eficiência de Pareto, uma vez que há incremento de satisfação ou utilidade para alguém, embora outra pessoa suporte o prejuízo, sendo que o ganho deve compensar a perda. A eficiência de Kaldor-Hicks implica, na prática, a análise de custo-benefício, comparando-se os custos (privados ou sociais) e os benefícios, sendo que os ganhos devem superar as perdas. Cooter e Ulen entendem que a aplicação da eficiência de Kaldor-Hicks é indispensável para a economia do bem-estar aplicada, apesar de seus problemas teóricos e empíricos.²¹

Nesse ínterim, o Estado Regulador, que, paulatinamente, vem ocupando o espaço do Estado Liberal, segundo os economistas neoclássicos, é fundamental para corrigir, mitigar ou neutralizar as falhas de mercado que contribuem para a redução da eficiência e do bem-estar social.²² As falhas de mercado provocam ineficiência alocativa, técnica ou produtiva, e dinâmica, que se caracterizam, respectivamente, por não maximizarem o bem-estar social e por não serem consumidos na quantidade ótima; por não serem produzidos ao menor custo possível; e quando os recursos disponíveis não são suficientes para viabilizar as inovações por meio de pesquisa e desenvolvimento de produtos e processos.²³ As falhas podem decorrer da vontade das pessoas, da estrutura de mercado, da assimetria informacional e dos bens públicos.

20. COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas, op. cit., p. 14.

21. Ibidem, p. 42-43.

22. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 254-259.

23. Idem, ibidem.

A falha decorrente do elemento volitivo é conhecida como *externalidade*, que se desdobra em externalidade negativa e positiva. A externalidade negativa consiste no fato de que a atividade do agente econômico gera um efeito que repercute desfavoravelmente na esfera econômica de outras pessoas, pois o ônus não é internalizado pelo produtor, ou seja, o respectivo custo gerado pela atividade é suportado por todos; a externalidade positiva, por sua vez, decorre de efeito da atividade exercida pelo agente econômico que beneficia indiretamente outras pessoas, além dos agentes econômicos, ao criar um valor social que transborda a atividade econômica privada de produção de bens ou serviços.

Considerando-se a estrutura de mercado da concorrência perfeita, mais frequentemente utilizada como modelo, segundo a qual há muitos produtores e compradores comercializando produtos substitutos entre si sem que um único agente econômico seja capaz de influenciar o preço, seus participantes são meros tomadores de preço — e o preço tende a ser igual ao custo marginal. Pode-se dizer que a concorrência perfeita seria o estado da arte ou estado ideal, segundo a teoria clássica, correspondendo a uma estrutura de mercado eficiente; ausentes, portanto, os custos de transação e a assimetria informacional. Constata-se a falha de mercado relacionada à estrutura de mercado quando não se alcança equilíbrio entre a demanda dos consumidores e a oferta dos agentes econômicos, gerando, assim, ineficiência alocativa dos recursos. Na ausência de concorrência perfeita, pode haver estruturas de mercado que se caracterizam por oligopólio, concorrência imperfeita e monopólio.^{24, 25}

Em geral, o agente econômico domina, de forma mais evidente, as especificidades de seu produto e o funcionamento do próprio negócio, inclusive quanto às fragilidades ou vantagens. Dito isso, constata-se a fa-

24. *Ibidem*, p. 262.

25. MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 350-351.

lha associada à assimetria informacional, que, por sua vez, caracteriza-se pela falta de uniformidade de conhecimento sobre aspectos do produto ou do negócio que colocam em desequilíbrio os produtores e consumidores, impactando, portanto, a capacidade de o consumidor tomar a decisão mais acertada em relação à transação. No mercado de capitais, por exemplo, percebe-se claramente essa falha associada à atuação das companhias abertas em relação aos investidores e, por isso, o Estado Regulador editou normas que definem o padrão mínimo de conduta que se espera dos agentes econômicos que são obrigados a nivelar o conhecimento dos investidores por meio da divulgação de atos ou fatos considerados relevantes pelas próprias companhias abertas, com vistas à busca constante pela superação de uma assimetria informacional.

A assimetria informacional dá origem ao risco moral e à seleção adversa. Nesse ponto, é importante esclarecer que o desequilíbrio entre os agentes envolvidos não impacta apenas um dos lados da relação considerada mais economicamente suscetível. A título de exemplo, na contratação de seguro de vida e plano de saúde, esses problemas podem ser constatados no caso de o consumidor não informar à seguradora ou à operadora de plano de saúde sua condição pessoal de maior fragilidade, por conta de alguma doença específica, o que implica a assunção de um risco maior por parte das pessoas jurídicas que comercializam esses produtos.

Quanto à falha associada ao bem público, é possível afirmar que suas características intrínsecas afetam a eficiência da alocação dos recursos do mercado, na medida em que desafiam o equilíbrio entre oferta e demanda, bem como a busca pela maximização das satisfações pessoais por meio da fórmula do bem-estar social. Os bens públicos, em razão de sua natureza, são não rivais e não excludentes. A não rivalidade está associada à impossibilidade de obstar que várias pessoas desfrutem o bem sem que se cause uma perda a qualquer pessoa; o fato de não ser passível de exclusão está atrelado à possibilidade de que as pessoas aproveitem o bem sem que haja impedimento. Essas características diferenciam os bens públicos dos

privados. O surgimento dos *free-riders*, ou caronas, guarda estreita relação com a impossibilidade de exclusão inerente dos bens públicos, ou seja, a situação em que as pessoas gozam dos benefícios sem que se disponham a pagar pelos custos do bem.²⁶ O conhecimento gerado a partir da pesquisa reúne características associadas aos bens públicos.

O cenário hipotético de ausência de direitos de propriedade intelectual ou de falta de efetividade desses direitos fornece o incentivo contrário ao fomento das atividades de pesquisa, contribuindo para o surgimento de novos inventos a partir da inovação. Com o objetivo de superar a falha em questão e cumprir a função social da propriedade, o Estado Regulador intervém no mercado.

De forma geral, o sistema de patentes adotado pelos países é o mecanismo que torna passível de exclusão o conhecimento técnico e específico gerado por aqueles que investem em pesquisa. Na hipótese de não haver proteção patentária que restrinja o acesso ao bem patentado, o inventor possivelmente manteria em segredo as informações necessárias ao desenvolvimento da inovação. Nesse ínterim, em breves linhas, a doutrina define falha de governo quando a atuação estatal na regulação para a superação das falhas de mercado não alcança o fim pretendido, conduzindo a novas disfuncionalidades pelo uso de meios ineficientes ou insuficientes, considerado o potencial benefício que poderia ser alcançado.

O crescimento da AED contribuiu para que a abordagem de temas relativos à propriedade intelectual se aproximasse de questões mais concretas.²⁷ Nesse contexto, a origem das principais discussões no campo da propriedade intelectual decorre da correlação entre os custos fixos e variáveis relativos, respectivamente, aos investimentos em inovação e ao acesso da sociedade aos inventos.

26. Ibidem, p. 229-230.

27. POSNER, Richard A. "Intellectual Property: The Law and Economics Approach", *Journal of Economic Perspectives*, 2005. v. 19, n. 2, p. 57. Disponível em: <https://www.amherst.edu/system/files/media/1894/PosnerIntProp.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2021.

O desenvolvimento de produtos e processos farmacêuticos requer investimentos expressivos, que, uma vez incorridos, tornam-se custos fixos em relação ao custo total, sendo que o investimento em pesquisa e desenvolvimento não significa garantia de sucesso comercial do produto. A pesquisa de novas moléculas e o desenvolvimento de fármacos são intensivos em tecnologia e exigem recursos materiais e humanos altamente capacitados. Apesar disso, o retorno econômico-financeiro não é uma certeza, haja vista a considerável desproporção entre o número de moléculas analisadas que se tornam produtos comercializados, bem como a estimativa de apenas 30% dos medicamentos comercializados que conferem retorno econômico-financeiro ao longo do tempo.²⁸

Os custos variáveis de disponibilização dos produtos farmacêuticos ao mercado de consumo, ao contrário, podem ser bem menores que os custos fixos de seu desenvolvimento. Na hipótese de elevados custos fixos para o desenvolvimento do produto farmacêutico, talvez o preço do produto na prateleira não compense o retorno econômico-financeiro ou não atenda à expectativa do investidor em pesquisa e desenvolvimento.

Por outro lado, o preço do produto acima do custo marginal com o intuito de fazer frente aos custos incorridos enseja dois efeitos: (i) parte do público consumidor muda suas preferências e opta pelo substituto disponível no mercado; (ii) a entrada de *free-riders* que se beneficiam do conhecimento gerado pela pesquisa e o desenvolvimento, a despeito de nada haverem contribuído para isso.

Richard A. Posner entende que a precificação do produto no patamar do custo marginal maximizaria o acesso das pessoas e impediria a entrada

28. Segundo Falcone [2008, p. 15], “em cada vinte mil moléculas pesquisadas, apenas uma vira caixa de remédio e, em cada dez novos produtos lançados no mercado, apenas três têm um desempenho comercial capaz de, a longo prazo, produzir o retorno do capital investido” [apud PAIVA, Amanda Carneiro. “O direito à propriedade intelectual e à saúde pública: o licenciamento compulsório de patentes como forma de permitir o acesso universal aos medicamentos”, *VirtuaJus*, Belo Horizonte, 1º sem. 2017, v.13, n. 1, p. 225].

de competidores menos eficientes, mas não resolve a questão do incentivo a novas pesquisas e desenvolvimento.

O sistema de patentes confere o monopólio de exploração econômica àquele que promoveu a pesquisa e o desenvolvimento de produto pelo prazo da proteção conferida à patente, período em que o acesso ao produto patenteado é restrito, facultando-se ao titular da patente exercer o direito de forma dissuasória, nas esferas cíveis e penal, para obstar a exploração econômica não autorizada de seu invento. Em linhas gerais, o *modus operandi* do sistema de patentes é capaz de viabilizar o retorno do investimento e, nesse sentido, funciona como um estímulo ao investimento em inovação.

A contrapartida do privilégio concedido pelo Estado recai na necessidade de que informações estratégicas sobre o invento sejam publicizadas. A esse respeito, cumpre destacar que o processo de concessão das patentes observa um *iter* previsto na Lei de Propriedade Industrial. Esse *iter* tem início com o depósito do pedido de patente, instruído com o requerimento relacionado a uma única invenção ou um grupo de invenções compreendidas como apenas um processo inventivo; a confecção de um relatório que descreve, de forma clara e suficiente, seu objeto, viabilizando, assim, a análise técnica ou a execução do processo da melhor forma; reivindicações devidamente fundamentadas; desenhos, quando couber; resumo e comprovante de recolhimento das taxas.

A partir da data de apresentação do pedido de depósito de patente ou, se houver, da prioridade mais antiga, o pedido será mantido em sigilo por 18 meses. Após esse prazo, o pedido será publicado, salvo no caso previsto no artigo 75 da Lei de Propriedade Industrial, que trata dos pedidos originários do Brasil que são de interesse da defesa nacional. Além disso, no prazo de 36 meses a contar da data do depósito, o depositante ou qualquer interessado poderá solicitar o exame do pedido, sob pena de arquivamento. Cumpridos os requisitos legais, concede-se a carta-patente pelo prazo estipulado no artigo 40 da Lei, até que finde a proteção conferida pela patente, quando, então, o objeto cairá em domínio público.

A Lei de Propriedade Industrial, nos termos do inciso I do artigo 6º, presume que o depositante é o legitimado para obter a patente, o que justifica a proteção patentária desde o depósito do pedido, no caso de comprovada exploração indevida do invento a partir da obtenção do conhecimento do conteúdo do pedido depositado, que pode englobar o período que antecede até mesmo sua publicação.

2.3 A análise econômica do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial

A busca por inovação e desenvolvimento tecnológico requer investimentos que podem ser bastante intensivos no caso de produtos do ramo farmacêutico. O sistema de patentes é o modelo adotado pelos países civilizados, com vistas a conferir ao inventor o monopólio de exploração econômica do invento mediante restrição de acesso ao produto desenvolvido pelo prazo que durar a patente. Após transcorrer o lapso temporal da proteção, a invenção entra em domínio público, quando, então, cessa a recompensa ao inventor pelo uso de sua criação e podem surgir concorrentes no mercado. Em contrapartida à proteção patentária, o inventor é obrigado a divulgar o conhecimento gerado por sua pesquisa e o respectivo desenvolvimento.

Considerando que o conhecimento reúne características de bem público, assim como o *trade off* entre a inovação e a esfera privada do autor, o sistema de patentes tem por objetivo estimular que novos investimentos sejam realizados, na expectativa de que o retorno econômico-financeiro do investidor em inovação recompense os custos fixos da empreitada.

A discussão da AED sobre o prazo ótimo da proteção patentária não traz uma única resposta correta. Em outras palavras, discussões filosóficas não definem o prazo ideal, suficiente e adequado para que o autor da invenção seja recompensado por seu investimento e pela consequente criação de um produto inovador, na medida em que estimula novos investimentos em inovação e cujo retorno financeiro não exceda sobremaneira a expectativa privada.

Entretanto, a partir do acordo TRIPS, convencionou-se, entre os signatários, um prazo mínimo de vinte anos para as patentes de invento e de 15 anos para o modelo de utilidade. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro confere a proteção patentária de vinte anos no caso da patente de inventos e de 15 anos para o modelo de utilidade, cujo prazo poderia ser acrescido de uma prorrogação incerta, a depender do desempenho do Estado para tramitar, examinar e conceder a patente.

A propósito, é inescapável considerar que o pressuposto de qualquer análise relacionada aos direitos de propriedade intelectual deve ser a determinação constitucional de se cumprir sua função social, qual seja: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Sobre o parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, recentemente declarado inconstitucional, após 25 anos de vigência no ordenamento jurídico brasileiro, os agentes de mercado que intitulam patentes de inventos, independentemente da categoria econômica, alegaram que a declaração de inconstitucionalidade da norma afetaria a segurança jurídica do sistema de proteção dos direitos da propriedade intelectual, bem como seria danosa ao ambiente de negócios no Brasil.

Esse dispositivo, que ainda não teve a suspensão de sua vigência determinada pelo Senado Federal, conforme requer o Capítulo III do Regimento Interno, excepciona a regra de duração das patentes, de modo que, na prática, ao formular o requerimento, inexistente clareza quanto ao tempo de tramitação do pedido no INPI, o qual pode vir a impactar no prazo de proteção conferida pela patente. A partir da dinâmica de funcionamento do INPI que pode ser evidenciada por seu expressivo *backlog*, é possível concluir que, para os principais interessados, tanto o requerente como a sociedade, a norma impugnada não se notabiliza pela segurança jurídica conferida, porquanto é fonte de incerteza.

A segurança jurídica necessária ao desenvolvimento do país depende, entre outros fatores, da formulação de regras claras, isentas de dúvida e que gerem incentivos eficientes aos seus destinatários. Um dos pressupostos

aplicados à AED refere-se ao fato de que o homem reage aos incentivos na busca por maximizar suas satisfações. Destarte, questiona-se se o parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial gera, para o requerente da patente, um incentivo correto, levando-se em conta que, a depender do desempenho do INPI e do comportamento do próprio requerente, oportuniza o prolongamento do recebimento de sua recompensa econômico-financeira enquanto durar a proteção patentária, que é reconhecida a partir da formalização do pedido de patente.

A esse respeito, o Tribunal de Contas da União (TCU) procedeu à auditoria do INPI, com o objetivo de analisar o processo de registro de patentes no âmbito da INPI, tendo em vista o expressivo *backlog* e o prazo de duração do processo administrativo superior a dez anos (“bem acima da média mundial”,²⁹ segundo o TCU).

A título de ilustração, o TCU informa que, desde 2015, o Brasil recebe pedidos decrescentes de registros de patentes, sendo que, apesar do expressivo *backlog* supramencionado, representa um número inferior aos cinco maiores escritórios de patentes do mundo em 2010, quais sejam: China, 391.177; Estados Unidos, 490.226; Europa, 150.961; Coreia do Sul, 170.101; e Japão, 344.598. No entanto, no Brasil, a duração do processo de registro de patentes, desde o pedido até o primeiro exame técnico, equivale, segundo o TCU, a cinco vezes o tempo de duração do processo conduzido pelos escritórios chinês e norte-americano, apesar de esses escritórios estarem entre os cinco com maior demora na tramitação dos pedidos de registro.

Entre as principais constatações, o TCU identificou, conforme consta no Relatório do Acórdão nº 1.199/2020, ausência de controle nos processos,

29. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. *Processo nº 015.369/2019-6*. Acórdão nº 1199/2020. Auditoria realizada com o objetivo de analisar o processo de registro de patentes, especialmente no que se refere ao elevado estoque de pedidos em espera (*backlog*) e ao prazo superior a dez anos para concessão, bem acima da média mundial. Relator: Min. Vital do Rêgo, julg. em 13 maio 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A30%2520backlog%2520inpi/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520>. Acesso em: 22 jul. 2021.

o que, no âmbito do INPI, macula a transparência da ordem de análise dos registros pela data de entrada dos pedidos; e a impessoalidade necessária ao exame de patenteabilidade, uma vez que as situações de impedimento e suspeição não estão normativamente definidas.

Em conclusão, o TCU determinou ao INPI que adotasse uma série de medidas, com o objetivo de conferir maior efetividade aos princípios constitucionais previstos no *caput* do artigo 37, com destaque para a publicidade, a impessoalidade e a transparência na tramitação dos pedidos de patentes.

O TCU, no mesmo Relatório de Auditoria, recomendou à Casa Civil da Presidência da República que avaliasse a conveniência e a oportunidade de discutir a revogação do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial, que, em casos extremos (embora recorrentes), representa prorrogação da proteção, tendo em vista que a proteção patentária do requerente data da formalização de sua pretensão, nos termos do artigo 44 da mesma Lei; a inexistência de regra correlata no âmbito do TRIPS; e o fato de inexistir regra correlata nos sistemas legais de outros países (parágrafos 201 a 256 e 317 a 322 do relatório do TCU).

No julgamento da ADI, o representante da AGU, em sua sustentação oral, expôs que a Presidência da República estava em vias de encaminhar as providências necessárias para iniciar o debate, no sentido de revogar o dispositivo impugnado na ADI.

O efeito econômico da vigência do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial fomenta um comportamento estratégico dos requerentes, contribuindo para prolongar ainda mais o processo administrativo no âmbito do INPI, que carece de controle efetivo em seus processos. Além disso, a formulação de sucessivos pedidos de patente pelos requerentes para o mesmo objeto, com o fim de prorrogar ao máximo a proteção patentária, identificada na auditoria do TCU, caracteriza a estratégia conhecida como “gestão do ciclo de vida” ou *evergreening*.

Essa conduta também conduz a um efeito dissuasório nos possíveis concorrentes do mercado, na medida em que a falta de transparência do

termo final da proteção patentária é fator que desincentiva ou desestimula a realização de novos investimentos em inovação a partir de produtos já existentes. O homem racional analisa o custo-benefício do investimento a ser realizado e, sem parâmetros informacionais mínimos, resta inviabilizada ou, ao menos, dificultada qualquer estimativa de retorno.

O ciclo não virtuoso do efeito de uma regra mal formulada gera incentivos incorretos, o que agrava a ineficiência do Estado e, por conseguinte, prejudica o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, considerando que, consoante exposto no acórdão do TCU, a regra impugnada não encontra paralelo em outros países.

Não se pode dizer que a declaração de inconstitucionalidade da regra impugnada gere deficiência de proteção ao titular da patente, uma vez que continuará em vigência a regra do *caput* do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, que iguala o prazo da patente no Brasil aos demais países signatários do TRIPS.

A superação da situação excepcional de prazo de proteção patentária estendido por conta da regra impugnada pode contribuir para o incremento do investimento em ciência e tecnologia no Brasil, desde que o sistema passe a operar seguindo os padrões regulamentares de proteção legalmente previstos. Dessa forma, entende-se que o arcabouço legal tende a conferir maiores previsibilidade e estabilidade a todas as partes interessadas quanto ao funcionamento do sistema de proteção à propriedade intelectual.

Além disso, no âmbito da Administração Pública, vislumbra-se a possibilidade de reduzir o patamar dos gastos das compras governamentais de fármacos, uma vez que a observância da regra da proteção patentária pelo *caput* do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial tem o condão de favorecer e incrementar a concorrência no mercado farmacêutico. O funcionamento regular do mercado competitivo tende a encontrar um equilíbrio no preço dos produtos mais próximo ao seu custo marginal, ou seja, um preço mais competitivo em comparação àquele dos produtos patenteados.

Um dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada é a possibilidade de que os agentes econômicos da indústria farmacêutica passem a produzir itens substitutos, ou seja, medicamentos genéricos e similares àqueles cuja patente tenha expirado. Nesse ínterim, é importante destacar que não há prejuízo para o agente econômico titular de patente que deixe de auferir ganhos financeiros pelo prazo da prorrogação, pois continuará vigendo a proteção patentária regulamentar, comum aos países signatários do TRIPS. Acresce-se a isso o fato de que o cumprimento da função social dos direitos de propriedade requer a exata duração da proteção que confira benefícios privados, devendo ser expurgado qualquer excesso, principalmente no contexto da norma impugnada em que exista uma relação diretamente proporcional entre o incremento da prorrogação e a disfuncionalidade do sistema.

Retomando o contexto de adesão ao TRIPS, o Brasil não utilizou o prazo previsto para a regra de transição, e o INPI não estava institucionalmente preparado para suprir a demanda de todos os setores tecnológicos, que passaram a contar com a proteção dos direitos de propriedade intelectual a partir da edição da Lei de Propriedade Industrial, o que tornou expressiva e recorrente a realidade fática de aplicação da regra excepcional do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, prorrogando as patentes conferidas. Levando-se em consideração a análise contrafactual a partir da situação hipotética em que o INPI estivesse plenamente preparado para dar sequência aos pedidos de registro de acordo com o padrão de qualidade dos serviços dos maiores escritórios de patentes do mundo, questiona-se a existência do próprio debate em torno da regra impugnada — imagine-se, então, se não houvesse a ADI nº 5.529!

A regra impugnada não deixa de destoar dos parâmetros de proteção conferidos por outros sistemas de patentes pelo mundo afora, por não haver paralelo. Entretanto, é possível afirmar que a desproporção entre o prazo de concessão das patentes desde a formalização do pedido de re-

gistro e o desempenho de outros escritórios de patentes impacta negativamente o desenvolvimento econômico e tecnológico brasileiro, além de fragilizar o sistema de proteção patentária, desafiando a racionalidade. Ademais, o objetivo de superação dos gargalos econômicos no contexto de qualquer país na busca por seu desenvolvimento passa pelo aprimoramento do sistema jurídico, a fim de evitar situações anacrônicas que, especificamente quanto ao sistema de patentes, recompensem os requerentes dos registros patentários por meio de uma regra que forneça uma compensação mediante prorrogação do retorno financeiro da proteção, em decorrência da ineficiência estatal no processo de registro. Tampouco é coerente que se pretenda plena efetividade dos direitos à propriedade intelectual, em especial dos inventos intensivos em investimento em ciência e tecnologia, sem reconhecer a necessidade de que o Estado implemente, em seus processos de registro de patentes, as melhores práticas adotadas pelos escritórios de patentes do mundo.

Nesse ponto, ressalta-se a necessidade de se implementarem medidas estruturantes que viabilizem o fortalecimento institucional do órgão estatal que exerce o múnus público relativo à formalização da concessão das proteções oriundas dos mecanismos disponíveis do sistema de propriedade intelectual. Ademais, destaca-se que a iniciativa louvável do Plano de Combate ao *Backlog* tem o escopo limitado aos pedidos de registro datados até 31 de dezembro de 2016.

Desse modo, reconhece-se que o funcionamento regular do órgão de Estado responsável pelos registros de patentes, permitindo um desempenho eficiente de sua missão institucional e alinhado às melhores práticas, é condição *sine qua non* para o desenvolvimento do sistema de patentes. Essa regularidade, portanto, contribui para o ciclo virtuoso de desenvolvimento econômico a partir da pesquisa e do desenvolvimento de inovações em variados campos tecnológicos, máxime quando se trata dos fármacos necessários à prevenção de doenças e à recuperação da saúde das pessoas.

3. Conclusão

Por meio da AED, buscou-se elucidar alguns pontos de vista que envolvem os direitos de propriedade intelectual, em especial aqueles decorrentes das patentes reconhecidas aos inventos produzidos a partir da pesquisa e do desenvolvimento de soluções científicas no campo farmacêutico.

O ciclo virtuoso de desenvolvimento econômico por meio de incentivo à pesquisa científica e de incremento do investimento em inovação depende de vários fatores, destacando-se a previsibilidade das regras aplicáveis. Esse ciclo permite, aos requerentes e à sociedade civil, antever o prazo determinado a ser conferido por meio da proteção patentária desde o requerimento de registro, com o intuito de viabilizar o planejamento das atividades de cada agente econômico.

No diálogo entre os campos jurídico e econômico, o desenvolvimento do sistema de patentes requer a adoção de soluções integradas que viabilizem a harmonização do arcabouço legal do país aos padrões adotados pelos demais signatários do TRIPS e o incremento da qualidade de prestação do serviço de registro de patentes alinhado às melhores práticas adotadas pelos escritórios de patentes. Dessa forma, o titular da proteção conta com relativa estabilidade no monopólio de exploração econômico-financeira pelo prazo regulamentar do *caput* do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, enquanto os demais destinatários da norma têm segurança para planejar seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento de outros produtos. Os entes estatais passam a executar, de forma eficiente, as políticas públicas, destinando uma parcela dos gastos governamentais à compra de fármacos patenteados enquanto durar a proteção regulamentar e, finda a duração do privilégio, pelo melhor preço ofertado no mercado competitivo. Por último, mas não menos importante, o orçamento dos consumidores não deve ser onerado pela internalização decorrente da compensação idiossincrática (e julgada inconstitucional), legalmente instituída como contrapartida pela ineficiência estatal no processo de registro de patentes.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI/5529*. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996. Lei de Propriedade Industrial. Relator: Ministro Dias Toffoli, 12 maio 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984195>. Acesso em: 2 out. 2021.
- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. *Processo nº 015.369/2019-6*. Acórdão nº 1199/2020. Relator: Min. Vital do Rêgo, 13 maio 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%2520backlog%2520inpi/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- _____. *Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulga a Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.
- _____. Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). *Boletim Mensal de Propriedade Industrial: estatísticas preliminares*. Rio de Janeiro: INPI, 2021. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas>. Acesso em: 6 jul. 2021.
- _____. *Lei Federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.
- COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012.
- INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Análise dos pedidos “em exame técnico” no Backlogômetro*. Rio de Janeiro: INPI, 30 abr. 2021. 6p. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/relatorios-gerenciais/Analise_Em_Exame_Tecnico_2021_04_30.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.
- _____. *Análise dos pedidos “em exame técnico” no Backlogômetro*. Rio de Janeiro: INPI, 14 jul. 2021. 6p. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/relatorios-gerenciais/Analise_Em_Exame_Tecnico_2021_07_14.pdf/view. Acesso em: 19 jul. 2021.
- _____. *Indicadores § único do Art. 40*. Rio de Janeiro: INPI, 06 maio 2021. 11p. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/relatorios-gerenciais/Relatorio_Art_40_2021_04.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.
- KLOH, Gustavo. “Teoria econômica da propriedade e dos contratos”. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Political Economy of Intellectual Property Law*. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004.

- _____. “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies*, 1989, v. 18, n. 2, art. 5. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/jls/vol18/iss2/5>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.
- MENEGUIN, Fernando B. “A proteção da propriedade intelectual e o licenciamento compulsório no Brasil”. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, jul. 2016 (Texto para discussão nº 198). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 4 jul. 2016.
- NUNES, Ricardo Dutra. “Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo da regulação da inovação: comentários às corridas por patentes”. Dissertação (Mestrado) — Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.
- PAIVA, Amanda Carneiro. “O direito à propriedade intelectual e à saúde pública: o licenciamento compulsório de patentes como forma de permitir o acesso universal aos medicamentos”, *VirtuaJus*, Belo Horizonte, 1º sem. 2017, v. 13, n. 1, p. 212-230.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa; SANT’ANNA, Leonardo da Silva. “Análise Econômica do Direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, jan./abr. 2018, v. 9, n. 1, p. 355-379.
- PORTO, Antônio José Maristrello. “Princípios da Análise do Direito e da Economia”. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- _____; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers, 2008.
- _____. “Creating a Legal Framework for Economic Development”, *The World Bank Research Observer*, 1998, v. 13, n. 1, p. I-II. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/362191468148521481/Creating-a-legal-framework-for-economic-development>.
- _____. “Intellectual Property: The Law and Economics Approach”, *Journal of Economic Perspectives*, 2005, v. 19, n. 2, p. 57-73. Disponível em: <https://www.amherst.edu/system/files/media/1894/PosnerIntProp.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2021.

Instituições e desenvolvimento econômico: um estudo do Império do Brasil (1822–1889) à luz da Análise Econômica do Direito

Bernardo Padula Schweitzer

1. Introdução

O que leva determinados países a serem mais desenvolvidos do que outros é uma das questões centrais das Ciências Sociais. Afinal, compreender quais escolhas conduziram algumas nações à prosperidade pode auxiliar na construção de caminhos, ainda que tortuosos, para outras. Nesse sentido, diversos trabalhos¹ se dedicaram a compreender o papel das instituições no desenvolvimento de países mais prósperos.

Instituições podem ser conceituadas como “regras do jogo em uma sociedade ou, em definição mais formal, as restrições concebidas pelo

1. Como exemplo mais sistemático, ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Currency, 2012.

homem que moldam a interação humana”.² As instituições podem ser formais ou informais. No entanto, North não concebe essas restrições como espécies diferentes, mas, sim, como partes de um *continuum*, que partiria das informais (como costumes e tradições) para as formais (como, por exemplo, as leis escritas).³

As restrições informais estão presentes em todos os tipos de sociedades, decorrem de “informações socialmente transmitidas e fazem parte do legado que designamos como cultura”.⁴ Nesse sentido, são importantes para garantir alguma previsibilidade no comportamento humano. No entanto, nas sociedades mais complexas, é necessário haver formalização das restrições, com vistas à redução dos custos de transação e à facilitação da cooperação entre os agentes. Restrições formais também podem ser utilizadas para alterar, complementar ou reforçar as informais.

Para North, as instituições distinguem-se das organizações, que são “grupos de indivíduos vinculados por algum propósito em comum, em busca da consecução de determinados objetivos”.⁵ Assim, as organizações (o Congresso Nacional, as empresas, associações de classe etc.) são influenciadas pelo quadro institucional (as “regras do jogo” ou restrições socialmente aceitas) e influenciam a forma como esse quadro se mantém ou se modifica. Boa parte das mudanças no quadro institucional decorre da ação de organizações, geralmente de forma incremental.

Nesse contexto, as análises institucionais estão preocupadas com a forma como os indivíduos processam, respondem e interagem com as instituições. É com base nelas que as pessoas adotam determinado curso de ação. Quando entendem que as instituições são limitadoras para seus projetos, mobilizam-se para mantê-las ou transformá-las. Por isso,

2. NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2019, p. 13.

3. *Ibidem*, p. 85.

4. *Ibidem*, p. 70.

5. *Ibidem*, p. 16.

há uma íntima relação entre as análises institucionais e uma das premissas teóricas mais relevantes da Análise Econômica do Direito (AED): as pessoas respondem a incentivos.

Essa perspectiva, por sua vez, decorre da adoção, pela AED, de premissas oriundas da análise microeconômica, especialmente do modelo de indivíduo maximizador de bem-estar da escolha racional.⁶ Para esse campo, teorias e métodos da economia devem ser utilizados com o fim de explicar instituições jurídicas, como, por exemplo, a propriedade, os contratos e a responsabilidade civil. Nessa tarefa, a AED serviria tanto para descrever como indivíduos respondem a essas instituições como para prescrever mudanças institucionais mais adequadas à promoção de determinados fins sociais, notadamente a Justiça. Essa, na visão de parte da AED, está associada à eficiência.⁷

Essas perspectivas quanto à relevância dos incentivos e do papel das instituições no desenvolvimento das sociedades servirão de base teórica para este artigo. É nesse sentido que North e Weingast apresentam uma explicação institucional para o extraordinário crescimento econômico experimentado pela Inglaterra no século XVIII. Nesse país, uma mudança política possibilitou um regime baseado na supremacia do Parlamento, na independência do Judiciário e no controle parlamentar sobre os gastos públicos. Dois efeitos dessa mudança foram o fortalecimento das garantias relacionadas aos direitos de propriedade e o desenvolvimento do mercado de capitais. Neste último caso, o aumento da confiança no governo (de que ele cumpriria seus acordos) possibilitou o aumento da liquidez na Inglaterra.⁸

O presente trabalho busca empreender esse tipo de análise institucional aplicada à história brasileira, mais especificamente no século XIX. A esco-

6. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Nova York: Aspen Publishers, 1986, p. 4

7. *Ibidem*, p. 18-26

8. NORTH, Douglass.; WEINGAST, Barry. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England", *The Journal of Economic History*, v. 49, n. 4, p. 803-832, 1989.

lha do período se justifica porque é justamente nesse século que o Brasil experimentou um desenvolvimento econômico relativamente tímido em comparação com outras nações do continente americano. Maddison⁹ estima que o PIB *per capita* brasileiro era, em 1820, de US\$ 646; em 1870, US\$ 713; e, em 1913, US\$ 811 (um crescimento de 0,24% ao ano entre 1820 e 1913), duas décadas após o fim do Império. O México, por sua vez, apresentava PIB *per capita* de US\$ 759 em 1820; de US\$ 674 em 1870; e de US\$ 1.732 em 1913 (crescimento de 0,89% ao ano, entre 1820 e 1913).

A comparação com países centrais do capitalismo é ainda mais impressionante. Os Estados Unidos partem de um PIB *per capita* de US\$ 1.257 em 1820 para US\$ 5.301 em 1913 (crescimento de 1,56% ao ano no período), enquanto o Reino Unido passa de US\$ 2.121 em 1820 para US\$ 5.150 em 1913 (crescimento de 0,96% ao ano no período). Na prática, em comparação com os EUA, a proporção do PIB *per capita* brasileiro cai de cerca de 1:2 para 1:5 em menos de um século.

Essas informações são ainda mais intrigantes se considerados determinados elementos institucionais do Brasil oitocentista. Como será demonstrado, o país mantinha uma estrutura fiscal com elementos semelhantes aos da Inglaterra no que se refere ao respeito aos compromissos assumidos com credores, o que permitiu ao país acesso facilitado a crédito. Além disso, algumas mudanças na legislação comercial, cujo marco mais substancial foi o Código Comercial de 1850, foram empreendidas com o objetivo de estimular a atividade econômica. Mesmo assim, comparativamente, o crescimento, foi tímido.

O objetivo deste artigo é discutir por que essas características institucionais — acesso facilitado a crédito e nova legislação comercial — não se traduziram em crescimento econômico, como ocorreu em outros países. É evidente que a explicação para esses resultados comparativos brasileiros é multifatorial e não pode ser esgotada em um único artigo, nem em apenas

9. MADDISON, Angus. *The World Economy: Historical Statistics*. Paris: OCDE Publishing, 2006.

dois fatores. No entanto, este estudo pretende avançar no sentido de compreender quais limites essas duas características institucionais do período imperial apresentavam, de forma que não foram capazes de estimular eficiência e crescimento econômico.

Para isso, o artigo será dividido em duas seções, além desta introdução e da conclusão. A primeira seção discutirá características da política fiscal imperial, comparando-as com as apresentadas pela Inglaterra. Além disso, serão apresentadas possíveis razões para essas características se haverem traduzido em limitado crescimento econômico. Na segunda, serão discutidas modificações na legislação comercial introduzidas em 1850, especialmente quanto às novas possibilidades de estruturação das sociedades comerciais. Será demonstrado que esse aspecto é central para o desenvolvimento da atividade econômica, conforme a literatura de AED. Posteriormente, serão discutidos problemas que a legislação comercial não resolveu ou, pior, que até mesmo promoveu, tomando como exemplo o desenvolvimento do setor bancário no Brasil. A análise enfatizará os vinte anos subsequentes à aprovação do Código Comercial. Nos anos 1870, houve reformas na legislação comercial e na própria estrutura do Poder Judiciário, de forma que seria necessária outra análise para compreender os incentivos gerados por essas mudanças.

2. Desenho institucional, política fiscal e condicionantes do desempenho econômico

Governos são agentes econômicos de grande relevância. Essa realidade é evidenciada, por exemplo, pela forma de cálculo do PIB. Considerado um dos indicadores mais representativos do crescimento econômico de um país, o PIB tem, entre seus componentes, os gastos do governo. Assim, a forma como os Estados arrecadam e alocam seus recursos, a premissa básica da política fiscal, é fundamental para a trajetória econômica de um país.

Em análise clássica, North e Weingast¹⁰ relacionam mudanças institucionais na Inglaterra com o estabelecimento de novas restrições para a promoção de gastos e endividamento público, tendo como consequência o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a Revolução Gloriosa (1688), evento que pôs fim à profunda crise política do século XVII, provocou alterações significativas nas instituições britânicas.

A Inglaterra contava com uma estrutura política semelhante à de outras monarquias europeias. O soberano exercia enorme controle sobre a alocação de recursos públicos, e a capacidade parlamentar de controlá-lo era limitada. O Poder Judiciário tampouco tinha garantias institucionais suficientes para esse fim. Seu custeio dependia de escolhas discricionárias da monarquia. Discricionários também eram os critérios de demissão e remoção de juízes, o que se traduziu em insegurança para a atividade judicial em face do Executivo. Em suma, os outros poderes não eram capazes de limitar a atuação do rei. Além disso, havia poucas garantias contra o abuso de poder por parte do rei contra agentes privados. Com frequência, os monarcas desrespeitavam os direitos individuais, ameaçando e prendendo opositores, expropriando particulares e embaraçando a atividade econômica. A percepção de que a sociedade existia para servir aos desígnios do soberano produzia monarquias pouco confiáveis para a população.

A Monarquia Britânica, durante a Dinastia Stuart (1603–1688), notabilizou-se por não cumprir acordos. Dívidas com credores não eram honradas, e novas dívidas eram contraídas com particulares de maneira quase forçada. Além disso, a Monarquia obtinha parte dos recursos através da venda de atividades monopolizadas pelo Estado. Nesses casos, ao tornar determinada atividade um monopólio, os Stuart afetavam interesses de agentes econômicos que já atuavam no setor. Por fim, eram frequentes as expropriações de bens e direitos de particulares, tanto por meio de tributação como de confisco de terras.¹¹

10. NORTH; WEINGAST, op. cit., p. 803-832.

11. *Ibidem*, p. 808-812.

A contínua demanda por recursos levava o rei ao Parlamento, que, por sua vez, barganhava em torno da postura mais respeitosa de direitos e contratos por parte do monarca. O fracasso quanto a esse tipo de medida aumentou a oposição à Monarquia, levando, então, à Guerra Civil. Nesse sentido, a disputa política na Inglaterra também foi uma disputa sobre a condução da política fiscal inglesa.

Ao fim desse processo, a Revolução Gloriosa produziu diversas mudanças institucionais, sendo a supremacia parlamentar sobre o Executivo a mais expressiva delas. Além disso, eram características desse desenho institucional o controle parlamentar sobre a política fiscal (com a limitação sobre a instituição de tributos, a limitação das fontes de custeio Ca coroa, a possibilidade de controlar os gastos do Executivo e de vetar as despesas) e o fortalecimento do Judiciário, tornando-o independente da Monarquia (os juízes não podiam ser removidos discricionariamente do cargo).

A separação efetiva de poderes tornava as medidas expropriatórias mais custosas: elas passavam a depender da articulação entre Executivo, Judiciário e Legislativo (com suas diversas correntes políticas). Além disso, para os *Whigs* do Parlamento, a atuação menos intervencionista do Estado favoreceria seus interesses econômicos. Por fim, o Judiciário independente limitava potenciais abusos parlamentares e garantia o cumprimento de contratos, inclusive por parte do Estado. Pode-se afirmar que esse desenho aumentou significativamente a presença de atores de veto, capazes de brechar os arroubos autoritários do Estado.

Nos anos seguintes à Revolução, o novo desenho institucional permitiu ao governo acesso a crédito barato, mesmo com o aumento do endividamento. A segurança de que o governo cumpriria acordos e respeitaria direitos fez aumentar a confiança no Estado. A expansão do endividamento público, por sua vez, aumentou a liquidez e estimulou o surgimento de bancos e da atividade securitária, beneficiando, assim, a iniciativa privada através do aumento do crédito disponível e da maior previsibilidade para o desempenho de atividades econômicas e financeiras.

Assim, o desenho institucional decorrente da Revolução Gloriosa criou um Estado controlado no aspecto fiscal e compromissado com a defesa de contratos e direitos. Isso aumentou a confiança no setor público, o que resultou em aumento de crédito para o governo. O aumento do endividamento público elevou a liquidez geral na economia, beneficiando a atividade privada e o mercado de capitais. Estavam lançadas as bases para o desenvolvimento do que viria a ser a maior economia do século XVIII e, até hoje, uma das maiores do mundo.

Todo esse processo teve início com instituições capazes de aumentar a confiança de particulares no governo como o agente que vai garantir que acordos sejam cumpridos e — como é igualmente importante — que vai cumprir seus próprios compromissos. Essa confiança nos compromissos firmados é condição necessária ao desenvolvimento econômico. No caso inglês, ela reduziu os custos de transação, aumentou a liquidez e permitiu o desenvolvimento de mercados modernos, como o de capitais.

No Brasil, a Independência e a Constituição de 1824 representaram uma promessa de rompimento com o passado colonial. Após o fim do monopólio comercial português, com a Abertura dos Portos (1808), a Independência representaria a ratificação da autonomia política, ameaçada pela Revolução do Porto de 1820. A Carta de 1824, por sua vez, foi inspirada nas Constituições Liberais europeias, como as francesas de 1791 e 1814, e a espanhola de 1812. Isso se traduziu em um desenho institucional que contemplou três poderes, com Legislativo bicameral, Judiciário independente (ao menos no plano formal) e o Executivo centrado na figura do Imperador.

A faceta antiliberal da Constituição expressou-se no Poder Moderador, exercido pelo imperador com a finalidade de zelar, nos termos do art. 98, pela “manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”. Entre as prerrogativas desse Poder, estava a de dissolver a Câmara dos Deputados. Com isso, o imperador assumiu o papel de ator de veto final do sistema no caso de crises políticas. Além disso, a Constituição de 1824 apresentou uma grande extensão de direitos

individuais. Eles constavam no art. 179 da Carta Imperial, que abrigava tradicionais direitos de Estados Liberais, como a legalidade, a inviolabilidade de domicílio, a defesa da propriedade e a liberdade de expressão e crença. A previsão do inciso XXIII, no entanto, é menos usual: “Tambem fica garantida a Divida Publica”.

A efetivação desse direito individual era respaldada por mecanismos institucionais. O inciso XIII do art. 15 estabeleceu, como atribuição do Parlamento, “Autorisar ao Governo, para contrahir empréstimos.”. O inciso XIV, por sua vez, dispôs que a Assembleia deveria “estabelecer meios convenientes para pagamento da divida publica”. Além disso, em 15 de novembro de 1827, foi promulgada uma lei para fortalecer os mecanismos de garantia do pagamento da dívida pública. Além de previsões sobre escrituração, foi criada uma Caixa de Amortização, que era administrada por uma Junta composta por ministro da Fazenda, um inspetor-geral e cinco “capitalistas nacionaes”.¹² Carvalho afirma que a discussão orçamentária era uma arma poderosa da Câmara contra o Executivo, que poderia ser paralisado caso a “Lei de Meios” (como era chamada a lei orçamentária) não fosse votada.¹³

Como um dos resultados desse desenho institucional, Summerhill¹⁴ apresenta um governo imperial com surpreendente responsabilidade fiscal. A regra foi a existência de superávits primários por parte do governo entre 1822 e 1889. As exceções foram quatro breves períodos, todos rela-

12. Lei de 15 de novembro de 1827: Art 41º. “Esta caixa será independente do Thesouro Publico, e administrada por uma Junta composta do Ministro e Secretario de Estado dos negocios da Fazenda, como Presidente, de cinco capitalistas nacionaes, e do Inspector Geral da Caixa”; Art 42º. “Os capitalistas serão escolhidos pelo Governo de entre aquelles que mais idoneos forem, e mais fundos tiverem em apolices. Servirão por dous annos, e poderão ser reeleitos pelo Governo”. Entre os membros notáveis da Junta, esteve Ignacio Rattón, um dos autores do anteprojeto do Código Comercial de 1850.

13. CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial. O teatro de sombras: política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 263.

14. SUMMERHILL, William R. *Inglorious Revolution: Political Institutions, Sovereign Debt, and Financial Underdevelopment in Brazil*. New Heaven: Yale University Press, 2015, p. 37.

cionados a conjunturas extraeconômicas: a eclosão das revoltas regenciais (1831–1840), o conflito no Paraguai e ações governamentais para mitigar a seca no Nordeste (1878). Como consequência dessa responsabilidade, o acesso ao crédito foi facilitado: estima-se que o percentual de receitas gasto com serviço da dívida brasileira fosse semelhante ao de França e Inglaterra, sinal da credibilidade do governo. Além disso, Summerhill identifica uma queda expressiva no risco atribuído pelos investidores aos títulos públicos imperiais em Londres ao longo do século XIX, notadamente a partir de 1852.¹⁵ No ano anterior, o governo imperial havia amortizado antigos títulos ainda negociados na capital inglesa. Adicionalmente, a Lei Eusébio de Queiróz e o consequente fim do tráfico de escravizados reduziram as tensões entre britânicos e brasileiros, diminuindo, assim, a percepção de risco. Por fim, a rápida conclusão da tensão militar na Bacia do Prata, decorrente da atuação da coalizão Oribe e Rosas, fortaleceu a posição brasileira no exterior. O Império apoiou as tropas uruguaias vitoriosas, o que fortaleceu sua posição diplomática na região.

A percepção de risco sobre os títulos brasileiros em Londres voltaria a subir em 1864, já sob o clima de antecipação da Guerra do Paraguai (1864–1871). No entanto, em 1869, quando as forças paraguaias se encontravam desestruturadas, com o início da caçada a Solano López e o conflito se encaminhando para o fim, a percepção de risco voltou aos níveis pré-guerra.¹⁶ O comportamento dos títulos negociados no Rio de Janeiro é semelhante: cai drasticamente a partir de 1850, subindo novamente com a guerra e voltando ao patamar pré-guerra ao fim do conflito.¹⁷ Esses elementos são indícios de que o Brasil era considerado cumpridor de seus contratos, pelo menos em relação ao pagamento de títulos da dívida pública.

15. *Ibidem*, p. 132.

16. *Ibidem*, p. 138.

17. *Ibidem*, p. 142.

3. Instituições, judiciário e a atividade empresarial

A efetiva autonomia do Poder Judiciário foi um elemento fundamental para o desenho institucional inglês após a Revolução Gloriosa. Para North e Weingast,¹⁸ o Judiciário independente limitava potenciais abusos parlamentares e garantia o cumprimento de contratos, inclusive por parte do Estado. Para Posner,¹⁹ a força da economia de mercado depende de um ambiente institucional que garanta os direitos de propriedade e contratos. Nesse sentido, o estabelecimento de mecanismos e instituições típicas do *rule of law* (legislação, Judiciário forte etc.) contribui para o crescimento econômico dos países. No entanto, o autor defende que as reformas com o objetivo de fortalecer o *rule of law* devem ter início com a mudança na legislação, e não nas instituições, porque os custos de promoção de mudanças legais são reduzidos em comparação com a reforma de instituições judiciais. Nesse sentido, a internalização de normas de origem estrangeira pode ser um bom mecanismo para se empreenderem reformas legais.

A Carta Constitucional de 1824 trouxe diversas alterações na estrutura do Poder Judiciário, regulando a matéria no título 6º (arts. 151 a 164). A primeira instância funcionava através de distritos, os quais, por sua vez, eram divididos em comarcas, que tinham os juízes de direito. A segunda instância era exercida no âmbito dos tribunais da relação, por desembargadores. Até 1874, apenas quatro tribunais haviam sido estabelecidos: Bahia, Maranhão, Pernambuco e Rio de Janeiro. Além disso, havia o Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 juízes, competente para apreciar os recursos de revista e os conflitos de competência entre os juízes provinciais.

Além disso, a Constituição de 1824 prestigiava métodos alternativos aos judiciais para a solução de litígios. Havia previsão de que as partes pode-

18. NORTH, D; WEINGAST, B., op. cit., p. 818.

19. POSNER, Richard A. "Creating a Legal Framework for Economic Development", *The World Bank Research Observer*, v. 13, n. 1, p. 1-11, 1998, p. 3-6.

riam nomear, para causas cíveis, árbitros. Além disso, o art. 161 estabeleceu, como condição prévia ao ajuizamento de ação, a tentativa de conciliação pelas partes. A tentativa de conciliação era empreendida pelos juizes de paz, eleitos dentre e pela população com renda superior a 100 mil réis anuais. As eleições para o cargo somente tiveram início em 1828. As atribuições dos juizes de paz oscilaram ao longo do período imperial, conforme movimentos de maior ou menor centralização política do Estado. Campos e Souza apontam, por meio da análise de processos disponíveis no Arquivo Nacional e de jornais da época, para a eficácia das conciliações: cerca de metade, em 1857, encerrou os litígios sem necessidade de intervenção judicial.²⁰

No entanto, nas primeiras décadas do Império, as mudanças na legislação mostraram-se limitadas. Na verdade, houve um esforço para a manutenção de parte do ordenamento jurídico anterior à emancipação política. Nesse sentido, a Lei nº 20/1823 tratou de garantir a validade, no Brasil, de todas as normas editadas pelos monarcas portugueses até o momento do retorno de Dom João VI a Portugal (26 de abril de 1821). Em relação ao Direito Privado, isso significava a manutenção das Ordenações Filipinas, legislação criada por Felipe II, rei de Espanha, em 1603, e estendida a Portugal e ao Brasil em virtude da União Ibérica. Naturalmente, o texto, fruto de uma sociedade anterior às profundas transformações do século XVIII — especialmente as Revoluções Industrial e Francesa —, mostrava-se insuficiente como marco regulatório para o Brasil do século XIX. Além disso, as Ordenações elencavam, como fontes interpretativas para suprir eventuais lacunas, o Direito Romano e até mesmo o Direito Canônico.

A tentativa mais relevante de modernização jurídica do Império português foi a Lei da Boa Razão (1769), que entrou em vigor no período em que o Marquês de Pombal ocupou o cargo de secretário de Estado do Império

20. CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. “A conciliação e os meios alternativos de solução de conflitos no Império brasileiro”, *Dados — Revista de Ciências Sociais*, v. 59, n. 1, Rio de Janeiro, 2016.

português (1750–1777). O período pombalino é tradicionalmente considerado um exemplo do que se convencionou chamar de despotismo esclarecido, associado a governantes europeus que adotavam medidas de inspiração iluminista (especialmente de modernização e racionalização da máquina pública) com a finalidade de fortalecer o Estado.

Nesse sentido, a Lei da Boa Razão autorizava os juízes a utilizarem as leis de outras “nações civilizadas”.²¹ Na prática, isso significava a utilização, pelos juízes portugueses (e, após a Independência, brasileiros), da legislação de países europeus de forte influência iluminista. Nesse sentido, foi usual, no século XIX, a utilização de institutos do Código Napoleônico de 1804 e do Código Civil espanhol de 1829. O maior problema era a ausência de parâmetros claros para a utilização de normas estrangeiras, que acabava ficando a critério dos juízes. Por isso, a lei, que foi largamente utilizada até a promulgação do Código Comercial de 1850, acarretava grande insegurança jurídica para a atividade empresarial.²² Certamente, não era esse tipo de adoção de normas estrangeiras que Posner entendeu como capaz de auxiliar na modernização das instituições judiciais de um país.

Essa confusa diversidade de fontes normativas do Direito Privado brasileiro ao longo do século XIX foi percebida por seus contemporâneos. Caso emblemático foi o de Augusto Teixeira de Freitas. Oriundo da Faculdade de Olinda, Teixeira de Freitas foi responsável pela Consolidação das Leis Civis (1858) e pela elaboração de um esboço de Código Civil. Em prefácio da Consolidação, o “jurisconsulto do Império” lamenta que o

21. FONSECA, Ricardo Marcelo. “A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 44, n. o, 2006, p. 64.

22. Veja, por exemplo, o discurso do deputado Ferraz em sessão na Câmara dos Deputados realizada em 2 de julho de 1845: “Os julgadores ora se lançam sobre o Código Espanhol, ora sobre o Código Português, ora sobre o Francês para fundamentar suas decisões: de modo que, se pudessemos colher todas as sentenças dos diferentes juízes sobre um mesmo objeto, ver-se-ia que na mesma Relação, sobre igual objeto, os mesmos juízes davam sentenças diferentes. Por exemplo, sobre o endosso em branco tenho visto decidir que não é admissível, e outras vezes que é admissível” (LOPES, José Reinaldo Lima. “A formação do Direito Comercial brasileiro: a criação dos tribunais de comércio do Império”, *Cadernos Direito GV*, v. 4, n. 6, São Paulo, 2007, p. 33.

trabalho dos juristas brasileiros seja demasiadamente carregado de “materiais estranhos”.²³

A preocupação com a estrutura do Poder Judiciário em relação a causas empresariais foi alvo de intenso debate. Um movimento pela criação de tribunais comerciais específicos ganhou força, a despeito de o ponto não ter sido consensual nos debates parlamentares. Os principais argumentos favoráveis giravam em torno da necessidade de especialização da jurisdição comercial e de maior celeridade para julgar causas da matéria, dado que a jurisdição comum, na qual a atividade processual era regida pelas Ordenações Filipinas, era tida como excessivamente morosa para a realidade do setor mercantil.²⁴ Há, portanto, uma clara percepção por parte dos atores do século XIX acerca da relevância do Poder Judiciário para o desenvolvimento da atividade econômica.

Ao fim, o Código Comercial de 1850 previu a criação dos tribunais do comércio, os quais, contudo, teriam o efetivo papel jurisdicional limitado às causas de falência. Além disso, teriam atribuições administrativas, como o registro de comerciantes e de suas atividades (como hipotecas). Inicialmente, foram instalados tribunais do comércio apenas no Rio de Janeiro, na Bahia e no Recife. Dessa forma, as causas regidas pelo Código Comercial continuaram a ser julgadas na justiça comum.²⁵

23. “Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputássemos o corpo das ordenações Filipinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, estaríamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois séculos e meio. Também não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse á colligir e ordenar o Direito Pátrio. Aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavão copioso supplemento. Seus coUaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados (3), ou por fugirem á maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores. Essa franqueza, que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendera ao Direito Canonico; a famosa Lei de 18 de agosto de 1769, que deulargas ao arbitrio com o titulo de boa ‘razão’; o outro subsidio dos estilos, e costumes; tudo concorreu para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raiais dos casos omisos”. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal/ Conselho Editorial, 2003, p. 32.

24. LOPES, José Reinaldo, op. cit., p. 25-33.

25. *Ibidem*, p. 34.

4. Instituições, atividade empresarial e desenvolvimento: entre a teoria da AED e a prática imperial

4.1 Direito Comercial e a reorganização da atividade empresarial

Além da adoção de normas estrangeiras, outra possibilidade de reforma legal é a formalização de costumes através da legislação. O exemplo dado por Posner é o do Direito Comercial: tradicionalmente, o ramo surgiria de costumes dos comerciantes, bem como de decisões de procedimentos arbitrais ou de outros mecanismos não estatais de solução de controvérsias. A vantagem dessa estratégia é uma possível melhor recepção da legislação pela comunidade local, em comparação com uma legislação simplesmente importada de países estrangeiros. De qualquer forma, a adoção de uma estratégia de “importação legal” exige adaptação à cultura local.

O debate sobre a necessidade de se modernizar legalmente a atividade empresarial foi constante no Parlamento imperial. Lopes²⁶ afirma que esse debate se desdobrou, em grande medida, nos meios sociais em que se exercia a atividade comercial, especialmente na praça do Rio de Janeiro. O projeto de Código Comercial começou a ser discutido na Câmara dos Deputados na década de 1830, recebendo o apoio de associações de comerciantes até a sua promulgação. Por meio do exercício do direito de petição, diversas demandas pela aprovação da codificação comercial foram direcionadas aos deputados, pressionando, assim, a alteração legislativa.²⁷

O Código Comercial de 1850 é um dos marcos mais substanciais da tentativa de reforma jurídico-institucional do Império. Seus dispositivos

26. *Ibidem*, p. 20-23.

27. SABA, Roberto N. P. F. “As praças comerciais do Império e a aprovação do Código Comercial Brasileiro na Câmara dos Deputados”, *Revista Angelus Novus*, nº 1, agosto de 2010, p. 78-81.

regulavam uma extensa gama de atividades de institutos: formas de organização societárias; funcionamento do sistema bancário; procedimentos de falência; Marinha Mercante, cabotagem e indústria naval; títulos de crédito; setor de seguros, entre outros. A extensão das questões cobertas pelo Código Comercial é tão ampla que Lopes argumenta que a aprovação do diploma retardou discussões sobre a codificação civil. Para o autor, campos como o das obrigações foram “colonizados” pelo Direito Comercial.²⁸

Desses campos, será analisado mais detalhadamente, a seguir, o das formas de organização societárias. Será demonstrado que essas formas representam importantes instrumentos para o desenvolvimento econômico, conforme apontam diversos trabalhos de referência no campo da AED. Como será demonstrado, a despeito de esses institutos terem sido tratados pelo Código de 1850, questões institucionais e culturais limitaram a possibilidade de desenvolvimento econômico brasileiro.

O desenvolvimento do mercado de capitais e de mecanismos de financiamento da atividade empresarial é um elemento central para o desenvolvimento econômico. Firms demandam mecanismos de financiamento, que podem provir do setor bancário ou de particulares. O financiamento por particulares tende a ser mais atrativo para firmas, por ser mais barato do que o financiamento bancário, tanto por meio de instrumentos de crédito como debêntures como pela participação acionária. No entanto, a decisão individual de investir em determinada firma depende de uma análise de custo/benefício, pautada por um dilema de agência:²⁹ o investidor privado aloca seus recursos em uma companhia que será gerida por terceiros, os quais não necessariamente terão os mesmos incentivos que ele ao exercer a atividade gerencial.

28. LOPES, José Reinaldo, op. cit., p. 48.

29. Um exemplo de análise clássica do dilema de agência em firmas é a realizada por JENSEN, M.; MECKLING, W. “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structures”, *Journal of Financial Economics* 3, p. 305-360, 1976. Uma das soluções apontadas pelos autores é atribuir parte da remuneração dos administradores à participação societária, de forma a alinhar os interesses.

A discussão sobre a proteção de acionistas também é foco do trabalho de La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer e Vishny.³⁰ Os autores analisam a proteção aos acionistas e credores de companhias em quase cinquenta países, concluindo que países que adotam sistemas de *common law* costumam ser mais protetivos, enquanto países que adotam o sistema de *civil law*, de inspiração francesa (como era o caso do Código Comercial de 1850), costumam ser os menos protetivos. Além disso, companhias em que há maior pulverização de ações tendem a ser mais efetivas para garantir proteção, especialmente dos minoritários.

Além de proteção aos acionistas, a atividade empresarial se beneficia de regras de limitação de responsabilidade. De forma superficial, pode-se dizer que tais regras significam que o empresário ou investidor, ao se tornar sócio ou acionista de determinada firma, não responderá pessoalmente por possíveis débitos por ela assumidos, e o risco de investir no negócio ficará limitado ao valor investido. Esse instituto é fundamental para a atividade empresarial porque dá segurança ao agente privado, garantindo, assim, que seus bens pessoais não serão utilizados caso a firma experimente dificuldade em sua operação.

Sob a perspectiva da AED, a limitação de responsabilidade opera outras funções relevantes. Para Halpern, Trebilcock e Turnbull,³¹ esse instituto permite que as frações das firmas sejam iguais para todos os investidores, independentemente da quantidade de riqueza acumulada individualmente. Se não houvesse limitação de responsabilidade, os investidores mais ricos rejeitariam tornar-se acionistas de companhias, pois seriam mais afetados em caso de dificuldade de operação. Por isso, grandes investidores estariam menos dispostos a se tornar acionistas, o que prejudicaria a liquidez do mercado de capitais.

30. PORTA, Rafael La et al. "Law and Finance", *Journal of political economy*, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, 1998.

31. HALPERN, Paul; TREBILCOCK, Michael; TURNBULL, Stuart. "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law", *University of Toronto Law Journal*, 117, 1980.

Easterbrook e Fischel elencam outras vantagens da responsabilidade limitada.³² Entre elas, apontam que a limitação de responsabilidade reduz os custos de monitoramento da gestão para os investidores, mitigando, assim, os problemas de agência e permitindo a diversificação do portfólio de investimentos. A limitação também reduz os custos de monitoramento de outros acionistas. Assim, os investidores conseguem alocar de forma ótima seu capital, aportando-o, por exemplo, em negócios mais inovadores e que se encontram em estágio inicial, os quais seriam, num mundo sem responsabilidade limitada, menos atrativos, por representarem investimentos muito arriscados. Para Easterbrook e Fischel, as vantagens da responsabilidade limitada são tão grandes que, caso o instituto não existisse, teria de ser criado pelas firmas, por meio de acordos privados com acionistas e seguradoras.

Assim, as estruturas societárias que garantam limitação da responsabilidade de acionistas e maior proteção aos direitos de acionistas minoritários e credores tendem a atrair mais capital dos agentes econômicos, os quais terão menos riscos associados ao seu investimento, bem como maior facilidade para a diversificação. Por sua vez, as companhias são favorecidas por acesso a crédito mais barato do que se precisassem recorrer aos bancos, por exemplo.

O Código de 1850 criou cinco tipos societários: a) sociedade em comandita (art. 311 a 314), em que pelo menos um sócio exerce atividade gerencial e pelo menos um não exerce, sendo que apenas o(s) primeiros(s) responde(m) pessoalmente pelas dívidas da sociedade; b) a sociedade em nome coletivo (arts. 315 e 316), em que todos os sócios contribuem para a formação do capital social e não há limitação de responsabilidade; c) a sociedade de capital e indústria (arts. 317 a 324), em que pelo menos um sócio participa com a integralização do capital, enquanto outro(s) participam com a mão de obra; d) sociedade em conta de participação (arts. 325 a 328), em que ape-

32. EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. "Limited Liability and the Corporation", *The University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 1, p. 89-117, 1985.

nas o(s) sócio(s) que participa(m) da gestão se obriga(m) perante terceiros, enquanto o(s) outro(s) sócio(s) tem responsabilidade somente perante os demais sócios; e) sociedades anônimas (art. 295 a 299), em que há limitação de responsabilidade dos sócios.

Dessa forma, o único arranjo societário do Direito Comercial do Império que conjugava a possibilidade de acesso à liquidez do mercado de capitais com a proteção dos acionistas decorrente da limitação de responsabilidade era a sociedade anônima. É curioso, no entanto, que, na prática, a existência legal desse tipo societário não tenha representado crescimento das sociedades anônimas. Na realidade, determinadas estratégias empresariais demonstram que empresários preferiam abrir mão da limitação de responsabilidade, adotando, assim, outros modelos de organização.

Um caso notório foi o do Banco Mauá, MacGregor & Cia, que começou a operar em 1855. O banco teve como acionista e administrador Irineu Evangelista de Souza, o famoso Barão de Mauá. Curiosamente, o Banco Mauá adotava o modelo de sociedade em comandita, expondo o patrimônio dos sócios-administradores. Por que essa escolha? O próprio Mauá respondeu:

A forma encontrada para funcionar a nova sociedade fora do arbítrio governativo a que estavam sujeitas as sociedades anônimas, existindo no código a disposição exorbitante de poderem ser dissolvidas administrativamente sem a intervenção dos votos dos acionistas, o que, tratando-se do emprego do capital, parecia-me uma anomalia.³³

Mauá faz referência ao fato de que o Poder Público exercia grande controle sobre o funcionamento das sociedades anônimas. O art. 295 do Código

33. MAUÁ, Irineu Evangelista de Souza, Visconde de apud GUIMARÃES, Carlos G. "O Império e os bancos comerciais do Rio de Janeiro na segunda metade do século XIX: os casos do Banco Mauá, MacGregor & Cia, do Banco Rural e Hipotecário do Rio de Janeiro e do Banco Comercial e Agrícola". Anais do III Congresso Brasileiro de História Econômica e 4ª Conferência Internacional de História de Empresas, ABPHE (Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica).

Comercial previa que as sociedades anônimas demandavam autorização do governo para entrar em funcionamento. Além disso, o mesmo dispositivo previa que elas poderiam ser dissolvidas caso não cumprissem seus “intuito e fim social”. Esses dispositivos garantiam grande controle do Estado imperial sobre a atividade bancária, considerada fundamental para o desenvolvimento das modernas economias capitalistas.

Os bancos atuam, basicamente, como intermediários de recursos. Por um lado, captam dinheiro de agentes econômicos que têm poupança, oferecendo oportunidades de remuneração; e, por outro, emprestam dinheiro para os agentes que não possuem, cobrando juros. Nesse cenário, procedem a uma análise de risco dos agentes tomadores de dinheiro, reduzindo os próprios riscos, ou ampliando a remuneração do capital, se for o caso. Além disso, através de multiplicador bancário, aumentam a liquidez nas economias.

O Banco Mauá, MacGregor & Cia não foi a primeira incursão do Barão de Mauá no setor. Em 1851, ele fundou o Banco do Brasil, estruturado como SA. O Visconde de Itaboraí, então ministro da Fazenda, preocupado com o aumento do prêmio pago pelos títulos comerciais, interveio no setor e pressionou a fusão do Banco do Brasil com seu concorrente, o Banco Commercial do Rio de Janeiro. Após essa fusão, Mauá renunciou ao cargo no banco e liquidou sua posição. Atuou em diversos segmentos da economia imperial, inclusive, como já dito, no setor bancário. Nesse sentido, a falência do Banco Mauá, em 1875, o levou à ruína econômica pessoal. Pessoalmente responsável pelas dívidas do banco, ele teve de se desfazer de empresas e bens pessoais para pagar aos seus credores.

O setor bancário durante o Império é, na verdade, um dos melhores exemplos de como as escolhas institucionais empreendidas com a reforma legal do Código Comercial impuseram entraves ao desenvolvimento econômico. As restrições para o funcionamento de SAs tornavam os bancos, geralmente organizados dessa forma, muito dependentes da “boa vontade” da classe política. Por esse motivo, talvez, era comum que os políticos

ocupassem cargos remunerados nos conselhos dessas organizações.³⁴ Em contrapartida, ficava afastado o risco de dissolução por parte do Poder Público, além de se esperar maior rigor do governo quanto à autorização de novas SAs no setor bancário. Em suma, a regulação e a estrutura bancária do Império podem ser vistas como exemplos do que Stigler denominou de “captura”,³⁵ quando incumbentes de um setor regulado demandam maior intervenção estatal para impedir a entrada de novos agentes no mercado.

O resultado foi um setor oligopolizado. Summerhill³⁶ identifica que o setor permaneceu relativamente pequeno e com pouca entrada de novos agentes ao longo de todo o período imperial. No Rio de Janeiro, havia três bancos em 1850, e apenas 15 em 1889. Embora os ativos titularizados pelos bancos tenham aumentado seis vezes no mesmo período, os recursos permaneciam concentrados, especialmente no Banco do Brasil, controlado pelo próprio governo a partir de 1854. Mesmo assim, a classe política constantemente demonstrava preocupação com a *excessiva* concorrência no setor.³⁷

Por fim, a “Lei dos Entraves” (nº 1.083/1860) tornou a atividade empresarial ainda mais engessada, especialmente a bancária, ao estabelecer limitação à incorporação e à criação de sociedades, que precisavam ser autorizadas pelo Estado. Além disso, foram estabelecidas restrições à venda de ações e à emissão de valores mobiliários. O resultado prático foi a redução no volume de recursos alocados em SAs: em 1856, o valor de mercado das novas SAs autorizadas foi de cerca de 28 milhões de mil-réis, o maior da

34. SUMMERHILL, op. cit. p. 200.

35. STIGLER, George J. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

36. SUMMERHILL, op. cit., p. 196-198.

37. Para justificar o controle do Banco do Brasil pelo governo, afirmou o Visconde de Itaboraí: “A concorrência entre bancos, senhores, tem sido a causa de quase todas as crises comerciais. É a porfia de cada um de fazer mais negócios, aliciar mais fregueses, por dar maiores dividendos aos acionistas que de ordinário ocasiona a facilidade de se descontarem os títulos sem as necessárias garantias; que faz baixar demasiadamente os juros; [...] é a rivalidade entre bancos que concorre para produzir as quebras, a ruína, o desespero das famílias” [apud CALDEIRA, Jorge. *Mauá, empresário do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 267].

década. Na década seguinte, em comparação, o maior valor foi de cerca de 6 milhões, mais de quatro vezes menor.³⁸ O afrouxamento das restrições à criação de SAs somente ocorreria em 1882, no ocaso do Império, cada vez mais instável politicamente. Desperdiçou-se, portanto, uma enorme janela de oportunidade aberta com a reforma do Direito Comercial.

4.2 O peso das restrições informais

Outro elemento que explica o parco desenvolvimento econômico após a criação do Código Comercial é o peso das restrições informais nas escolhas dos agentes econômicos do período imperial. Como já afirmado, tais regras, oriundas da cultura e da tradição, por exemplo, têm grande influência sobre as escolhas individuais. Com isso em vista, é possível inferir que, mesmo que houvesse capital disponível a juros mais baixos, muitos não investiriam em setores modernos, como a indústria.

O estudo de Florentino e Fragoso³⁹ pode ser usado para corroborar essa hipótese. Os autores buscam explicar um processo curioso e recorrente entre a elite mercantil da capital imperial: o abandono de atividades comerciais, ainda que mais lucrativas, para direcionar seu capital à atividade agrícola. Expressiva quantidade de sociedades comerciais não sobrevivia a duas gerações. Além disso, os autores estimam que, para o ano de 1810, o retorno líquido com a atividade de *plantation* teria sido de 12% no Rio de Janeiro, enquanto o tráfico de escravizados representava um retorno líquido de 19%.⁴⁰ Mesmo assim, a migração para uma atividade menos lucrativa era comum, desafiando modelos explicativos baseados na escolha racional.

38. *Ibidem*, p. 175.

39. FLORENTINO, Manolo; FRAGOSO, João. *Arcaísmo como projeto: mercado atlântico, sociedade agrária e elite mercantil em uma economia colonial tardia: Rio de Janeiro, c.1790-c.1840*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

40. *Ibidem*, p. 230-231.

A explicação dos autores está no que North entende como regras informais. Em uma sociedade com mentalidade aristocrática e escravista, ainda permeada por valores oriundos do Antigo Regime ibérico, tornar-se um proprietário de terra simbolizava alcançar maior *status* social. Sob a perspectiva de uma cultura com tradição nas raízes aristocráticas, escolhas racionais típicas de economias capitalistas poderiam não ocorrer no Brasil, mesmo que determinadas condições — como, por exemplo, juros mais baixos — fossem atendidas.

A cultura é elemento fundamental para se compreender o desempenho econômico das sociedades. Nesse sentido, Landes aponta, como uma das explicações para o desenvolvimento japonês no século XIX, uma cultura baseada em acentuado senso de responsabilidade coletiva. Trabalhar com afinco e disciplina é uma forma elevada de patriotismo e de atender à comunidade. Recuperando Max Weber, Landes identifica uma versão japonesa da “ética protestante” que teria sido fundamental para o desenvolvimento das sociedades anglo-saxônicas.⁴¹ No caso brasileiro, o que pode ser entendido como uma “ética aristocrática” pode ter levado os agentes econômicos a fazer escolhas que limitaram o desempenho da economia.

As restrições informais afetaram até mesmo a configuração dos direitos de propriedade da elite senhorial do Império. Sob a perspectiva da AED, a configuração dos direitos de propriedade é fundamento para uma alocação eficiente de recursos e para a distribuição de riqueza.⁴² Nesse contexto, direitos de propriedade claros e bem-definidos possibilitam uma alocação eficiente de recursos, permitindo, assim, que a propriedade seja titularizada por quem a valoriza mais.

Pois bem: a estrutura tradicional de ocupação de terras da América Portuguesa, as sesmarias, fora suspensa em 1822. Muitas das ocupações

41. LANDES, David. “Culture Makes Almost all the Difference. In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON Samuel P. *Culture Matters: How Values Shape Human Progress*. Nova York: Basic Books, 2000, p. 7-10.

42. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 89.

anteriores não obedeciam aos parâmetros da antiga legislação portuguesa, como a exigência de demarcação das propriedades, e não eram chanceladas pelo Estado português. Assim, configuravam, juridicamente, apenas posse, e não propriedade. Após a suspensão, simplesmente não havia legislação que disciplinasse a matéria. Quase três décadas depois, após um mmoso debate legislativo, a Lei de Terras de 1850 (nº 601/1850) foi aprovada para ocupar o vácuo normativo.

A lei disciplinava dois grandes pontos: primeiro, as terras devolutas, que haviam sido titularizadas pelo Estado. Elas deveriam ser alienadas onerosamente aos particulares. Segundo, a lei pretendia regularizar as posses oriundas de antigas sesmarias que não cumprissem as determinações legais. No entanto, essa regularização tinha consequências que foram mal-recebidas pelos posseiros: os terrenos tinham de ser oficialmente demarcados (arts. 7 a 10 da Lei nº 601/1850), e o Estado cobraria uma taxa pelo processo (art. 11 da Lei nº 601/1850).

A resistência dos posseiros à lei representou um “veto dos barões” à tentativa de modernização da estrutura dos direitos de propriedade no Brasil, na visão de Carvalho.⁴³ O autor demonstra que houve grande resistência dos posseiros e sesmeiros à demarcação das propriedades. Além disso, a estrutura burocrática do Império era enxuta, de modo que boa parte da atividade demarcatória tinha de ser exercida em nível provincial. No entanto, os governos enviavam informações incompletas, distorcidas ou até mesmo nenhuma informação. Nas décadas de 1870 e 1880, já se reconhecia que a lei era “letra morta”.⁴⁴

A preferência dos posseiros por estruturas de propriedade mais precárias, como a posse, decorreu, em parte, de concepções culturais sobre a forma de ocupação da terra e a resistência contra a atividade fiscalizatória do Estado. Essa estrutura dificulta que agentes econômicos conduzam transações que aloquem esses direitos de forma eficiente. Além disso, a ausência de títulos

43. CARVALHO, op. cit., p. 329.

44. *Ibidem*, p. 342.

formais de propriedade representava uma limitação de acesso ao crédito por parte dos posseiros e proprietários irregulares, visto que os poucos bancos comerciais dificultavam a concessão de empréstimos sem garantia real ou com fundamento em títulos duvidosos.⁴⁵

5. Conclusão: raízes da falta de desenvolvimento no Brasil

Análises contemporâneas ressaltam a relevância que as instituições têm para o desempenho econômico das sociedades. Boas instituições condicionam o desenvolvimento econômico sustentado, o qual, por sua vez, se traduz em melhoria nas condições materiais de vida da população. Por outro lado, instituições ruins podem restringir as possibilidades de modernização e crescimento econômico, com consequências negativas para os indivíduos. Instituições funcionam, portanto, como poderosos incentivos para as escolhas dos agentes econômicos.

O olhar para os efeitos dos incentivos no comportamento individual também marca as bases teórico-metodológicas da AED. Nesse sentido, a visão de que os indivíduos são agentes racionais que buscam maximizar suas preferências serve de base para a análise de institutos jurídicos e estratégias regulatórias, bem como para propor mudanças que estimulem comportamentos mais eficientes.

Neste trabalho, buscou-se fazer uma análise institucional do Império do Brasil. O foco da análise foram as condições para o desenvolvimento da ati-

45. SUMMERHILL, op. cit., p. 189. Sobre o tema, Hernando de Soto argumenta que um dos elementos que possibilitou o desenvolvimento de economias modernas foi o estabelecimento de modernos direitos de propriedade formalizados e com registros sólidos. Essa estrutura, além de favorecer uma alocação eficiente de recursos, destravou o acesso ao crédito para proprietários, possibilitando, assim, a realização de investimentos produtivos. Essa análise se encontra em SOTO, Hernando de. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Nova York: Basic Books, 2007.

vidade empresarial no século XIX, numa época em que diversos países ocidentais experimentaram acelerado crescimento. O caso mais notável foi o da Inglaterra: após a Revolução Gloriosa, conformou-se um desenho institucional que teve como consequência um país que expandiu responsabilmente seu gasto público e respeitou direitos, contratos e compromissos com credores, garantindo, assim, ao governo contínuo acesso a crédito. Esse crédito, por sua vez, possibilitou o aumento da liquidez para a iniciativa privada, via desenvolvimento da atividade bancária e do mercado de capitais. Assim, a confiança no cumprimento de acordos por parte do governo criou condições para o desenvolvimento econômico.

No Império do Brasil, algumas características do desenho institucional também conformaram um governo cumpridor de acordos, com elevado grau de confiança junto aos credores e com grande capacidade de acesso a crédito. O endividamento e o gasto responsável, como na Inglaterra, propiciaram aumento de liquidez. Além disso, a criação do Código Comercial propiciou novas bases normativas para o desenvolvimento da atividade empresarial no que antes era um espaço marcado pela multiplicidade de fontes e grande indeterminação. Mesmo assim, o desenvolvimento econômico brasileiro ficou aquém do experimentado por outros países, considerando até mesmo as ex-colônias.

Este trabalhou propôs algumas possíveis respostas a esse resultado. Uma delas está na legislação comercial, que restringia a possibilidade de os agentes econômicos optarem por modelos societários que possibilitassem mais acesso à liquidez e protegessem os acionistas, como as sociedades anônimas. Essas precisavam de autorização do governo para funcionar, além de operarem sob constante ameaça de dissolução. Outros modelos disponíveis, como a sociedade em comandita, expunham demais os agentes econômicos, desincentivando a atividade produtiva.⁴⁶

46. Em comparação, praticamente ao mesmo tempo que o Brasil restringia a formação de SAs e os regimes de limitação de responsabilidade, a Inglaterra caminhava em direção oposta com o Joint-Stock Companies Act (1844) e com o Limited Liability Act (1855).

O exemplo do setor bancário é representativo de como a regulação comercial restringia a atividade econômica. O Estado operava para dificultar a atividade bancária, pressionando as companhias, impedindo a entrada de novos agentes e protegendo os interesses de incumbentes. Esses, por sua vez, estabeleciam relações típicas de um capitalismo de compadrio com a elite política, obtendo favores que perpetuavam o rentismo. A regra, no setor bancário, foi a concentração de ativos nas mãos de poucos bancos. Com isso, o aumento da liquidez não se traduziu em redução nos juros ou no desenvolvimento de um moderno mercado de capitais, como na Inglaterra.

Além disso, regras informais — como a cultura — também podem ter representado entraves ao desempenho econômico. Uma visão de sociedade de caráter elitista e aristocrático levou agentes econômicos a fazerem opções pouco racionais na alocação de seus recursos, pelo menos sob a perspectiva da teoria microeconômica. Essa propriedade de terra, obsessão social, foi objeto de modernização por meio da Lei de Terras. Quanto a essa lei, no entanto, houve grande resistência, com possíveis consequências no acesso ao crédito e na alocação de recursos.

Instituições são construções sociais e decorrem de escolhas humanas. Embora, em geral, tenham fundamento na cultura e em tradições, naquilo que estão diretamente conectadas com o passado, são passíveis de mudanças. A compreensão de aspectos institucionais históricos permite identificar problemas que, em parte, são frutos dessas escolhas. Essa percepção, longe de ser motivo para lamentar o passado, pode servir de estímulo e projeto para o futuro.

Referências

- ACEMOGLU, Daron. “Root Causes: a Historical Approach to Assessing the Role of Institutions in Economic Development”, *Finance & Development*, v. 40, n. 2, p. 27-30, 2003. _____; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Currency, 2012.

- AMBROSINI, Diego R. “A interiorização da metrópole”: atores e instituições. In: MOTA, Carlos G. (org.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, v. 1, p. 231-252.
- BRASIL. *Constituição de 1824*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824.
- _____. *Lei de 15 de novembro de 1827*. Do reconhecimento e legalização da dívida pública, fundação da dívida interna e estabelecimento da Caixa de Amortização.
- _____. *Lei 556 de 25 de junho de 1850*. Código Comercial.
- _____. *Lei 601 de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império.
- _____. *Lei 1083 de 22 de agosto de 1860*. Contendo providências sobre os Bancos de emissão, meio circulante e diversas Companhias e Sociedades.
- CALDEIRA, Jorge. *Mauá, empresário do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. “A conciliação e os meios alternativos de solução de conflitos no Império brasileiro”, *Dados — Revista de Ciências Sociais*, v. 59, nº 1, p. 271-298, 2016.
- CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial. O teatro de sombras: política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. “Limited Liability and the Corporation”, *The University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 1, p. 89-117, 1985.
- FLORENTINO, Manolo; FRAGOSO, João. *Arcaísmo como projeto: mercado atlântico, sociedade agrária e elite mercantil em uma economia colonial tardia: Rio de Janeiro, c.1790—c.1840*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. “A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 44, n. 0, p. 61-76, 2006.
- GUIMARÃES, Carlos G. *O Império e os bancos comerciais do Rio de Janeiro na segunda metade do século XIX: os casos do Banco Mauá, MacGregor & Cia, do Banco Rural e Hipotecário do Rio de Janeiro e do Banco Comercial e Agrícola*. Anais do III Congresso Brasileiro de História Econômica e 4ª Conferência Internacional de História de Empresas, ABPHE — Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica.
- HALPERN, Paul; TREBILCOCK, Michael; TURNBULL, Stuart. “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law”, *University of Toronto Law Journal*, p. 117, 1980.
- JENSEN, M.; MECKLING, W. “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownerships Structures”, *Journal of Financial Economics*, n. 3, p. 305-360, 1976.

- LANDES, David. “Culture Makes almost all the Difference”. In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON Samuel P. (orgs.). *Culture Matters: How Values Shape Human Progress*. Nova York: Basic Books, 2000, p. 2-13.
- LOPES, José Reinaldo Lima. “A formação do direito comercial brasileiro. A criação dos tribunais de Comércio do Império”, *Cadernos Direito GV*, v. 4, n. 6, p. 7-70, 2007.
- MADDISON, Angus. *The World Economy: Historical Statistics*. Paris: OCDE Publishing, 2006.
- NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2019.
- _____; WEINGAST, Barry. “Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England”, *The Journal of Economic History*, v. 49, n. 4, p. 803-832, 1989.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PORTA, Rafael La et al. “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, 1998.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Nova York: Aspen Publishers, 1986.
- _____. “Creating a Legal Framework for Economic Development”, *The World Bank Research Observer*, v. 13, n. 1, p. 1-11, 1998.
- SABA, Roberto N. P. F. “As praças comerciais do Império e a aprovação do Código Comercial Brasileiro na Câmara dos Deputados”, *Revista Angelus Novus*, n. 1, p. 78-81, 2010.
- SOTO, Hernando de. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Nova York: Basic Books, 2007.
- STIEGLER, George J. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.
- SUMMERHILL, William R. *Inglorious Revolution: Political Institutions, Sovereign Debt, and Financial Underdevelopment in Brazil*. New Heaven: Yale University Press, 2015.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal/ Conselho Editorial, 2003.

Reflexões sobre o desenvolvimento do mercado financeiro brasileiro sob o prisma do sistema legal: o papel da jurisprudência

*Bruno Felipe de Oliveira e Miranda
João Felipe Figueira de Mello*

1. Introdução

As Ciências Econômicas produziram evidências suficientes para demonstrar que os mercados financeiros contribuem, de forma decisiva, para o desenvolvimento econômico. Também amealharam muitos dados empíricos para identificar que as instituições — especialmente as instituições jurídicas — apresentam importante contribuição para o desenvolvimento dos mercados financeiros.

É possível falar, portanto, em uma linha, ou em um vetor causal, que unifica as instituições jurídicas, os mercados financeiros e o de-

envolvimento econômico. Nesse sentido, o Direito é fator propulsor do desenvolvimento dos países, por meio da forja e do aprimoramento dos mercados financeiros.

Mas, quando se fala em “Direito”, de que Direito, propriamente, estamos falando?

É tradicional, quase intuitivo, associar o papel do Direito legislado no desenho e no aperfeiçoamento das instituições jurídicas e do mercado. É a lei, concebida como instrumento democrático e de regulação, que constrói e articula as instituições, fortalecendo o mercado financeiro e, assim, via de consequência, a economia nacional.

A tese deste artigo é que, a despeito da importância da lei e do direito positivado nas normas legislativas, o desenvolvimento dos mercados financeiros encontra-se fortemente ancorado no importante papel jurídico desempenhado pelos tribunais e órgãos administrativos, notadamente no que constituem importante fonte normativa para avanços institucionais, especialmente no campo do mercado financeiro. Não menos que as leis editadas pelo Parlamento, os precedentes e a jurisprudência são fonte decisiva para o desenho das instituições financeiras. Nas decisões de órgãos e tribunais — judiciais e administrativos —, é possível rastrear inúmeros avanços institucionais e regulatórios que contribuíram para o desenvolvimento do mercado financeiro. Nesse contexto, deve-se creditar não apenas aos legisladores, mas também aos julgadores, uma cota de contribuição no processo de desenvolvimento dos mercados.

Esse papel da jurisprudência, como será destacado, não decorre de mera garantia ou execução das leis promulgadas pelo Congresso. Não se trata de simples projeção da tarefa de proteção atribuída constitucionalmente ao Judiciário, ou das atribuições de *enforcement* deferidas aos órgãos reguladores. Diversamente, cuida-se de reconhecer a jurisprudência como fonte primária, de reconhecer os julgados e os julgadores como arquitetos de soluções normativas inéditas e originais — muitas vezes em uma mis-

são saneadora, aparando arestas ou mesmo corrigindo erros e problemas postos pela própria legislatura.

Com os olhos voltados para o sistema jurídico e a experiência institucional no Brasil, este trabalho reflete sobre o significado da jurisprudência administrativa e judiciária no desenvolvimento do mercado financeiro nacional. Confere-se ênfase à análise do desenvolvimento do mercado de capitais e ao processo de estabilização do mercado monetário. Rastreado a contribuição derivada de decisões de órgãos administrativos e tribunais judiciais, busca-se traçar o itinerário e o perfil de decisões capitais para o desenho e o fortalecimento desses dois importantes mercados, de modo a destacar o papel relevante que a jurisprudência assumiu na trajetória concreta de seu desenvolvimento.

Dessa forma, após uma digressão a respeito do papel da jurisprudência e dos precedentes no processo de desenvolvimento dos mercados financeiros em especial, e econômico em geral, analisam-se as decisões administrativas e judiciais às quais, no Brasil, é possível atribuir a importância qualificada de haverem contribuído para o fortalecimento dos mercados de capital e monetário.

Para tanto, inicia-se a seção II com a exposição dos aspectos gerais relativos à associação entre desenvolvimento dos mercados financeiros e o papel — o construtivo papel — desempenhado pelos precedentes e pela jurisprudência. Em seguida, na seção III, aborda-se, concretamente, de que maneira decisões emanadas de órgãos reguladores brasileiros — a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em especial — contribuíram para o fortalecimento do mercado de capitais nacional. Na seção IV, destaca-se o papel da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF) no processo de estabilização do mercado monetário brasileiro. Finalmente, o trabalho é encerrado na seção V, com um breve sumário do debate e a enunciação de proposições conclusivas.

2. Importância da jurisprudência e dos precedentes para o desenvolvimento dos mercados financeiros e para o crescimento econômico

Vasta literatura da análise econômica do Direito se debruça sobre o impacto que a lei ou o sistema jurídico exercem sobre o desenvolvimento econômico de um país. Em geral, o caminho percorrido por estudiosos consiste em identificar por que certas nações prosperam enquanto outras sucumbem à pobreza.

Ao longo do último século, a academia lançou inúmeras teorias que buscam desvendar a causa estrutural do sucesso ou do fracasso econômico de um país. Boa parte dessas teorias é demasiadamente simplicista, o que as fragiliza. Já se tentou atribuir o avanço econômico a fatores geográficos, climáticos e históricos estruturais, como, por exemplo, as formas de colonização. As teorias que mais ganharam corpo nas últimas décadas foram aquelas que atribuíram o desenvolvimento econômico a fatores culturais e principalmente às instituições de um país, distinguidas como inclusivas ou protetivas de determinada classe social.

Outro importante fator estrutural considerado por alguns nessa busca causal do desenvolvimento econômico é o sistema legal adotado em cada país. Atribui-se ao sistema da *common law* a característica de menor intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos e de maior descentralização, em comparação ao sistema da *civil law*. Essa caracterização remonta à gênese desses sistemas jurídicos na Inglaterra e na França, respectivamente. Se analisados de perto, ambos os sistemas encontram um pano de fundo semelhante ou uma razão de existir em comum: a ruptura de um sistema de privilégios de uma minoria em prol da liberdade individual ou da proteção dos direitos de propriedade.¹ A diferença entre esses sistemas reside,

1. No primeiro (Inglaterra), os detentores de terras (os comuns) exerciam a função judicante descentralizada, em confronto com a Coroa dos Stuart, em proteção à propriedade privada; já no

portanto, na identificação das entidades ou pessoas dotadas dos deveres de zelo sobre os direitos e interesses individuais. Na *common law*, o exercício dessas atribuições se dá de forma descentralizada, conforme o juízo decisorio dos *comuns*, ao passo que, na *civil law*, esse exercício cabe ao Estado, de forma centralizada, em observância à lei escrita.

O Brasil, como ex-colônia portuguesa, recebeu influência direta do Direito francês, de *civil law*, em que a lei escrita figura como a principal fonte de direito. Não obstante, aqui o precedente é uma fonte secundária de direito e, ao longo das últimas décadas, foi tomando importância, sobretudo em consequência do dinamismo e da complexidade com que as relações sociais e comerciais passaram a ser permeadas. Esse fenômeno exigiu o aprimoramento da técnica de redação das leis e o uso de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, a serem aplicados e interpretados de acordo com o caso material e em conformidade com a juridicidade, além, é claro, de ter sido responsável pelo fortalecimento das instituições.

Boa parte dessa discussão teórica da Análise Econômica do Direito — sobre qual seria a cultura jurídica mais apropriada ao desenvolvimento econômico, se a *common law* ou a *civil law* — foi atrelada à influência das normas jurídicas ou das decisões sobre o funcionamento dos mercados, ou seja, se essas normas ou decisões foram ou não capazes de produzir maior eficiência nas trocas comerciais, de modo a reduzir os custos de transação e as falhas inerentes. Nesse aspecto, há algum consenso sobre a necessidade de haver uma lei que defina os direitos de propriedade e que seja capaz de internalizar eventuais externalidades que determinada atividade ou indivíduo venha a causar a terceiros. Há igualmente consenso sobre a importância de se fixarem regras que promovam o desenvolvimento econômico.

segundo (França), o Estado napoleônico se organizou a partir da reforma imposta pela revolução, com vistas a impedir o governo de juízes, cujo ofício era exercido pela classe mais abastada, dada a possibilidade de venda e sucessão hereditária da toga.

Por outro lado, é míope a visão de que são apenas as normas jurídicas que exercem influência sobre as relações mercantis e o desenvolvimento econômico. Enxergar dessa forma é ignorar a relação simbiótica entre economia, cultura, política e lei. É fundamental que se enxergue o prisma como um todo. Assim, a criação de uma lei (1) resulta de uma vontade política, a qual, por sua vez, (2) nasce de uma necessidade da sociedade ou de grupos de interesse que é (3) calcada num racional ou num consenso qualquer que (4) deriva de uma realidade econômica. Desse modo, há uma relação endógena entre todas essas forças, mas que partem de dois extremos, que são, de um lado, a realidade econômica ou o estado natural do mercado e, de outro lado, a lei escrita, a qual tende a induzir ou reprimir determinados comportamentos, corrigir falhas e internalizar externalidades indesejadas. A reflexão que se deve fazer, portanto, não é “qual sistema jurídico propicia o desenvolvimento econômico?”, mas, sim, “de que forma o desenvolvimento econômico interage com o sistema jurídico?”.

Um olhar atento deve ser lançado às relações mercantis (nelas compreendidos o mercado financeiro e de capitais, as relações societárias, as trocas e, é claro, a moeda). Tais relações, por seu constante dinamismo e a tendência à inovação, exigem um arcabouço jurídico maleável e mais dinâmico que as relações de cunho meramente civil. Tanto é assim que o Direito Comercial é composto de conceitos que se caracterizam por serem mesclas ou adaptações de institutos do Direito Civil. A vida mercantil é pautada pelas necessidades do empreendedorismo, que se caracteriza pelo risco ou ventura, e, pela sua natureza, exige formas jurídicas que permitam a organização da produção e a proteção do investidor e do crédito. Evidentemente, a lei importa para modular as formas de desenvolvimento empresarial, o funcionamento dos mercados e a estrutura monetária. Há uma relação bem aparente entre, de um lado, o aparecimento e o desenvolvimento de formas de produção nas sociedades industriais e, de outro, a evolução de institutos de Direito, como, por exemplo, os tipos empresariais, que servem para atender às necessidades de empreendedores e investidores. O dissen-

so reside em diagnosticar o que surgiu primeiro, se foi a prática mercantil que fez surgir a forma jurídica ou se foi a forma jurídica que permitiu o desenvolvimento da prática mercantil.

Por essa razão e diante do dinamismo da vida mercantil, em que a mudança é uma constante, é necessário abrir espaço para o aperfeiçoamento da vida mercantil e a confirmação das proteções via regulação e Judiciário. O Direito Mercantil é, por sua inerente maleabilidade e inovação, pautado pela mescla de diversos institutos de Direito Civil — esse, sim, estático e tradicional.

A partir dessa digressão, evidenciam-se: (i) a importância (a) da lei para fixar as bases em que as pessoas e os agentes de mercado se relacionarão no mercado financeiro, e (b) das instituições, como o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e o Judiciário, na aplicação e na interpretação da lei diante dos fatos; (ii) como a práxis e o funcionamento das instituições no Brasil vêm, paulatinamente, aproximando nosso sistema jurídico da *common law*.

3. Decisões administrativas e o desenvolvimento do mercado de capitais

O sistema financeiro pode ser compreendido como um sistema por meio do qual os agentes deficitários (que gastam mais do que poupam) tomam, pela modalidade de empréstimo ou de investimento, os recursos dos agentes superavitários (que poupam mais do que gastam). A função do sistema financeiro é prover a todos esses agentes os canais adequados para permitir, do lado do agente deficitário, a tomada de recursos e, do lado do poupador, a alocação de seus recursos, com a finalidade de obtenção de renda ou lucro.²

2. EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 27 et seq.

Enquanto o objetivo maior do sistema financeiro é transformar a poupança em capital produtivo, o mercado de capitais, como subsistema daquele, permite canalizar a poupança de determinados agentes na atividade produtiva, com vistas ao lucro oriundo dessa atividade.³ Um mercado financeiro bem desenvolvido mitiga os custos de informação e de transação, influenciando o aumento no volume de negócios e proporcionando crescimento econômico, acúmulo de capital e inovação tecnológica.⁴

O nível de evolução de um mercado financeiro, contudo, pressupõe a existência de um arcabouço legal que facilite a organização da atividade produtiva e possibilite um ambiente de negócios, minimizando eventuais falhas de mercado. Exemplos de falhas de um mercado financeiro são: (i) o alto custo inerente à capacidade de identificar e realizar negócios; (ii) a assimetria informacional entre o investidor (agente superavitário) e o empreendedor (agente deficitário); e (iii) a possibilidade de expropriação de recursos deste em detrimento daquele.

No Brasil, o mercado financeiro passou a chamar a atenção do Estado apenas em 1964, quando foi elaborado o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG). Já havia uma crença da equipe que integrava o governo Castelo Branco no sentido de que o desenvolvimento do mercado de capitais era um importante ferramental para o crescimento

3. “A função econômica essencial do mercado de capitais é a de permitir às empresas, mediante a emissão pública de seus valores mobiliários, a captação de recursos não exigíveis para o financiamento de seus projetos de investimento ou mesmo para alongar o prazo de suas dívidas; como não se trata de empréstimos, a companhia não está obrigada a devolver os recursos aos investidores (exceto no caso de debêntures ou de *commercial papers*, que também integram o mercado de capitais), mas, sim, de remunerá-los, sob a forma de dividendos, caso apresente lucros em suas demonstrações financeiras. Daí decorre a natureza do mercado de capitais como um mercado de “risco”, uma vez que os investidores não têm qualquer garantia quanto ao retorno de seus investimentos, que dependerá dos resultados do empreendimento econômico desenvolvido pela companhia.” EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais e regime jurídico*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 8-9.

4. LEVINE, Ross. “Finance and Growth: Theory and Evidence”. In: AGHION, Philippe; DURLAUF, Steven (orgs.). *Handbook of Economic Growth*. 1 ed. Elsevier, v. 1, 2005, p. 865-934.

econômico. As bases para a promoção desse mercado foram forjadas, num primeiro momento, na atuação do Estado, que se empenhou no desenho institucional e na criação de um arcabouço jurídico que permitisse seu desenvolvimento.

A Lei nº 4.595/1964 foi sancionada nesse contexto, com o objetivo de estruturar o sistema financeiro nacional, composto pelos então recém-criados Conselho Monetário Nacional (CMN) e Banco Central do Brasil. Extinguiu-se, assim, a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), que fora instituída em 1945 para controlar o mercado monetário brasileiro, e retirou-se a formulação da política monetária do Banco do Brasil, outorgando-a ao CMN. Também no âmbito do PAEG foi sancionada a Lei nº 4.506/1964, que instituiu a sociedade de capital aberto e isentou de tributo a distribuição de lucros dessas sociedades. Logo no ano seguinte, foi sancionada a Lei nº 4.728/1965, que modernizou o sistema financeiro nacional e fixou as bases institucionais para a organização jurídica e o desempenho das atividades abrangidas pelo referido sistema.⁵

O desafio brasileiro consistia em lançar as bases para a construção de um mercado até então inexistente, o que só era possível por meio da edição de leis. Convidado para prestar assistência ao governo brasileiro na regulação do mercado em 1965, Norman S. Poser, funcionário da SEC, narrou a experiência brasileira, traçando uma distinção relevante com a legislação editada três décadas mais cedo nos Estados Unidos:

The United States legislation was enacted to protect investors and, perhaps secondarily, the national economy from abuses related to the purchase and sale of securities. (...) The Brazilian program, on the other hand, is designed principally

5. Entre os feitos da Lei nº 4.728/1965, encontra-se a profunda modificação imposta aos corretores de valores mobiliários, cuja atividade deixou de ser considerada de serviço público para ser predominantemente de caráter empresarial, deixando de ter as regalias do Estado, e também a modificação da estrutura das bolsas de valores.

*to develop and build the markets, and the protection of investors is only a means of attaining that goal.*⁶

Não faltaram iniciativas do governo brasileiro, algumas, inclusive, frustradas, mas que contribuíram para o amadurecimento da cultura de investimento no Brasil. A primeira dessas iniciativas se deu por meio do chamado “Mecanismo 157”, que, nas palavras de Ary Oswaldo Mattos Filho e Viviane Muller Prado, consistia num sistema por meio do qual “o contribuinte investia parte dos valores devidos a título de imposto de renda nos fundos fiscais (Fundos 157)”, os quais, “por sua vez, aplicavam os recursos em empresas que preenchiam os requisitos previstos na legislação, denominadas empresas 157”.⁷ Esse mecanismo canalizou parte dos valores que seriam destinados ao pagamento de imposto de renda à aquisição de quotas de fundos, que, por sua vez, investiam em companhias abertas. O Mecanismo 157 tinha a intenção de educar o acionista controlador a conviver com o acionista de mercado, e este último com o primeiro. Essa seria a dinâmica para se conseguir, além do crescimento econômico, o desenvolvimento de uma nova cultura de investimento, que deixaria de se limitar à renda fundiária — na ocasião, a predominante.⁸ De acordo com dados reportados por Mattos Filho e Viviane Muller Prado,⁹ 35 mil contribuintes utilizaram o Mecanismo 157 em 1968 e, no ano subsequente, o número de quotistas já chegava a 447 mil. Ao longo dos anos, esse programa passou por diversas mudanças, como, por exemplo, a seleção das empresas aptas a receber recursos, sendo no início uma estratégia de aporte primário nas empresas de mercado e passando, anos após, a se destinarem ao mercado secundário,

6. POSER, Norman S. *Securities regulation in developing countries: the Brazilian experience*. *Virginia Law Review*, vol. 52. 1966, pp. 1282-1307.

7. MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; MULLER PRADO, Viviane. *Mercado de capitais no Brasil: Tentativas de desenvolvimento do mercado acionário brasileiro desde 1964*.

8. MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; MULLER PRADO, Viviane, op. cit.

9. *Ibidem*.

ou seja, a compra e venda de ações e valores mobiliários que já estivessem em circulação no mercado, nas mãos de outros investidores, conferindo, assim, liquidez ao mercado.

Apesar de importante para o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro, o Mecanismo 157 foi duramente criticado por sua incapacidade de alterar a cultura empresarial. Isso porque as empresas que abriram seu capital para receber recursos oriundos desse programa não estavam interessadas em assumir obrigações informacionais e de pagamento de lucros aos investidores de mercado, mas eram tão somente beneficiadas por certo dirigismo estatal, que as beneficiava no momento de escolha para receber os recursos oriundos desse programa. Revelava-se, assim, um capitalismo de compadrio (*crony capitalism*),¹⁰ o qual, por sua vez, criava suas próprias externalidades.

Verifica-se, portanto, que a primeira grande iniciativa destinada ao desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro se deu por meio da edição de normas,¹¹ o que foi feito com algum êxito, ainda que limitado, em face do aumento do volume de recursos aportados e que passaram a circular no mercado. Contudo, não havia um sistema que conferisse proteção adequada aos investidores (ou seja, que reduzisse os custos de

10. Vide MUNHOZ, Eduardo Secchi, “Influência do patrimonialismo na sociedade anônima — importância dos mecanismos privados de efetivação dos deveres do acionista controlador e dos administradores”. In: *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Organização de Alberto Venancio Filho, Carlos Augusto da Silveira Lobo e Luiz Alberto Colonna Rosman. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 129-156.

11. “Mercados são importantes para tornar a troca econômica eficiente; conquanto não sejam fruto natural resultante das relações econômicas intersubjetivas que espontaneamente aparecem na sociedade, são estruturas que permitem a livre escolha, entre vários oferecidos, de bens que atendam a [sic] necessidades das pessoas. Mercados são tantos quantos sejam os núcleos de normas que regem a produção e a circulação de bens; não há como concebê-los fora do sistema normativo que os disciplina e os faz o que são, diz Natalino Irti (*Lórdine Giuridica del Mercato. Libri del Tempo*. S.l.: Editori Laterza, 1998, p. 39). Segundo Irti, mercados resultam de decisões políticas e de normas jurídicas que os modelam. Cabe, pois, ao Direito conformar, desenhar, definir mercados.” (SZTAJN, Rachel. “Regulação e o mercado de valores mobiliários”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 135, jul. 2004, p. 136.)

agência derivados da firma)¹² e que, ao mesmo tempo, garantisse eficiência à produção empresarial.

Com vistas a preencher essa lacuna, em 1974, o Conselho de Desenvolvimento Econômico, por meio da Exposição de Motivos nº 14, determinou a elaboração de um anteprojeto de lei especial com a finalidade de reformar as sociedades anônimas e de outra lei que criasse regras e uma entidade especial com vistas a regular o mercado de valores mobiliários, retirando, assim, a competência que anteriormente fora atribuída ao Banco Central. Esses anteprojeto culminaram com a promulgação da Lei nº 6.385 e da Lei nº 6.404 (“Lei das S.A.”), ambas em 1976.

Enquanto a Lei das S.A. tratou de modernizar a forma de organização e as normas a serem seguidas pelas sociedades por ações,¹³ o foco da Lei nº 6.385/1976 foi disciplinar a organização do mercado de valores mobiliários e, por meio da criação da CVM, fiscalizar as atividades nele realizadas e a da lei pelas sociedades por ações negociadas em mercado, as companhias abertas.

O Brasil transplantou, assim, um modelo de agência inspirado na Securities and Exchange Commission (SEC) dos Estados Unidos da América (EUA), conferindo à CVM o papel de zelar pelo cumprimento das normas previstas na Lei das S.A., com vistas a garantir a proteção dos investidores, e, em alguns casos, regulamentar a Lei das Sociedades Anônimas, ou seja, definir os parâmetros que essa lei havia deixado em aberto. Optou-se

12. “Law and legal institutions feature as accidentals to these market imperfections. Because markets are burdened by transaction costs, firms exist; and since firms are replete with agency costs, law is needed to mitigate these costs.” (PISTOR, Katharina. “Rethinking the ‘Law and Finance’ Paradigm”, *BYUL. Rev.*, 1647, 2009.

13. Eis o objetivo da Lei n. 6.404/76, revelado pela Exposição de Motivos n. 196/76: “criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, às quais sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade”.

por criar e conferir a uma autarquia especial, com capacidade técnica e institucional própria, o papel de construir as bases de proteção ao investimento e de regular o mercado de capitais, bem como de dar execução ou tutelar os interesses daqueles investidores de companhias abertas que tivessem seus direitos violados.

O racional de escolha desse modelo foi pautado na existência de uma complexa e extensa gama de interesses sensíveis ao risco e que se movimenta com consideráveis dinamismo e rapidez, não sendo a letra fria da lei e o moroso processo legislativo capazes de estabelecer, sozinhos, as diretrizes necessárias à promoção e à preservação do ambiente institucional adequado para lidar com as constantes instabilidades inerentes à relação de risco e retorno que norteia o comportamento humano em busca do melhor investimento.

Os fatores de risco são de diversas naturezas e inerentes notadamente: (i) à atividade empresarial e à saúde financeira da investida; (ii) à flutuação no preço de mercado das ações; (iii) às incertezas macroeconômicas, como, por exemplo, inflação e juros; (iv) à liquidez ou a alguém disposto a pagar o preço que o investidor considera adequado por suas ações. Em acréscimo, há ainda o risco decorrente de condutas abusivas e de fraudes de gestores da companhia investida e de terceiros.

A CVM desempenha, assim, um papel institucional normativo, regulador e judicante que contribui para o *enforcement* das normas de Direito Societário e do mercado de capitais. Esse papel, em complemento à lei e ao Judiciário, forja as bases de proteção do investidor de companhias abertas no mercado de valores mobiliários, sendo curioso notar que, num país que tem a *civil law* como tradição, a jurisprudência administrativa construída numa autarquia se tenha tornado a mais relevante e abundante fonte de Direito Societário — e isso por vontade expressa do legislador, em que pese a falta de independência da autarquia, que tem suas decisões submetidas a um órgão revisor vinculado ao Ministério da Economia, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

No clássico artigo *Law and Finance*, de 1998, La Porta, Silanes, Shleifer e Vishny se propuseram a avaliar o nível de proteção conferido ao investidor por diversas jurisdições, estabelecendo uma distinção entre os sistemas jurídicos de *civil law* e de *common law*. O nível de proteção conferido aos investidores estaria diretamente relacionado: (i) à correlação entre direitos políticos e direitos econômicos (regra do *one-share-one-vote*), o que evitaria que uma minoria pudesse exercer direitos políticos desproporcionais à sua capacidade econômica, expropriando indevidamente os recursos da companhia; (ii) à atribuição de determinados direitos a acionistas minoritários que lhes permitissem defender-se dos abusos e desmandos dos administradores. Embora alguns aspectos desse artigo se revelem hoje obsoletos, esse estudo influenciou, de forma considerável, o desenvolvimento de diversos outros e ensejou reformas legislativas mundo afora, inclusive no Brasil, onde importante reforma foi levada a efeito em 2001. Dessa forma, foi possível incrementar os direitos de proteção ao acionista minoritário e aumentar consideravelmente os poderes de atuação da CVM. De lá para cá, a autarquia fixou relevantes precedentes em proteção aos direitos dos acionistas minoritários, punindo administrativamente a conduta de administradores e acionistas controladores que desrespeitassem as normas societárias.

Alguns dos julgados mais recentes merecem destaque para demonstrar a relevância do papel da CVM na fixação de tendências jurisprudenciais acerca desses direitos de investidores, conforme extraído da obra de Eli Lória e Daniel Kalansky.¹⁴ São eles:

- (i) Caso Aliperti (PAS CVM nº 03/2013), em que a CVM considerou abuso de poder de controle a utilização de empresas estrangeiras *offshores* para garantir o voto como minoritário em uma companhia controlada pelos sócios de tais *offshores*;

14. LÓRIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *Processo sancionador e mercado de capitais: estudo de casos e tendências; julgamentos da CVM*. Porto Alegre: Quartier Latin, 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, v. I, II, III, IV e V.

- (ii) Caso Minasfer (PAS CVM nº 02/2011), em que a CVM considerou abuso de poder de controle o esvaziamento da companhia em favor de outras sociedades controladas pelo mesmo grupo;
- (iii) Caso OGP (PAS CVM RJ nº 2014/10060), em que a CVM determinou que o acionista pessoa jurídica no exercício de influência preponderante não pode votar a aprovação de contas da administração;
- (iv) Caso Forjas Taurus (PAS CVM nº 2014/10556), em que a CVM entendeu que a Lei das S.A. proíbe o acionista-administrador de votar na deliberação acerca da propositura da ação de responsabilidade civil contra si e que o acionista não pode fazê-lo por meio de sociedade sob sua influência;
- (v) Caso Embraer (PAS CVM RJ nº 2015/1760), em que a CVM entendeu que a Lei das S.A. estabelece que o administrador exerça as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, agindo com desvio de poder o administrador que desvirtua as atribuições do cargo para lograr um fim estranho ao da companhia;
- (vi) Caso CEB (PAS CVM RJ nº 1025/10134), em que a CVM entendeu que a lei não exige que o controlador atue contra seus interesses e em favor da companhia, quando o dever de lealdade que dele se espera é o de abstenção, em situação de conflito de interesses;
- (vii) Caso GERDAU (PAS CVM RJ nº 2016/5733), em que a CVM entendeu que, ainda que seja aplicável critério da *business judgement rule*, admite-se a análise do conteúdo das decisões negociais por parte da autarquia;
- (viii) Caso EMAE (PAS RJ nº 2016/0802), em que a CVM entendeu que os deveres e as responsabilidades do controlador de companhia de economia mista são idênticos àqueles a que se submetem os acionistas controladores de companhia de natureza privada.
- (ix) Caso Petrobras (PAS CVM nº 09/2016), em que a CVM entendeu (a) que a caracterização de conduta desleal de administrador se dá pela mera má-fé do acusado e o intuito de beneficiar a si ou a terceiros;

e (b) que compete ao Conselho de Administração fazer com que a companhia adote mecanismos de controle interno.

Esses são apenas alguns exemplos de como a atuação da CVM se dá em complemento ao disposto na Lei das S.A., interpretando e aplicando os dispositivos legais em face dos fatos apurados e conferindo as balizas que considera adequadas à proteção do direito dos investidores, ponderando-os com os interesses das demais partes envolvidas na contenda.

4. O papel da jurisprudência constitucional na estabilização monetária brasileira

Como debatido no item precedente, as decisões firmadas por tribunais brasileiros, ao longo dos últimos anos, consubstanciam importante fonte de estabilidade jurídica — estabilidade que oportunizou o desenvolvimento do mercado de capitais nacional. É possível identificar uma correlação (talvez não sendo exagerado cogitar de causalidade) entre o incremento da proteção jurídica conferida aos titulares de determinados tipos de ativos e os avanços verificados, ao longo das últimas décadas, no seio do mercado de capitais brasileiro. E, ainda que, à variável jurídica, não se atribuam os méritos exclusivos desse desenvolvimento, não se pode desmerecer a importância desse componente.

E o que convém presentemente destacar é que esse tipo de conexão virtuosa, entre a qualidade e a estabilidade dos precedentes, e o avanço no mercado de capitais talvez não seja o único componente rastreável. Com efeito, se é verdadeira a afirmação de que os países cujos sistemas jurídicos oferecem maior grau de proteção aos seus investidores experimentam maior desenvolvimento do mercado de capitais,¹⁵ é possível, como desdobramento

15. MAHONEY, Paul G. “The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right”, *The Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 2, junho de 2001, p. 503-504.

desse achado, ou no mínimo por analogia, assinalar que o mesmo se aplica no campo da moeda.

De fato, a trajetória brasileira também revela que o nível de proteção jurídica conferida aos titulares de ativos monetários e o tipo de resguardo normativo que se assegura aos portadores da moeda nacional em especial são fonte não menos indispensável de desenvolvimento do mercado financeiro. Mais ainda: é possível afiançar que as decisões dos tribunais brasileiros — e do Supremo Tribunal Federal em especial, sobretudo no campo da jurisdição constitucional — desempenharam papel decisivo nesse processo, forjando as bases de uma moeda pública e de instituições monetárias mais estáveis e saudáveis.

A jurisprudência brasileira, do STF em especial, examinou, com grandes atenção e cuidado, diversos problemas de Direito Monetário, especialmente com a finalidade de determinar os limites da aplicação da nova lei monetária aos contratos e relações jurídicas em curso, questão especialmente relevante, inclusive, nos domínios dos contratos bancários.¹⁶ Alguns dos ganhos capitalizados por essa jurisprudência constitucional podem ser resumidos nas seguintes diretrizes:¹⁷ (i) não há direito adquirido a regime jurídico, de modo que, se a nova lei modificar o regime monetário, essa modificação se aplica de imediato; (ii) a lei que cria moeda nova é aplicada imediatamente a todas as situações presentes e futuras; (iii) a lei monetária pode dispor livremente sobre os critérios de conversão entre moedas, mas não pode adotar critérios de conversão que impliquem privação aos seus titulares de direitos já definitivamente incorporados aos seus patrimônios; (iv) o Estado não pode invocar ou utilizar o Direito Monetário para exercer confisco ou requisição da moeda dos particulares sem a adequada compensação de seus titulares.

16. WALD, Arnoldo. “O poder monetário e suas repercussões no direito previdenciário e bancário”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 181-182, p. 46-54, jul./dez. 1990, p. 49.

17. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, juros e instituições financeiras: regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 281.

Como será debatido, esses vetores de interpretação foram fundamentais na forja do Plano Real — o mais bem-sucedido plano de estabilização econômica da história brasileira. Embora o processo de reconstrução da governança da moeda que culminou com a formatação do novo padrão monetário e do redesenho institucional vá além de normas jurídicas, não se pode desprezar o papel do Direito e das decisões dos tribunais nesse itinerário. Como resume o economista Gustavo Franco, tratou-se de um experimento incomum de harmonia entre os idiomas do Direito e da Economia, entre a construção institucional corporificada nas leis e a ciência dos incentivos aplicados a programas de estabilização.¹⁸

Esse diálogo entre Direito e Economia oportunizou não apenas o fim da hiperinflação e o controle da inflação, como também ganhos em termos de desenvolvimento e de melhoria nos indicadores de pobreza. Com efeito, indicadores de renda construídos com o objetivo de verificar a evolução da pobreza absoluta após a implantação do Plano Real indicam melhoria inequívoca no período compreendido entre julho de 1994 e janeiro de 1996, revelando ainda que a subpopulação pobre se beneficiou de uma evolução positiva no mercado de trabalho.¹⁹ Destaca-se, inclusive, o papel que as construções jurisprudenciais sedimentadas ao longo do tempo tiveram na viabilização desse programa de estabilização.

A trajetória desse longo itinerário principia com a importante decisão da 2ª Turma do STF, de maio de 1985, firmada no RE nº 105.137. Nesse conhecido acórdão, relatado pelo Min. Cordeiro Guerra, o Supremo fixa a importante orientação de que a moeda de pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência social tem seu valor definido pela Lei nº 6.435/1977, segundo os índices das ORTN, para todas as partes. Cristaliza, então, a diretriz de que não há direito adquirido a determinado padrão

18. FRANCO, Gustavo. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira (1933–2013)*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 540.

19. ROCHA, Sonia. “Renda e pobreza: os impactos do Plano Real”, *Texto para discussão* nº 439. Rio de Janeiro: IPEA, 1996, p. 24.

monetário pretérito, de modo que o pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei no dia do pagamento.²⁰

Embora houvesse decisões anteriores sobre a matéria, a decisão relatada pelo Min. Cordeira Guerra é considerada o paradigma da orientação, pela inexistência de direito adquirido a determinado padrão monetário, abrangendo tanto a moeda de pagamento como a moeda de conta.²¹ Posição idêntica foi adotada pela 1ª Turma da Corte, pouco tempo depois, no RE nº 107.763.

Nesse conjunto de decisões, a despeito de o STF ainda se encontrar argumentativamente preso à noção de normas de ordem pública (ancorando, nessa tipologia, o fundamento para aplicar a retroatividade mínima e afastar a alegação de ofensa a direito adquirido), a orientação pretoriana foi bastante elucidativa ao afirmar, entre os outros aspectos, que: (i) existem leis monetárias, (ii) essas leis abrangem a disciplina da moeda de pagamento e da moeda de conta (ou indexador), (iii) aplicam-se de imediato, (iv) na medida em que se trata de normas de ordem pública, (v) não são passíveis de regulamentação contratual que se possa opor à imediata incidência da lei nova e, finalmente, (vi) que não há direito adquirido a padrão monetário (seja de pagamento ou indexador).²²

Essa série de precedentes do Supremo abriu espaço para a atuação do Estado na reformulação do padrão monetário. Longe de se considerar um desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, a jurisprudência formada sobre esse ponto específico da regulação monetária veiculou importante diretriz, ao admitir a retroatividade mínima da lei monetária, no sentido de placitar seu efeito imediato, sendo a imperatividade legal automática uma decorrência da natureza institucional da matéria. E, se essa jurisprudência, pode-se dizer, armou as bases das reformas mone-

20. STF — 2ª Turma. RE nº 105.137. Rel. Min. Cordeiro Guerra, julg. em 31 maio 1985.

21. WALD, Arnaldo. *O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71.

22. *Idem*, p. 72-73.

tárias que se seguiram, outro conjunto de decisões do STF cinzelou as arestas (em alguns casos, também as arbitrariedades) dos planos econômicos que se sucederam nas décadas de 1980 e 1990.

Basicamente, os planos de estabilização econômica — especialmente os heterodoxos, antes da implementação do Plano Real — caracterizaram-se por alguns elementos em comum: (i) sua implementação surpresa, por meio de instrumentos jurídicos como decreto-lei ou medida provisória; (ii) o congelamento de preços e de rendimentos; (iii) a introdução de medidas econômicas retroativas, que deveriam incidir sobre obrigações jurídicas já constituídas; (iv) a proibição de indexação em curto prazo; (v) a tentativa de sincronização dos salários reais, com sua posterior desindexação; (vi) a destruição dos símbolos inflacionários, alterando-se os padrões monetários e indexadores; (vii) as tentativas de estabilização cambial; e (viii) a desatenção ao controle da demanda.²³

As alterações promovidas por esses planos econômicos — Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II — foram enfrentadas pelo STF, que articulou respostas acerca dos aspectos jurídico-monetários envolvidos. Como aponta a literatura, pelo menos sete problemas jurídicos foram discutidos pelo tribunal, e as medidas econômicas foram submetidas ao escrutínio da Corte sob o ângulo do Direito e, especialmente, da Constituição.²⁴

Quer em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quer no âmbito de controle difuso, os julgados discutiram, entre os anos de 1991 e 2006, os seguintes temas: (i) controle sobre os salários; (ii) alteração de critério para correção monetária de conta-poupança; (iii) alteração de critério para a correção monetária de depósitos do FGTS; (iv) estabelecimento de fatores de deflação (“tablitas”); (v) reajuste de contratos privados não financeiros; (vi) bloqueio de ativos financeiros; e (vii) utilização da

23. DURAN, Camila Villard. *Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54-55.

24. *Ibidem*, p. 60.

taxa referencial (TR) como índice de atualização monetária. A discussão central sobre a constitucionalidade dos planos envolveu o debate sobre a ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (cujo assento, na Carta de 1988, reside no art. 5º, XXXVI), como decorrência da introdução de alterações obrigacionais por leis monetárias.

Sobre a questão do controle de salários, a principal indagação foi se o ato jurídico perfeito e a coisa julgada seriam ofendidos no caso de a lei, veiculadora do plano econômico, alterar o índice de correção monetária dos salários. Os julgados do STF sobre a matéria, relacionados aos planos Verão e Collor I, ministraram orientação no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico estabelecido em lei, de modo que os reajustes previstos antes de seu advento eram meras expectativas de direito. No RE nº 202.686, entendeu-se que eventual sentença normativa da Justiça do Trabalho pode ser derogada por disposições legais que venham a imprimir nova política econômico-monetária, presente o fato de se tratar de lei de ordem pública.²⁵ De modo semelhante, ao apreciar o RE-ED nº 194.662, a Corte entendeu que deve prevalecer a lei federal superveniente que altera o padrão monetário e fixa nova política salarial, inclusive em face de cláusula de acordo coletivo fixado sobre a matéria.²⁶

A alteração dos critérios para a correção monetária das contas de poupança foi um segundo tema examinado pelo Supremo. A discussão em torno dessa questão está presente no desafio judicial posto sobre os planos Verão, Collor I e Collor II. Firme na diretriz de que eventuais al-

25. STF — 2ª Turma. RE nº 202.686. Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 03 nov. 1997. É certo que, e como adiante será destacado, ao julgar a ADI nº 493, o Pleno do STF definiu que o dever de observância ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido teria natureza constitucional, de modo que mesmo as chamadas leis de ordem pública a ele se submetem. O fundamento para “excepcionar” a norma da proteção do direito adquirido, nesse contexto, deixou de ser a natureza de lei de ordem pública, amparando-se na orientação de que não existe direito adquirido a regime jurídico.

26. STF — 2ª Turma. ED no RE nº 194.662. Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 10 dez. 2002.

terações normativas relativas à correção monetária são medidas de disciplina no estatuto jurídico da moeda — e, portanto, de que a lei monetária compreende a normatização da moeda como meio de pagamento e como unidade de conta —, o tribunal firmou entendimento de que não haveria afronta ao direito adquirido se, antes do novo termo inicial, fosse alterado o cálculo para os próximos rendimentos.²⁷ Assim, embora algumas características da natureza dos contratos devam ser respeitadas, as leis que alteram o regime jurídico da moeda aplicam-se de imediato.

Em relação a esse tema, há uma terceira matéria que foi examinada pelo tribunal, consistente em saber se lei que institui plano econômico de estabilização, ao alterar cláusula de correção monetária dos saldos do FGTS, ofende o ato jurídico perfeito. O entendimento do STF encaminhou-se no sentido de que não haveria invalidade. A premissa adotada nos julgamentos foi a de que o FGTS, ao contrário das contas de poupança, tem natureza estatutária, e não contratual.²⁸ Dessa forma, com base na orientação de que não existe direito adquirido a regime jurídico, as leis alteraram os critérios de correção monetária do FGTS desde que foram publicadas.²⁹ O argumento da Corte, já aqui, baseou-se menos na suposta natureza de lei de ordem pública, e mais na avaliação de que se cuidou de lei que modificava instituto jurídico.

Questão igualmente importante que foi decidida pelo Supremo diz respeito ao tema das chamadas “tablitas”, que constituíram uma espécie de correção monetária negativa ou deflator. A lógica dessas “tablitas” era impedir que a queda inesperada da inflação provocasse transferência real de riqueza dos devedores para os credores, representando um mecanismo de desvalorização para determinados créditos, com vistas a preservar o princípio da neutralidade distributiva, de acordo com o qual

27. STF — Pleno. RE nº 200.514. Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 27 ago. 1996.

28. DURAN, Camila Villard, *op. cit.*, p. 70.

29. STF — Pleno. RE nº 226.855. Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 31 ago. 2000.

os programas de estabilização não devem afetar o equilíbrio econômico dos contratos existentes.³⁰

As decisões do STF relacionadas às “tablitas”, especialmente aquelas que discutiram os planos Cruzado, Bresser e Collor II, são importantes especialmente por discutirem a natureza jurídica da lei monetária. Nesse conjunto de julgados, veiculou-se uma orientação explícita no sentido de que a lei monetária aplica-se de imediato, não porque se trata de lei de ordem pública, mas porque não há direito adquirido a padrão monetário nem a estatuto legal da moeda.³¹ Além disso, e quanto ao tema de fundo dos recursos apreciados pelo tribunal, a orientação do STF convergiu para assentar a constitucionalidade das “tablitas” e dos fatores de deflação — embora sob variados argumentos e fundamentações. Na base do entendimento firmado pela Corte, trata-se de reputar constitucional a lei que, ao deflacionar o resgate de aplicações financeiras com remuneração prefixada, teria promovido — em observância ao princípio da proporcionalidade — o equilíbrio do contrato.³² A aplicação do deflator, nesse sentido, seria uma ostensiva medida deflacionária que, em determinados momentos, encontra-se justificada como verdade em uma face simétrica da correção monetária.

Ainda a respeito das importantes questões concernentes à eficácia retroativa da lei monetária, o STF teve a oportunidade de examinar a incidência da legislação infraconstitucional, ainda que de ordem pública, sobre as mensalidades escolares cujos contratos privados de ensino tivessem sido celebrados em momento pretérito ao plano econômico. A diretriz claramente sedimentada pelo Supremo foi de que lei nova, ainda que seja de ordem pública, não pode prejudicar direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição.³³

30. WALD, Arnoldo, *op. cit.*, p. 61.

31. STF — Pleno, RE nº 141.190. Rel. Min. Ilmar Galvão, *judg.* em 14 set. 2005.

32. Para uma avaliação mais detalhada dos diferentes argumentos e da miscelânea de fundamentos subscritos pelos ministros, cf. DURAN, Camila, *op. cit.*, p. 74.

33. STF — 1ª Turma, RE nº 188.366. Rel. Min. Moreira Alves, *judg.* em 19 out. 2000.

Ainda no contexto dos planos heterodoxos anteriores ao Plano Real, e entre os temas mais sensíveis enfrentados pelo STF, seguramente encontram-se o do bloqueio de ativos financeiros e o da constitucionalidade das medidas estatais interventivas desse jaez. No caso do célebre e polêmico Plano Collor I, a Medida Provisória nº 168/1990, posteriormente convertida na Lei nº 8.024/1990, previu restrições de liquidez, determinando que certas obrigações fossem convertidas na moeda nova apenas depois de determinado período e em parcelas mensais e sucessivas.³⁴ Contra o programa, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 534), em cujo bojo o STF teve a oportunidade de se pronunciar, tanto em sede de medida cautelar como em questão de ordem, sobre o problema do bloqueio de ativos financeiros.

O tribunal, em sede liminar, teve a oportunidade de destacar a relevância jurídica das alegações de inconstitucionalidade da medida. O confisco da moeda nacional foi considerado potencialmente ofensivo a diversos bens e direitos constitucionalmente tutelados:³⁵ proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI); restrições constitucionais à edição de empréstimo compulsório (art. 148); garantia constitucional da propriedade (art. 5º, XXII); e limitações constitucionais à desapropriação lícita (art. 5º, XXIV).

O voto do ministro Celso de Mello foi bastante elucidativo, ao destacar que o poder normativo reconhecido à União para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, prevenindo ou corrigindo surtos inflacionários ou deflacionários, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, deve observar e respeitar os limites impostos pela Constituição.³⁶ Entretanto, o requisito consubstanciado no *periculum in*

34. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de, op. cit., p. 249.

35. MENDES, Gilmar Ferreira. “A reforma monetária de 1990: a problemática jurídica da chamada ‘retenção de ativos financeiros’ (Lei nº 8.024, de 12.04.1990)”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 186, p. 26-92, out./dez. 1991, p. 26.

36. STF — Pleno, ADI-MC nº 534. Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 27 jun. 1991.

mora da medida cautelar não foi divisado pelo tribunal. Considerou-se, como inclusive consta da ementa do julgado, que o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautorizava — não obstante o relevo jurídico da tese deduzida — o reconhecimento da situação configuradora do perigo da demora, inviabilizando, assim, a concessão da medida cautelar postulada.

A postura em alguma medida dúbia do tribunal, entretanto, aparentemente não pode ser lida como uma chancela à medida excepcional de bloqueio. O que se depreende dos votos emitidos é uma situação de “escolha trágica”, em que os ministros alegavam a necessidade de um sopesamento entre os interesses dos depositantes, considerados individualmente, e os riscos decorrentes da suspensão da execução da medida monetária excepcional — com ênfase, em especial, para os riscos de uma corrida bancária e de retorno da marcha inflacionária.³⁷

Como já observado, a medida cautelar não foi liminarmente deferida pelo tribunal. Porém, e talvez revelando a censura com que o tribunal pretendeu qualificar o bloqueio de ativos, no julgamento final da ação direta, em questão de ordem, o STF decidiu que a retenção dos cruzados novos vulnerava, de modo injusto, a esfera de autonomia jurídica reservada aos indivíduos.³⁸ A Corte, embora assentando que a ação direta restara prejudicada como decorrência da cessação da vigência da lei e da inexistência de efeitos residuais concretos, parece ter tentado deixar clara — ainda que em um tom mais admoestativo do que sancionatório — a inconstitucionalidade do bloqueio perpetrado pelo Plano Collor.

É interessante observar que, talvez até mesmo em razão do posicionamento claudicante do Supremo sobre o problema da retenção de ativos finan-

37. DURAN, Camila Villard, *op. cit.*, p. 82-83.

38. STF — Pleno, ADI-QO nº 534. Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 28 ago. 1992. Importante destacar o posicionamento específico do Min. Celso de Mello, para quem caberia declarar a reparabilidade civil dos danos causados pelo Estado pelo ato inconstitucional que viesse a ser considerado.

ceiros, o constituinte derivado buscou atacar frontalmente a questão. Com efeito, a reforma promovida pela Emenda nº 32/2001, entre outros aspectos, vetou a edição de medida provisória que visasse a “detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro” (CRFB, art. 62, §1º, II). Claramente, buscou-se eliminar pela raiz, quando não eventuais resquícios de dúvida acerca da inconstitucionalidade de medida desse jaez (insista-se: se é que ainda existiam), pelo menos o instrumento principal de que o Executivo poderia lançar mão para promover medidas extremas de bloqueio de liquidez: o emprego da medida provisória. Assim, em razão dessa interdição constitucional, se o Estado brasileiro ainda se aventurar em medidas de restrição de liquidez, só lhe restará a via da legislação ordinária — cujo rito de tramitação implica inexoravelmente a ineficácia de medida desse jaez. À resposta tímida do Supremo, portanto, seguiu-se uma resposta legislativa pelo Congresso Nacional, via emenda de reforma.

Finalmente, convém destacar um último julgado a respeito dos chamados planos heterodoxos, anteriores ao Plano Real. Trata-se de uma decisão do STF a respeito da utilização da TR como índice de correção monetária. Aqui, duas questões demandaram resposta: a primeira, se lei superveniente poderia alterar o índice de correção monetária estabelecido em contrato celebrado anteriormente à sua vigência; a segunda, se a Taxa Referencial (TR) poderia servir como índice de atualização monetária. Embora nos julgamentos relacionados ao tema seja possível criticar a coerência argumentativa do tribunal,³⁹ encaminharam-se as seguintes diretrizes: a uma, não pode lei superveniente alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados posteriormente a ela, tratando-se de lei inconstitucionalmente retroativa, na medida em que interfere na causa do negócio jurídico; a duas, a TR tem natureza de taxa remuneratória, não podendo, a princípio, servir como índice de atualização, por não ter sido desenhada para refletir a desvalorização da moeda.⁴⁰

39. DURAN, Camila Villard, *op. cit.*, p. 96.

40. STF — Pleno, ADI nº 493. Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 25 jun. 1992.

Pelo menos seis *standards* são extraídos do conjunto de deliberações do Supremo, relativamente aos planos heterodoxos: (i) a lei monetária compreende a disciplina da moeda de pagamento e da unidade de conta; (ii) a lei monetária pode afastar a proteção constitucional do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, por alterar o estatuto jurídico da moeda (e não porque tem natureza de ordem pública); (iii) se eventual lei superveniente alcançar os efeitos futuros celebrados anteriormente a ela, trata-se de lei retroativa, porque interfere na causa do negócio jurídico; (iv) há limites para a aplicação imediata das leis monetárias: a natureza de determinados contratos; (v) em se tratando de fundos de natureza estatutária, a aplicação da lei monetária é imediata, pois não há direito adquirido a regime jurídico; (vi) o STF, com o propósito de suspender medidas governamentais instituídas por plano econômico, deve sopesar os interesses envolvidos na questão controvertida.⁴¹

Ultrapassado o amplo debate a respeito de diversos aspectos relativos aos planos heterodoxos, nomeadamente quanto aos efeitos jurídicos da inflação e aos limites do poder estatal sobre a disciplina normativa do dinheiro, o STF foi chamado a analisar as controvérsias relacionadas ao Plano Real.

Um aspecto notável do Plano Real é que uma de suas principais engenharias institucionais corporificou-se em uma importante medida jurídica — especificamente, jurídico-monetária: foi a primeira vez na história que o Direito positivo brasileiro se valeu, explícita e diretamente, da distinção entre as funções de unidade de conta e meio de pagamento para a moeda.⁴² Mas o plano não se esgotou nesse conhecido e engenhoso aspecto. Exatamente por isso, alguns de seus conteúdos e desdobramentos foram desafiados pelos tribunais — e, mais uma vez, pelo Supremo em especial. Quatro foram os problemas jurídicos básicos discutidos

41. DURAN, Camila Villard, *op. cit.*, p. 97.

42. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante, *op. cit.*, p. 266.

pela Corte — atuando tanto pela modalidade de controle concentrado de constitucionalidade como pelo controle difuso: (i) estrutura institucional do órgão de definição da política monetária; (ii) sistema de conversão do valor contratual de cruzeiros reais para a recém-criada Unidade Real de Valor (URV); (iii) periodicidade da previsão de correção monetária nos contratos privados; e (iv) metodologia para o cálculo de índices de correção monetária durante a emissão do real.⁴³

Quanto à estrutura institucional da autoridade monetária, as duas questões relevantes examinadas pela Corte foram, em primeiro lugar, se a alteração da composição do CMN é matéria reservada à lei complementar disciplinadora do sistema financeiro, nos termos do art. 192 da Carta de 1988. A segunda questão, mais interessante para os fins do presente estudo, foi se a retirada de participantes da sociedade civil da composição do CMN contrariava interesse público. Quanto a essa segunda questão, entendeu o STF que a alteração da composição do CMN, respaldada por ato do Congresso Nacional, era válida e constitucional, não representando contrariedade ao interesse público, circunstância que levou o tribunal a indeferir a medida cautelar pleiteada.⁴⁴ Essa foi uma decisão importante, na medida em que validou o saneamento da composição do CMN — um problema antigo, que representava uma das dimensões de captura da autoridade monetária por interesses corporativos.⁴⁵

O problema jurídico do sistema de conversão do valor contratual de cruzeiros reais para a recém-criada URV representou o segundo con-

43. Camila Villard Duran agrupa essas quatro questões fundamentais a partir da análise de um conjunto de onze decisões do STF, proferidas entre os anos de 1995 e 2007. Cf. DURAN, Camila Villard, *op. cit.*, p. 106-107.

44. STF — Pleno, ADI-MC nº 1.312. Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 19 out. 1995.

45. Gustavo Franco destaca que a tentativa de conferir “representatividade” ao CMN nada mais era que um corporativismo grosseiro que podia ter algum sentido no âmbito de um governo autoritário — mas, iniciada a reconstrução da democracia, ela adquiria o intuito perverso de garantir um lugar privilegiado para interesses especiais em um orçamento que não estava limitado pela tributação, evitando, assim, os percalços do orçamento geral da União. Cf. FRANCO, Gustavo, *op. cit.*, p. 440.

junto de questões examinado pelo STF. Alguns dos temas relevantes decididos pelo tribunal envolveram: (a) o entendimento de que os juízes não poderiam conceder tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tivesse como objeto o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, sob pena de afrontar a interpretação do tribunal a respeito da Lei nº 9.494/1997;⁴⁶ (b) a lei, ao reajustar os salários de trabalhadores celetistas, com o propósito de restabelecer o poder aquisitivo da remuneração durante a implementação do Plano Real, não se aplicaria a servidores públicos, por não haver expressa previsão legal para essa categoria, não podendo o princípio da isonomia embasar pleito dessa natureza;⁴⁷ (c) o reconhecimento da inexistência de direito adquirido a reajustes integrais no caso de benefício previdenciário, por se tratar de mera expectativa de direito, de modo que o reajuste somente seria devido nas datas estipuladas pelo legislador, na forma prevista em lei anterior à conversão de cruzeiros reais para URV;⁴⁸ (d) a impossibilidade de o legislador estadual aplicar critério diverso, na conversão de cruzeiros reais para URV, daquele previsto pela legislação federal para o pagamento de seus servidores públicos, visto que o parâmetro de conversão está compreendido no âmbito material de regulação do sistema monetário, objeto de competência exclusiva da União.⁴⁹

O tema da periodicidade da correção monetária — terceiro da constelação de problemas examinados pelo STF — foi examinado, pelo STF, com os olhos voltados para o dispositivo legal, introduzido pelo Plano Real, que previu periodicidade mínima de um ano para a correção monetária dos contratos. À dúvida sobre se essa lei teria aplicação imediata aos contratos privados de prestação sucessiva, celebrados antes da entrada em vigor da medida legislativa, respondeu o Supremo que

46. STF — Pleno, ADI-MC nº 4. Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 21 maio 1999.

47. STF — 1ª Turma, RMS nº 24.651. Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 2 dez. 2003.

48. STF — Pleno, RE nº 313.382. Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 26 set. 2002.

49. STF — Pleno, RE nº 291.188. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 8 out. 2002.

a norma não poderia ser aplicada retroativamente, sendo descabido alcançar os efeitos futuros de negócios jurídicos celebrados anteriormente à sua vigência.⁵⁰

Por fim, uma importante questão enfrentada pelo STF, em relação ao Plano Real, dizia respeito à constitucionalidade da aplicação imediata de dispositivo normativo (art. 38 da Lei nº 8.880/1994) que definia a forma de cálculo dos índices de correção monetária no mês de emissão da nova moeda. A discussão envolveu a análise da validade do dispositivo, considerada a proteção constitucional devida ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Em sede de medida cautelar, o STF suspendeu todos os processos em curso no país que questionassem a validade do referido preceptivo legal.⁵¹ No julgamento final, então, a Corte assentou a constitucionalidade do dispositivo, fixando a tese de que é constitucional o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, não importando a aplicação imediata desse dispositivo em violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, sob o fundamento de que o preceptivo, imanente às normas responsáveis pela alteração da moeda, não promoveu, quanto àqueles meses, expurgo inflacionário. Repisou-se o entendimento de que normas que tratam de regime monetário, como aquelas que substituem uma moeda por outra, têm natureza institucional e estatutária, e não apenas de ordem pública, não sendo possível opor sua aplicação imediata a uma cláusula de proteção ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito.⁵²

Desse conjunto de decisões, parece possível retirar uma moldura jurídica para o exercício do poder monetário pelo Estado.⁵³ Isso porque, a despeito do sucesso do Plano Real, especialmente na derrubada da inflação, o STF foi convocado a ministrar orientações a respeito dos limites e das possibilidades do poder do governo, além de haver, peri-

50. STF — 1ª Turma, RE nº 273.602. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 18 fev. 2003.

51. STF — monocrática, ADPF-MC nº 77. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 21 ago. 2006.

52. STF — Pleno, ADPF nº 77. Rel. Min. Dias Toffoli, julg. em 16 maio 2019.

53. DURAN, Camila Villard, *op. cit.*, p. 115.

férica e episodicamente, manifesta censura a algumas violações a garantias constitucionais.

Dessa forma, como diretrizes jurisprudenciais aplicáveis, é possível afirmar: (i) cabe ao Legislativo definir se há contrariedade ao interesse público na retirada de participantes da sociedade civil da composição de órgão responsável pela política monetária; (ii) a previsão legal de reajuste inflacionário para contratos de trabalho não configura direito adquirido, sendo mera expectativa; (iii) Direito Monetário, regra especial de Direito Econômico, é matéria de competência exclusiva da União, de modo que outros membros da federação não podem legislar de forma complementar; (iv) a alteração do padrão monetário excepciona o princípio da intangibilidade dos atos jurídicos perfeitos e do direito adquirido, incluindo-se, nesse âmbito de exceção, a fixação do critério de conversão para a moeda nova do valor de obrigações legais ou negociais orçadas na moeda velha.⁵⁴

Esse amplo conjunto de precedentes, proferidos ao longo de mais de três décadas, denotam o importante papel institucional desempenhado pelo STF para o aperfeiçoamento da governança da moeda nacional e para a estabilização monetária. O tribunal, ao mesmo tempo que definiu e legitimou os poderes do Estado brasileiro sobre a moeda, demarcou linhas de proteção dos cidadãos, limitando incursões indevidas do Poder Público ao tutelar as garantias constitucionais.

Mais do que um mero intérprete de decisões postas pelo Legislativo e pelo Executivo, o tribunal foi um ator institucional de relevo, não raras vezes apontando os caminhos jurídicos que as reformas e as medidas econômicas sensíveis, no campo da moeda, poderiam ou não perfilar. Mais uma vez, esse atuar revela que a postura da jurisprudência, longe de se qualificar como meramente passiva, é construtiva de sendas e alternativas institucionais.

54. *Ibidem*, p. 115-116.

5. Considerações finais

À lei, não se podem atribuir os méritos exclusivos do desenvolvimento institucional experimentado no mercado financeiro brasileiro.

Essa observação parece ser corroborada pelo exame da trajetória de amadurecimento dos mercados de capitais e monetário nacionais. A análise da experiência doméstica nesses dois campos denota que a jurisprudência — seja administrativa, seja judicial — desempenhou papel fundamental e estruturante, contribuindo para o aprimoramento institucional no nível das fontes propriamente jurídicas.

Não menos do que na lei, o sistema jurídico que suporta o desenvolvimento dos mercados financeiros encontra amparo na jurisprudência — observação que se mostra válida não apenas para a tradição jurídica do *common law*, mas também para os sistemas afetos à tradição romano-germânica.

Como sugere a análise do caso brasileiro, também aqui os órgãos administrativos e os tribunais judiciários, à mercê de uma atuação não apenas reparadora ou interpretativa, mas frequentemente normativa em caráter primário, forjaram as bases e os caminhos do desenvolvimento institucional. Também aos precedentes, portanto, deve-se creditar a parcela do crescimento econômico que encontra no fortalecimento dos mercados financeiros sua causa e raiz.

Referências

DURAN, Camila Villard. *Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____. *Mercado de capitais e regime jurídico*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

- FRANCO, Gustavo. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira (1933–2013)*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- LEVINE, Ross. “Finance and Growth: Theory and Evidence”. In: AGHION, Philippe; DURLAUF, Steven (orgs.). *Handbook of Economic Growth*. Elsevier, v. 1, cap. 12, 2005.
- LÓRIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *Processo sancionador e mercado de capitais: estudo de casos e tendências; julgamentos da CVM*. Porto Alegre: Quartier Latin, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, v. 1, 2, 3, 4 e 5.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “A reforma monetária de 1990: a problemática jurídica da chamada ‘retenção de ativos financeiros’ (Lei nº 8.024, de 12.04.1990)”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 186, p. 26-92, out./dez. 1991.
- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, juros e instituições financeiras: regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PISTOR, Katharina. “Rethinking the ‘Law and Finance’ Paradigm”, *BYUL*. Rev. 1647, 2009.
- POSER, Norman S. “Securities Regulation in Developing Countries: the Brazilian Experience”, *Virginia Law Review*, v. 52. 1966.
- PRADO, Viviane Muller; MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. “Tentativas de desenvolvimento do mercado acionário brasileiro desde 1964”. In: LIMA, Maria Lucia L. M. Pádua (org.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. II.
- ROCHA, Sonia. “Renda e pobreza: os impactos do Plano Real”, *Texto para discussão* nº 439. Rio de Janeiro: IPEA, 1996.
- SZTAJN, Rachel. “Regulação e o mercado de valores mobiliários”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 135, jul. 2004.
- WALD, Arnaldo. *O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. “O poder monetário e suas repercussões no direito previdenciário e bancário”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 181/182, p. 46-54, jul./dez. 1990.

Análise econômica dos efeitos da concessão da gratuidade da justiça no Brasil

*Carolina Mynssen
Themistocles Meneses Neto*

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no rol de direitos fundamentais dos brasileiros, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), garantindo, ainda, a respectiva gratuidade aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

Ao disciplinar tal direito fundamental, o Código de Processo Civil (CPC)¹ previu, no artigo 98 e seguintes, que “toda pessoa natural ou

1. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.² No caso das pessoas naturais, a alegação de insuficiência é presumida por lei,³ mesmo que o requerente seja assistido por advogado particular.⁴ O juiz pode indeferir o pedido de gratuidade se houver nos autos elementos que “evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade”,⁵ não sem antes abrir oportunidade para que o requerente comprove o atendimento aos pressupostos estabelecidos no art. 98. Importante destacar que, apesar da insuficiência presumida, é absolutamente necessário que o requerente comprove sua hipossuficiência, conforme dispõe o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, LXXIV, que preleciona que o Estado prestará assistência gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Vale aqui especificar que a gratuidade estabelecida no art. 98 compreende as taxas ou as custas judiciais, os selos postais, as despesas com publicação na imprensa oficial, as despesas com a realização de exame de código genético (DNA), a elaboração de memória de cálculo, os depósitos previstos em lei para a interposição de recursos, os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, a averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial, entre outros.

Cumprе ressaltar que, sendo vencido o beneficiário da gratuidade da justiça, “(...) as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que

2. Idem, art. 98, *caput*.

3. Idem, art. 99, §3º.

4. Idem, art. 99, §4º.

5. Idem, art. 99, §2º.

as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.⁶

É inegável que, numa sociedade tão desigual quanto a brasileira, o instituto da gratuidade de justiça desempenha importante papel na redução das desigualdades e na melhoria do bem-estar social. Porém, é necessário esclarecer que a concessão incondicionada do benefício gera desequilíbrio e impactos negativos práticos e sociais.

O objetivo deste trabalho, portanto, não é atacar o instituto da gratuidade de justiça, que, conforme já ressaltado, cumpre importante função social, no sentido de garantir a uma grande parcela da população acesso à justiça.⁷ Considerando, entretanto, a amplitude com que foi desenhado o direito de acesso à justiça, a doutrina vem defendendo sua limitação, como forma de preservar a qualidade da prestação jurisdicional.⁸ Nesse contexto, vale lembrar a questão proposta por Wolkart,⁹ segundo a qual, ao tentarmos implementar todos os direitos, “(...) transformando o Judiciário na divindade solucionadora de todos os problemas, será que tudo perderemos (...)?”. Também a jurisprudência do STF, em voto do Min. Luis Roberto Barroso, na ADI nº 5.766, fixou o entendimento de que o “direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio de cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários”.

O que se pretende analisar, portanto, são as consequências práticas, operacionais e econômicas, no próprio funcionamento da Justiça, em ra-

6. Idem, art. 98, § 3º.

7. Sobre a importância do instituto do acesso à justiça ver, *inter alia*, CAPELETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. 1. ed... Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988; WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1969.

8. WOLKART, Erik Navarro, *Análise econômica do processo civil [Livro Eletrônico]: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

9. Ibidem.

ção do grande e crescente número de ações baseadas e mantidas com a concessão da gratuidade de justiça sem qualquer critério ou condições que garantam um filtro, no sentido de se evitarem “ações aventureiras”.¹⁰

Além desta introdução, este artigo está dividido em três seções. Na seção 2, o recurso ao Judiciário será analisado sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, ou seja, investiga-se como se desenvolve o processo decisório de uma pessoa racional quando decide ingressar com uma ação judicial contra outra pessoa (jurídica ou natural). Analisa-se também de que forma o instituto da gratuidade de justiça gera incentivos para o ingresso de ações que, do ponto de vista econômico, não se sustentam, ou seja, houvesse a devida ponderação entre os custos incorridos para mover a máquina judicial estatal e o benefício esperado ao final da ação, a potencial ação seria descartada.

Cabe assinalar que há uma bibliografia expressiva sobre a Análise Econômica do Processo (civil). Na literatura internacional, é possível citar, por exemplo, os escritos de Steven Shavell, Louis Kaplow, Guido Calabresi, Richard Posner e Mitchell Polinsky. Na doutrina pátria, destacam-se os estudos de Erik Navarro Wolkhart, Ivo Gico Jr., Luis Fux e Bruno Bodart. É importante destacar que o presente artigo não pretende fazer uma análise exaustiva de todos os aspectos da Análise Econômica do Direito aplicada ao processo civil.

Na seção 3, apresentam-se os números que demonstram o incremento significativo de ações fúteis a partir da instituição da gratuidade de Justiça e o correspondente aumento de custos alocados ao Poder Judiciário, discutindo-se proposta de alteração legislativa que incorpore, a exemplo do que ocorre com os recursos, um juízo de admissibilidade como forma de eliminar as ações que não sejam economicamente viáveis.

10. Shavell refere-se a “*frivolous lawsuits*”; Fux e Bodart adotaram a tradução literal “frívolas”.

2. Algumas considerações sobre a análise econômica do processo civil

Conforme já salientado, este artigo não tem por objetivo exaurir o estudo da análise econômica do processo civil em todos os seus aspectos. Pretende-se, a partir do conceito da escolha racional da teoria dos jogos e da aversão ao risco, sustentar a necessidade de se adotarem mecanismos de filtragem de ações que não seriam levadas a cabo se não houvesse o instituto da justiça gratuita, na medida em que não passariam num teste de viabilidade.

Basicamente, a teoria da escolha racional assinala que as pessoas tendem a tomar decisões que maximizem seu bem-estar.¹¹ Ou seja, havendo escolhas possíveis, a pessoa racional tende a adotar aquela opção que lhe trará mais benefícios. Isso porque, as pessoas tomam decisões com base numa análise dos custos envolvidos e dos benefícios esperados; desse modo, se for vislumbrada a possibilidade de não obterem um ganho ou se o benefício que esperam alcançar não for maior que os custos, a decisão será evitada. Em tese, portanto, uma pessoa racional somente ingressaria com uma ação judicial se o benefício esperado com a sentença fosse maior que os custos envolvidos na contratação de um advogado, no pagamento das custas e dos demais valores necessários para garantir seu direito.¹²

Outro aspecto que deve ser levado em consideração no processo decisório de litigar em juízo é a questão do risco. Os estudos de economia

11. Existem duas grandes teorias a esse respeito que se diferenciam basicamente no tratamento das preferências de risco. A teoria da utilidade esperada (*expected utility theory*), para a qual as pessoas decidem com aversão ao risco, ou risco-neutras, de acordo com o valor em discussão, em comparação ao seu patrimônio. Já a teoria *prospect* (*prospect theory*) considera que as pessoas tomam decisão de aversão ao risco ou a favor do risco, de acordo com a sensação de perdas ou ganhos.

12. SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 389.

comportamental¹³ indicam que as pessoas são aversas ao risco; quando confrontadas com uma situação que envolva a escolha entre ganhar um valor certo ou arriscar ganhar um valor maior, elas tendem a escolher a quantia certa. Num exemplo concreto, se a uma pessoa forem apresentadas as seguintes opções: a) possibilidade de ganhar R\$ 50,00; ou b) entrar numa loteria com 50% de chance de ganhar R\$ 100,00, a maior parte percebe os resultados como ganhos ou perdas.¹⁴ Assim, por aversão ao risco, as pessoas tendem a escolher a opção a, que representa um ganho certo, embora o resultado final nas duas opções seja o mesmo. É razoável, portanto, concluir que, no processo decisório entre litigar em juízo ou não, havendo possibilidade de perda, a opção mais segura e que traria melhor utilidade para o autor seria não ingressar com a ação.

A inserção da gratuidade da justiça nesse processo decisório tem o condão de eliminar não apenas a referida análise de custo-benefício, mas também o risco envolvido, na medida em que, *a priori*, preenchidos os requisitos de concessão de gratuidade, o autor se desincumbe de arcar com qualquer custo necessário ao ingresso da ação, inclusive despesas com honorários do próprio advogado, na medida em que o sistema de justiça brasileiro garante assistência jurídica gratuita.

A gratuidade de justiça funciona, assim, como um incentivo à propositura de ações e, conseqüentemente, inexistindo qualquer filtro processual, mesmo aquelas ações que não passariam no teste do custo-benefício (e que por conseguinte seriam mais arriscadas) são propostas. Incentivo, para a análise econômica, é um indutor a determinada ação, podendo assumir diversas formas, como, por exemplo, a de um preceito legal, de uma medida econômica, de um viés tributário ou de ter caráter proibitivo.¹⁵

13. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica*", v. 47, n. 2, 1979, p. 263.

14. Ganhos ou perdas em relação a um ponto de referência neutro, como, por exemplo, a situação patrimonial atual, conforme Kahneman e Tversky.

15. PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

2.1 Desalinhamento entre custos privados e custos sociais

Para além do claro aumento do número de ações e de seu impacto na administração da justiça, o incentivo gerado pela gratuidade da justiça acarreta outro corolário que, em geral, não recebe a atenção necessária. Ressalvados os casos em que se age por vingança,¹⁶ a parte autora de um litígio judicial analisa apenas se os benefícios esperados são capazes de superar os custos do litígio.

É sabido, entretanto, que os custos para movimentar a máquina judiciária envolvem muito mais:

(...) 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. Começemos pelos primeiros. Para o desenrolar de um processo judicial, são necessários juizes, servidores, advogados, assim como a prática de atos processuais por esses profissionais, o que toma o seu tempo de trabalho (trata-se do custo de oportunidade dos operadores do direito). Mas não é só isso: são também necessários computadores, redes de informática, papel, instalações físicas, iluminação, internet. Toda essa estrutura ou é custeada com o dinheiro de impostos ou mediante o pagamento de honorários, custas e emolumentos pelos envolvidos no litígio. A isso se dá o nome de custos de administração das regras processuais (*administrative costs*).¹⁷

16. Situação em que se aceitam mais riscos, conforme RACHLINSKI, Jeffrey J. "Gains, Losses, and the Psychology of Litigation", *Southern California Law Review*, v. 70, n. 1, p. 74, 1996.

17. PORTO; GAROUPA, op. cit.

Em texto seminal, Shavell¹⁸ sustenta que o número de processos existentes não é socialmente adequado, na medida em que há uma diferença fundamental entre os incentivos privados e os sociais para se recorrer ao sistema judiciário. Na mesma linha, Porto sustenta que os litígios encerram a dualidade de criar benefícios sociais, por um lado, e de ser um desperdício de riquezas, por outro.¹⁹ É importante, contudo, notar que, quando alguém ingressa com uma ação, nunca tem como objetivo o efeito educativo da sentença (*deterrence of unwanted behavior*), mas, sim, obter a compensação à qual entende fazer jus. Sem levar em consideração os custos do réu e os custos do Estado com o provimento jurisdicional, o benefício do autor não guarda conexão com o benefício social.²⁰

Outra particularidade do sistema processual brasileiro é que inexistente a cultura do acordo, que, em geral, ocorre na fase pré-processual e, em muitos casos (como, por exemplo, nos Estados Unidos), evita o litígio judicial, além de reduzir os custos envolvidos. Essa é uma fase importante porque, no processo negocial, a possível troca de informações entre vítima e causador do dano pode nivelar as expectativas e evitar o passo seguinte, que é o início de um processo judicial, custoso para sociedade e arriscado, do ponto de vista do resultado.

Desse modo, o incentivo criado pela previsão incondicionada da concessão de gratuidade de justiça é socialmente indesejável, pois aumenta demasiadamente os custos de administração que são suportados por toda a sociedade. Nesse sentido, Shavell é categórico ao dizer que, onde existem incentivos para o excessivo uso privado do sistema

18. SHAVELL, Steven. "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *The Journal of Legal Studies*, v. 26, n. S2, p. 575-612, 1997.

19. PORTO; GAROUPA, Curso de Análise Econômica do Direito. *Idem*.

20. De acordo com Shavell, o benefício social do processo é o efeito educativo da sentença nos causadores de danos, o que leva à redução do número ou frequência de acidentes.

legal, as restrições são desejáveis. E essas restrições podem consistir em proibição de determinadas ações, incentivo a acordos e políticas de redução de custos.

3. Evolução dos impactos da assistência judiciária gratuita

Em 2019, o custo total da Justiça brasileira²¹ foi de R\$ 100.158.000.000,00, sendo que, desse total, R\$ 90.774.807.342,00 (90,6%) se referem a recursos humanos e R\$ 9.382.841.104,00 (9,4%), a despesas correntes e de capital. Das despesas correntes, R\$ 2.180.051.491 (23,2%) correspondem a custos com informática. Ou seja, mover a máquina judiciária é algo muito caro, e esse custo é suportado por toda a sociedade. Daí a afirmação de Shavell no sentido de que o sistema legal é uma instituição social bastante custosa, que absorve muitos recursos. Conclui dizendo que a quantidade de litígios é *socially excessive*.²²

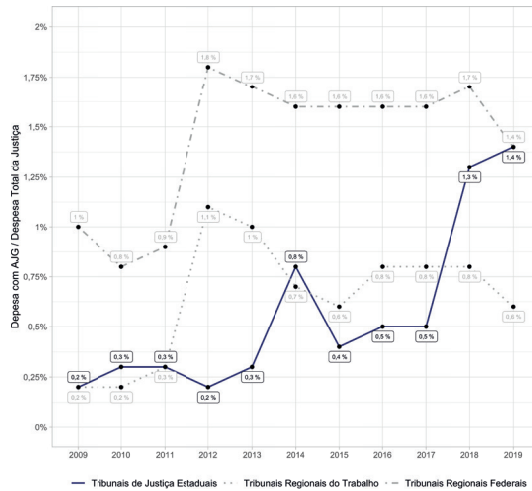
Nos gráficos a seguir, é possível verificar que a gratuidade na Justiça Estadual está crescendo de forma significativa nos últimos anos. Os dados apontados consideram os números da Justiça Comum e os Juizados Especiais. Os números que demonstram o incremento significativo da concessão de gratuidade de justiça e o correspondente aumento de custos alocados ao Poder Judiciário estão disponíveis no sistema de estatísticas do Conselho Nacional de Justiça.²³

21. Último ano disponível no portal do CNJ.

22. SHAVELL, op. cit.

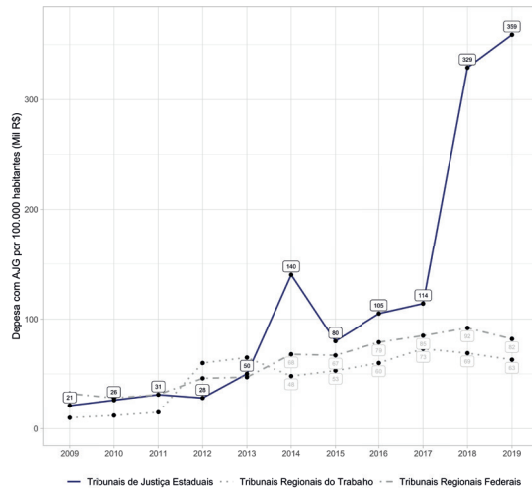
23. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/estatistica/>.

Evolução anual do percentual de gastos com a Assistência Judiciária Gratuita



Fonte: CNJ – Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário

Evolução anual do percentual de gastos com a Assistência Judiciária Gratuita



Fonte: CNJ – Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário

Nesse cenário brasileiro, de litigância estrutural e cultural, demandas fúteis, acesso ao Judiciário, justiça gratuita, custos reais dos litígios e atrasamento do Judiciário, é necessário buscar um caminho para solucionar os problemas citados e tentar uma sustentabilidade real para o sistema.

Assim, para reverter esse quadro de litigância estrutural e cultural, o número crescente das demandas fúteis e o acesso incondicionado à justiça gratuita, algumas medidas poderiam auxiliar na redução do volume de processos e no destravamento do funcionamento da justiça, reduzindo os custos sociais decorrentes da movimentação do Poder Judiciário.

Uma primeira medida seria a adoção de **critérios de admissibilidade** para o ajuizamento de demandas, e, principalmente, o estabelecimento de critérios mais rigorosos para a concessão do benefício de gratuidade de justiça. Essas podem parecer tentativas de cerceamento ao acesso à justiça e de proteção para aqueles com maior poder aquisitivo. Porém, é necessário avaliar e levar em consideração, por meio de uma análise econômica aplicada os benefícios, o retorno econômico real e social. Vale frisar que, como a análise de critérios para a admissibilidade de uma ação são caminhos mais complexos e de difícil implementação sem impactar a liberdade de acesso à justiça, os critérios para a concessão ou não da gratuidade passam a ser a melhor opção.

Infelizmente, uma boa parcela dos demandantes que pleiteiam o benefício da gratuidade de justiça o fazem na tentativa de se eximir do pagamento de custas processuais, honorários periciais e emolumentos. E também para tentar se proteger, em caso de improcedência total ou parcial dos pedidos, e evitar o pagamento de futura condenação em custas e honorários de sucumbência, ou ainda de uma eventual condenação em litigância de má-fé.

Observe-se que, embora a legislação tenha instituído a presunção *iuris tantum* (relativa) como condição para o deferimento do benefício da gratuidade de justiça, bastando a mera autodeclaração de pobreza, impende lembrar que a Carta Magna trouxe como requisito para a concessão do be-

nefício a efetiva comprovação de hipossuficiência do requerente. Segundo a redação do dispositivo constitucional, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Não poderia e não deveria ser diferente, pois o benefício da justiça gratuita é direito que deve socorrer tão somente os necessitados, ou seja, aqueles que, de fato, não têm condições de arcar com as despesas processuais sem a necessária manutenção de sua própria família, sob pena de se desvirtuar o instituto e onerar a máquina judiciária. No entanto, o que se vê nos dias de hoje é uma verdadeira banalização do benefício, pois os indivíduos que dispõem de condições financeiras para pagar as custas judiciais têm recursos para custear advogados particulares, contam com boa condição patrimonial e financeira, além de possuir renda mensal estável, mas, mesmo assim, conseguem obter esse benefício.

Conforme já assinalado, um dos caminhos que poderiam levar à sustentabilidade e à economia do sistema seria a análise inicial da probabilidade de êxito das demandas. A realidade no Judiciário brasileiro reflete as consequências da falta de informação básica até mesmo sobre os custos que envolvem a movimentação da máquina e o trâmite de uma demanda. Somem-se a isso a litigância cultural da sociedade e o deferimento totalmente indiscriminado do benefício da gratuidade. Desse modo, a evolução e a ampliação de normas balizadoras, bem como o aprofundamento e a definição de princípios limitadores de acesso ao Judiciário e à concessão do benefício da gratuidade, são os caminhos para se alcançar alguma sustentabilidade no sistema. Alguns conceitos, como, por exemplo, o da razoabilidade, analisando os resultados pretendidos e as possibilidades de determinada demanda, já permitiriam (ou não) a avaliação de uma admissibilidade quando um indivíduo perquirisse a possibilidade de ajuizamento de uma demanda específica com o pleito de gratuidade. Obviamente, não se trata de inépcia ou não de uma inicial, mas, sim, de um juízo de admissibilidade, levando-se em consideração critérios específicos para o investimento naquele propósito.

Outra medida seria o **estímulo às soluções alternativas de controvérsia**, como a mediação e a conciliação na fase pré-processual. Além da maior celeridade na resolução de demandas, haveria redução do custo gerado pela movimentação da máquina do Judiciário por meses ou anos. No sistema atual, as pessoas são incentivadas a não aceitar os acordos, os quais, via de regra, pressupõem transigir de uma parcela do benefício a que a pessoa entende fazer jus. Com a certeza de que não haverá contrapartida ou custo, a pessoa opta pela continuidade da demanda. Enquanto a parte não compreender que haverá consequências monetárias na continuidade do litígio é natural/cultural insistir na demanda.

Ainda nessa seara, outro mito a ser combatido para que possamos avançar em estratégias e caminhos para desobstruir o Judiciário e reduzir os custos (impacto econômico) de sua atuação é o fato de que aceitar um acordo não significa assumir culpa. No Brasil, essa resistência à composição de litígios decorre da própria formação orientada ao litígio dos novos advogados, somada à resistência cultural da sociedade, pois acredita-se que acordar com termos específicos para pôr fim a uma demanda significa, supostamente, assumir uma culpa ou aceitar que a outra parte está certa. Como já mencionado, não há aqui a pretensão de exaurir o tema ou de encontrar uma possível fórmula mágica que resolva todos os problemas dos impactos econômicos em razão da aplicação absolutamente imponderada do benefício da gratuidade de justiça; busca-se tão somente apontar novos caminhos, alguns, inclusive, já existentes, mas pouco explorados, na busca de sustentabilidade econômica, sem reprimir direitos já constitucionalmente protegidos.

Conforme exposto, algumas mudanças significativas se fazem necessárias, determinando-se que as partes procedam ao recolhimento das custas judiciais relativas às ações propostas, sob pena de extinção da ação, caso o demandante não atenda aos critérios estabelecidos para ocupar a posição de hipossuficiente ou de pessoa em estado de pobreza. O certo é que as hipóteses caracterizadoras da gratuidade de justiça devem ser amplamente comprovadas e verificadas.

Pode-se dizer que a manutenção do número crescente de demandas litigiosas e a concessão inadvertida do benefício de gratuidade refletem-se em um Judiciário lento, pouco eficaz, com um número crescente de demandas de resultados insignificantes que são ajuizadas mesmo com baixa probabilidade de êxito, bem como em demandas que acabam envolvendo mais custos que o próprio êxito, arrastando-se por anos a fio. É preciso, portanto, buscar caminhos viáveis para a superação de desafios e diferenças que distanciam a justiça de uns e facilitam seu alcance por outros, causando, assim, maior distanciamento entre os administradores do poder, tanto informacional como econômico, e os destituídos de poder. É essencial distinguir entre direitos e garantias fundamentais, compreendendo-se a necessidade de se analisarem os impactos envolvidos como verdadeiros pilares absolutos, sob pena de se impactar o próprio Estado de Direito. Nesse contexto, é preciso entender que os direitos e as garantias fundamentais não são ilimitados, até mesmo porque a harmonia entre os diversos direitos e garantias pressupõe relativização e moderação na aplicabilidade de todos eles.

Aqui, é importante esclarecer que não é proposta deste trabalho propor a violação de direitos e garantias constitucionais, porém vale lembrar que a própria Constituição prevê expressamente exceções à inviolabilidade, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário, por meio da análise de cada caso concreto, afastar a inviolabilidade. Conforme já apontado, a aplicação de critérios como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a cada caso concreto já resultaria, positivamente, na diminuição da concessão inadvertida do benefício da gratuidade e nos desdobramentos negativos dessa prática.

É preciso avaliar também a legitimidade, os objetivos pretendidos e os critérios de admissibilidade já assinalados, não apenas para a propositura de uma demanda, mas também para a concessão do benefício de gratuidade de justiça, assegurando-se, assim, uma ponderação real do resultado e dos impactos. Obviamente, não há medida assecuratória absoluta que consiga

prever tudo que poderia acontecer em uma relação processual, porém os critérios básicos de admissibilidade são absolutamente necessários para que o quadro atual possa ser revertido. O cálculo literal dos custos e do proveito esperado em uma demanda também deve ser considerado, com a avaliação do possível ganho, ou seja, do benefício que se espera e da probabilidade de êxito. Ademais, mecanismos como mediação e conciliação devem ser impostos como fase inicial de acordo com a legislação já em vigor, momento em que o maior volume de informações simétricas deve ser prestado, procedendo-se a uma análise dos riscos e dos custos envolvidos na demanda, de modo a cooperar com a composição efetiva.

Outro instrumento que poderia ser avaliado como recurso para a diminuição da judicialização e, principalmente, na concessão de gratuidade de justiça seria o não cabimento da aplicação de gratuidade em casos de litigância de má-fé ou de sucumbência, ou seja, esse modelo traria risco mais efetivo para a equação do demandante antes da propositura da ação.

4. Conclusão

Dada a inafastável conexão entre o âmbito de incidência do Direito e da Economia e o necessário equilíbrio entre uma prestação justa, universal e equânime da jurisdição e os custos sociais dessa atividade estatal, faz-se necessário impor filtros ao instituto da gratuidade da justiça, não com o condão de restringir ou limitar o acesso da população ao Judiciário, mas, sim, com o objetivo (também legítimo) de reduzir os custos sociais decorrentes de processos fúteis.

Este artigo buscou demonstrar que a instituição da gratuidade da justiça incondicionada funciona como um incentivo à litigância processual, com ações que não seriam propostas se os autores ponderassem os benefícios esperados com os custos necessários para se conseguirem esses benefícios. Necessário ainda incluir no cálculo os custos sociais do pro-

cesso, consubstanciados em salários de servidores e magistrados, custos com imóveis, papel, informática etc.

Nesse contexto, fazendo um recorte para a aplicação e a interpretação das leis, bem como para as decisões judiciais, o entrelace entre essas ciências é mais evidente ainda, pois o impacto econômico dos desdobramentos das interpretações e decisões é muito significativo e afeta diretamente a economia. Dessa forma, medidas como previsão legal de um juízo de admissibilidade com critérios objetivos para a concessão de gratuidade de justiça e estímulo à composição pré-judicial dos conflitos devem ser adotadas para que: (a) o equilíbrio do Judiciário seja possível, (b) a sustentabilidade do sistema seja alcançada, (c) os custos excessivos diminuam e (d) o perfil de litigância latente instalada no Brasil seja revertido.

É necessário, portanto, atentar para o aspecto multifásico do processo, para que se faça uma espécie de triagem criteriosa das causas, permitindo, assim, a progressão para as fases seguintes apenas daquelas ações que, em análise preliminar, sejam mais viáveis. Não se pode negar que a adoção de filtros rigorosos poderá, eventualmente, excluir da apreciação judicial algumas causas mal instruídas, mas que teriam potencial para prosseguir. Essa é uma ponderação importante quando da elaboração dos critérios legais de filtragem. Outra proposta tendente a diminuir o número de ações é o estímulo à autocomposição dos conflitos. Decerto, várias iniciativas legais nesse sentido já foram implementadas no Brasil, com sucesso relativo. Vale insistir nessa forma de solução, com o objetivo de reduzir o número crescente de demandas.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jul. 2021.

- _____. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- _____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo, 2017.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia. *Temas de análise econômica do direito processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, s.d.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263, 1979.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- RACHLINSKI, Jeffrey J. “Gains, Losses, and the Psychology of Litigation”, *Southern California Law Review*, v. 70, n. 1, p. 74, 1996.
- SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Litigation and the Legal Process*. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2003. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w9697.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- _____. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- _____. “The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *The Journal of Legal Studies*, v. 26, n. S2, p. 575-612, 1997.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [e-book].

Análise de impacto regulatório na saúde suplementar: reflexões a partir de Direito & Economia

Flavia Bahia Martins

1. Introdução

Desde 1988, o Estado brasileiro se vê juridicamente obrigado a exercer as ações e os serviços de saúde, com vistas à construção de uma nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais, na forma do art. 193 da Constituição da República.

O direito fundamental à saúde encontra proteção constitucional expressa no art. 6º e também nos arts. 196 a 200. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, conforme dispõe o art. 199, cujo setor é responsável pelo atendimento de aproximadamente 25% da população brasileira, o que corresponde a cerca de 47 milhões de pessoas.¹

1. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS. Dados Gerais. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/quem-somos/227-dados-gerais>. Acesso em: 1º jul. 2021.

A saúde, além de direito fundamental, figura como importante área da economia brasileira, sendo que as despesas com esse segmento representaram 9,2% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2017, com o setor privado respondendo por 55% desse total e o público por 45%, segundo dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.²

Nesse contexto, diante da crescente demanda no setor de saúde suplementar, a edição da Lei nº 9.656, em 1998, consagrou um importante avanço na regulação de planos e seguros privados assistenciais, tentando equilibrar a relação entre as partes envolvidas, marcada por forte desnivelamento informacional. Em 28 de janeiro de 2000, foi criada, pela Lei nº 9.961, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), visando à promoção e à defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, mediante a fiscalização das operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo, assim, para o desenvolvimento desse nicho econômico e social fundamental no país. A ANS tem como função fiscalizar e regulamentar os contratos entre os usuários e as operadoras de saúde, porém suas decisões não se restringem a esses dois grupos e, com frequência, geram externalidades, positivas e/ou negativas, que recaem sobre os prestadores, como, por exemplo, hospitais, laboratórios e médicos.

Os desafios regulatórios no mercado de saúde suplementar são inúmeros, muitos deles marcados por uma grande assimetria informacional, uma das falhas de mercado mais comum. É frequente a necessidade de se revisarem regras anteriores incompatíveis com os novos marcos legais, o debate sobre a incorporação de novas tecnologias no rol de procedimentos obrigatórios, a discussão sobre parâmetros de reajustes de planos individuais e coletivos, entre outras pautas de alta relevância social cujas partes não estão no mesmo patamar de informação. A corrida por maior

2. IBGE — INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=sa%C3%BAde+privada>. Acesso em: 1º jul. 2021.

eficiência e qualidade na prestação dos serviços também faz parte das tensões existentes entre o órgão regulador e os agentes regulados, e, diante da complexidade desse campo tão singular, uma governança administrativa mais participativa se torna essencial.

De amplo uso e destaque no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Análise de Impacto Regulatório (AIR)³ vem contribuindo para o aumento da racionalidade do processo decisório governamental atinente às políticas públicas em geral. Esse instituto é definido pela organização como uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas, contribuindo, assim, para uma governança administrativa mais eficiente e qualificada,⁴ e tem sido implementado no país, ainda que em estágio bem preliminar.

Nessa linha de ideias, pretendemos, com o presente artigo, apresentar um panorama atual da AIR na saúde suplementar, os aspectos positivos e os desafios enfrentados pela ferramenta regulatória, por meio de um estudo interdisciplinar, ainda que exploratório, levando em consideração o necessário diálogo entre Direito e Economia.

Nosso estudo concentrará a atenção na utilização do instrumental da AIR no combate à assimetria de informações e em falhas de mercado muito marcantes no segmento da saúde privada. Também analisaremos de que forma os procedimentos da AIR podem contribuir para maior participação dos interessados na produção de atos normativos na área da saúde, legitimando, assim, o devido processo legal. Nesse contexto, é possível evitar alegações futuras — muitas vezes legítimas — dos grupos envolvidos, de que foram pegos de “surpresa” pela legislação aprovada à sua revelia.

3. É oportuno pontuarmos que essa nomenclatura não é unívoca, sendo possível mencionar a utilização de outras denominações na doutrina, como, por exemplo, Avaliação de Impacto Regulatório, Regulatory Impact Assessment (RIA), Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR).

4. OECD Regulatory Policy Outlook 2015. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>. Acesso em: 3 jul. 2021.

Sabemos que não existem soluções simples para problemas complexos e, por essa razão, também registramos, ao longo do trabalho, algumas de nossas preocupações e desafios enfrentados na utilização do ferramental da AIR na área de saúde privada, acreditando que, desde que observados os parâmetros adequados, o instrumento pode contribuir para a política regulatória desse setor tão sensível, complexo e marcado por tantas singularidades.

2. A análise de impacto regulatório (AIR)

A adoção da AIR tem sido recomendada pela OCDE aos seus países-membros desde 1995, quando foi elaborada uma lista de verificação⁵ que visa orientar o exercício da regulação. O instituto é definido pela OCDE como uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas.

Sob um prisma inicial, a AIR se apresenta como um importante mecanismo para se definir o objeto de regulação, bem como para justificar a decisão de intervir ou não. Ademais, visa evitar problemas, como, por exemplo, contrariedade entre normas administrativas, insegurança jurídica, restrições à pura inovação dos agentes econômicos e sociais; riscos decorrentes de desdobramentos não previstos no conteúdo regulatório; distorções mercadológicas perpetradas por agentes econômicos interes-

5. “O regulador deve responder aos seguintes questionamentos: 1. O problema está definido claramente? 2. A ação governamental é justificada? 3. A regulação é a melhor forma de ação governamental? 4. Existe base legal para a regulação? 5. Qual o nível apropriado de governo para esta ação? 6. Os benefícios da regulação justificam os custos? 7. A distribuição dos efeitos na sociedade é transparente? 8. A regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos usuários? 9. Todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar suas sugestões/considerações? 10. Como a aplicação e o cumprimento da regulação serão obtidos?” OECD (1995), Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision Making, 9 March 1995, OECD/GD(95)95, OECD, Paris.

sados em prejudicar competidores por meio da regulação; favorecimento de pequenos grupos em detrimento do interesse público; captura regulatória, entre outros.

Em um segundo ângulo, a OCDE considera a AIR um processo de auxílio na tomada de decisões regulatórias, incorporando-a na consulta pública, que tem como objetivo a participação dos envolvidos, bem como a avaliação dos impactos esperados da regulamentação.

Nesse sentido, Freitas (2015) conceitua a AIR como um procedimento administrativo participativo que, por meio de análises consequentialistas de dados empíricos, tem por objetivo conferir racionalidade aos “motivos” dos atos administrativos produzidos pelo regulador. Levando em consideração as crises financeiras e os ciclos econômicos, a inovação, a mudança social, os desafios ambientais e a busca por novas fontes de crescimento, a OCDE acentua a importância dos marcos regulatórios para o bom funcionamento do Estado e das sociedades, bem como das políticas regulatórias e das instituições para se lidar com a interconectividade de setores e economias.

A fim de nortear o desenvolvimento das políticas referentes à AIR, a Organização criou uma Recomendação sobre Política Regulatória e de Governança.⁶ Nesse documento, extraímos inúmeras orientações sobre procedimentos que envolvem sua aplicação, como listamos, de forma exemplificativa:

- a) adoção de práticas de avaliação de impacto *ex ante* que sejam proporcionais à importância da regulação, bem como a inclusão de análises de custo-benefício que levem em consideração os impactos sociais da regulação, observando-se os critérios econômicos e sociais, bem como os impactos ambientais, além dos efeitos distributivos ao longo do tempo, identificando, assim, quem provavelmente se beneficiará e quem poderá estar suscetível aos custos;

6. OECD (2005). *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, OECD, Paris.

- b) políticas de avaliação *ex ante* devem exigir a identificação de uma necessidade específica, bem como a percepção do objetivo da regulação, como, por exemplo, a correção de uma falha de mercado ou a necessidade de se protegerem os direitos dos cidadãos, justificando o uso da regulação.

Segundo a referida Recomendação, as Análises de Impacto Regulatório devem, na medida do possível, ser disponibilizadas ao público, ao lado das propostas de regulação. A consulta deve ser preparada de forma apropriada e em um prazo adequado para obter a contribuição dos interessados e auxiliar, de forma efetiva, a tomada de decisão.

Entre as boas práticas recomendadas pela OCDE, destacamos também a orientação de “aplicar a AIR tanto a novas propostas regulatórias como à revisão de regulação existente”, algo que já faz parte da rotina de boa parte das agências reguladoras brasileiras, tendo em vista o dinamismo dos marcos legais criados para atender às novas demandas da sociedade. A AIR é fundamental nesse processo de revisão constante de normas que, com o tempo, se tornaram anacrônicas, o que gera maior insegurança jurídica para as partes envolvidas.

Apenas para ilustrar, no Direito Comparado, a ferramenta tem sido utilizada por países integrantes da OCDE como medida de avaliação das políticas regulatórias. Por exemplo, no Reino Unido, desde 2006, existe um Comitê de Política Regulatória que fornece uma visão geral das políticas que estão sendo discutidas, oferecendo relatórios tanto para o governo como para a sociedade civil, o Better Regulation Commission (BRC). Nos Estados Unidos, o instituto está hoje previsto no Decreto nº 13.563 (*Improving Regulation and Regulatory Review*), de 18 de janeiro de 2011. Na Austrália, cada Ministério deve submeter suas propostas com um Relatório de Impacto Regulatório em anexo.

Em estudo sobre o tema, Meneguín e Bejus⁷ relatam que, entre a maioria dos países que adotaram a AIR, firmou-se a boa prática de se calcularem os

7. BIJOS, Paulo Roberto Simão; MENEGUIN, Fernando B. *Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 193). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/519163>. Acesso em: 5 jul. 2021.

benefícios líquidos positivos que toda intervenção pública deve gerar para os cidadãos, para os negócios e para a sociedade de forma geral. Garoupa, Guerra e Porto,⁸ por sua vez, ponderam que a ferramenta tem evoluído de modo heterogêneo no contexto da União Europeia, e alguns países foram incapazes, por diversas razões, de implementá-la por um longo período de tempo. Destacam que Portugal, por exemplo, é um deles. Após um período experimental no início do século, nenhum estudo adicional de AIR foi feito por acadêmicos, gestores ou servidores públicos naquele país.

De acordo com o citado Relatório da OCDE, a maneira como a AIR é adotada e implementada nos diversos países não é uniforme, variando, de forma significativa, a forma como passou a ser exigida, ora por meio de lei, ora por decreto, ora ainda por meio de uma política pública administrativa que determina sua realização.

E, no Brasil, como estamos?

2.1 Visão geral da análise de impacto regulatório no país

No Brasil, a AIR ainda está em estágio embrionário. Nos planos estadual e municipal, esse ferramental é praticamente desconhecido, enquanto na esfera federal sua adoção ocorre de forma assistemática.

O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002,⁹ estabeleceu normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo federal, representando o esboço de uma primeira iniciativa em AIR no Brasil, considerando-se a presença de alguns componentes desse instrumento no decreto.

8. GAROUPA, Nuno; GUERRA, Sérgio; PORTO, Antônio José Maristrello. “Análise de impacto regulatório: dimensões econômicas de sua aplicação”, *EALR*, v. 10, nº 2, p. 173-190, maio-ago. 2019.

9. Revogado em 2017, pelo Decreto nº 9191.

Em 2007, foi criado, por meio do Decreto nº 6.062, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG). O projeto foi resultado de uma parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e, segundo Ragazzo,¹⁰ tinha como tônica a melhoria da qualidade regulatória em âmbito federal, por meio, principalmente, do fortalecimento do sistema regulatório, da coordenação das entidades reguladoras, dos mecanismos de legitimidade e de participação social e da qualidade das regulações em si.

Em 2008, a OCDE recomendou expressamente que o Brasil adotasse esse instrumento, entre outros que denominou como “ferramentas de qualidade regulatória”, sustentando que é necessário haver uma estratégia sistemática, com uma estrutura de análise da regulação que assegure transparência, participação social e eficiência econômica, com responsabilidades explícitas em níveis político e administrativo. A discussão sobre um processo padronizado de preparação de novas normas regulatórias que incluam a avaliação de impacto está começando a acontecer. Existe ainda a necessidade de preparar capacidades regulatórias dentro da administração em médio e longo prazos.¹¹

Entretanto, apenas em 2019, o instituto tornou-se obrigatório para as agências reguladoras e para todos os órgãos ou entidades da administração pública federal, com vistas à defesa da melhoria da qualidade regulatória, de acordo com o art. 6º da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências) e o art. 5º da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica). As normas dispõem sobre seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória a AIR e as situações em que poderá ser dispensada. Cabe des-

10. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil”, *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 513-536, 2018.

11. OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Relatório sobre a Reforma Regulatória. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, 2008. Disponível em: <http://docplayer.com.br/7871319-Ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento.html>. Acesso em: 30 jun. 2021.

tacar que o art. 6º da Lei nº 13.848/2019 estabeleceu que o regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

Finalmente, em 30 de junho de 2020, foi publicado o Decreto nº 10.411, que regulamenta a AIR no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências. A norma entrou em vigor para as agências reguladoras apenas no dia 15 de abril de 2021.¹² Segundo o art. 2º, I, desse decreto, a AIR é um procedimento que parte da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos, que conterá informações e dados sobre seus prováveis efeitos, a fim de verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão. A regulamentação, em seu art. 3º, estabelece que a edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional serão precedidas de AIR, e o art. 5º destaca a faculdade de instituição dessa ferramenta, prescrevendo que a AIR será iniciada após a avaliação pelo órgão ou pela entidade competente quanto à obrigatoriedade, à conveniência e à oportunidade para a resolução do problema regulatório identificado.

Santos Júnior¹³ destaca que, atualmente, algumas agências já recorrem à metodologia de Análise de Impacto Regulatório. A Agência Na-

12. “Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produz efeitos em:

I — 15 de abril de 2021, para:

a) o Ministério da Economia;
b) as agências reguladoras de que trata a Lei nº 13.848, de 2019; e
c) o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro; e

II — 14 de outubro de 2021, para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.”

13. SANTOS JR, José Maria. “O debate da qualidade regulatória em saúde suplementar a partir da implementação da metodologia de análise de impacto regulatório”. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal Fluminense. Disponível em: https://iess.org.br/cms/rep/2018direito1_bzz4ibhu.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

cional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a pioneira desde a incursão do PRO-REG, e a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) se destacam nesse cenário, devido ao investimento, à normatização interna já absorvida pelos técnicos e à disponibilidade de dados já obtidos. Isso permite o emprego das fases quantitativas de cálculo de impacto regulatório. A Agência Nacional do Cinema (Ancine), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) estabeleceram os requisitos mínimos a serem observados para o uso da metodologia de Análise de Impacto Regulatório em seus registros internos.

2.2 A análise de impacto regulatório na saúde suplementar

Como já ressaltamos, a AIR ainda está em estágio inicial no Brasil e, na saúde suplementar, o cenário não é diferente. Apesar disso, a necessidade de se fortalecerem o diálogo, a publicidade e a defesa da qualidade na prestação dos serviços faz parte da agenda regulatória da ANS, incorporando-se à sua prática sob a forma de audiência pública, consulta pública e divulgação das razões ensejadoras das decisões.

A Resolução Consu nº 8/98, por exemplo, estabeleceu o sistema de coparticipação nos contratos de planos de saúde, com vistas, principalmente, ao combate a possíveis abusos e má utilização dos planos. Essa prática regulatória, quando bem utilizada, funciona como verdadeiro incentivo ao usuário do plano, quando da escolha dos procedimentos a realizar, tendo em vista que, na maioria dos casos, as pessoas não têm a menor ideia dos custos dos procedimentos a que são submetidos.

Na intenção de reforçar o debate público no processo de edição de normas e tomada de decisão da ANS, a Resolução Normativa nº 242/2010 dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados por meio de

consultas e audiências públicas.¹⁴ No site da agência reguladora,¹⁵ encontramos a informação de que foram realizadas pelo menos 83 consultas públicas.

A Resolução Normativa nº 405 da ANS, de 9 de maio de 2016, estabeleceu o Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar (QUALISS),¹⁶ que tem natureza indutora da melhoria da qualidade setorial, com a participação voluntária dos prestadores de serviços.

Com vistas, precisamente, à implementação da AIR, a ANS convocou uma audiência pública em abril de 2021, finalizada no último dia 7 de junho, para receber contribuições acerca da proposta de regulamentação do processo de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e do processo de Participação Social (PS).

Na Nota Técnica nº 8/2021/GPLAN/SEGER/DICOL que apresentou a minuta da regulamentação da AIR e a proposta de consulta pública, a Agência destacou que a AIR é ferramenta indispensável para o aperfeiçoamento da regulação em saúde suplementar, podendo, inclusive, impactar na redução de custos regulatórios quando se verificar, por meio de uym processo de le-

14. “Art. 2º São objetivos das consultas e audiências públicas e câmaras técnicas no âmbito do sistema de saúde suplementar:

I — recolher sugestões e contribuições para o processo decisório da ANS e edição de atos normativos;

II — propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;

III — identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação democrática;

IV— dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS; e

V — dar publicidade à ação da ANS.

Art. 3º As sugestões e contribuições recolhidas durante as consultas e audiências públicas e câmaras técnicas são de caráter consultivo e não vinculante para a ANS.”

15. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Consultas Públicas encerradas. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas/consultas-publicas-encerradas>.

16. “Art. 3º O QUALISS consiste:

I —no estabelecimento de atributos de qualificação relevantes para o aprimoramento da qualidade assistencial oferecida pelos prestadores de serviços na saúde suplementar, bem como na forma pelos quais eles são obtidos;

II—na avaliação da qualificação dos prestadores de serviços na Saúde Suplementar; e

III — na divulgação dos atributos de qualificação.”

vantamento de evidências, que há alternativa mais vantajosa para o enfrentamento de um problema regulatório, além de aperfeiçoar o regramento da participação social no âmbito da ANS, ao estimular a transparência e o diálogo com as partes interessadas.

A minuta da Resolução Normativa¹⁷ prevê uma série de procedimentos para a realização da AIR, desde o preenchimento de formulários de investigação do problema regulatório, passando por uma série de etapas,¹⁸ até a elaboração do sumário executivo, que tem por objetivo funcionar como

17. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Minuta de Resolução Normativa*. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao_da_sociedade/consultas_publicas/cp86/minuta_de_resolucao_normativa-air_e_participacao_social.pdf. Acesso em: 9 jul. 2021.

18. “Art. 10. Após o preenchimento do formulário de investigação do problema regulatório, devem ser realizadas as seguintes etapas:

I — descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas;

II — exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;

III — considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise;

IV — mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;

V — Identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo.

VI — comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e

VII — descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes.

Parágrafo único. No que se refere a descrição da estratégia prevista no inciso VII deste artigo, devem ser elencadas as unidades organizacionais da ANS envolvidas na implementação, se haverá necessidade de preparação de equipes ou sistemas de informação, estimando o tempo necessário, o plano de comunicação interno e externo correspondente à medida a ser adotada, e a necessidade de interação da ANS com outros entes, órgãos ou entidades da Administração Pública ou com entidades da sociedade civil.”

um resumo do estudo de AIR objetivo e conciso, o qual deverá empregar uma linguagem simples e acessível ao público em geral.

É fundamental a pluralização do processo de análise de temas importantes para o setor e para a sociedade, mas também é preciso ter cautela para não se estabelecer um processo que gere maior burocratização na tomada de decisões, interferindo, assim, negativamente no avanço da agenda da saúde suplementar.

Possíveis desvios na aplicação da AIR também são apresentados por Garoupa, Guerra e Porto,¹⁹ para quem

a imparcialidade do agente público é fator determinante para o sucesso da tomada de decisão realizada nos moldes pretendidos pelas melhores práticas em AIR. Isso induz a transparência de métodos, dos dados e das fontes de informação utilizadas. Ademais, trata-se de análise extensa de dados e informações que, a princípio, devem gozar de: acessibilidade ao público; acurácia e imparcialidade; reputação de fonte; atualidade e relevância.

3. Análise de impacto regulatório na saúde suplementar: assimetrias de informação e devido processo legal

Apresentado o panorama da AIR nos âmbitos internacional e nacional, os conceitos, procedimentos, algumas preocupações e seu desenvolvimento ainda imaturo na saúde suplementar, pretendemos avançar para um estudo mais específico sobre a pluridisciplinaridade que o instrumento regulatório nos oferece, explorando-o, ainda que em um ensaio breve e não pretensioso, sob os aspectos econômicos e jurídicos voltados à saúde suplementar.

19. *Ibidem*, p. 173-190.

3.1 Assimetrias de informação: reflexos no setor de saúde suplementar

Como em qualquer economia de mercado, a atividade de saúde suplementar não é alheia nem está livre de imperfeições em seu funcionamento, o que pode resultar em perda de bem-estar social. Pinheiro e Saddi²⁰ ressaltam que as falhas de mercado demandam correção, e a regulação econômica atua de modo a corrigir eventuais distorções que o livre mercado não seria capaz de eliminar. No setor privado de saúde, uma das graves falhas de mercado como já dissemos, é, sem dúvida, a assimetria informacional.

A Economia disponibiliza uma teoria comportamental baseada na forma como as pessoas respondem aos incentivos.²¹ No âmbito dos contratos de planos de saúde, na maioria das vezes o beneficiário não conta com incentivo para se preocupar com a relação custo-benefício do tratamento médico demandado. Pelo contrário, o incentivo é no sentido de utilizar o plano de forma excessiva, mesmo que isso envolva desperdício de recursos, o que gera um efeito em cadeia para o sistema.

A assimetria informacional gera inúmeros problemas, como, por exemplo, o risco moral e a seleção adversa.

O primeiro problema, o risco moral, caracteriza-se pela utilização excessiva dos serviços após o estabelecimento do contrato de seguro de saúde, ou ainda quando o comportamento do beneficiário ou da empresa muda após a compra do seguro, de modo que a probabilidade ou o tamanho da perda aumenta.

O segundo, a seleção adversa, *ex-ante* o estabelecimento do contrato, consiste na seleção, por parte da seguradora, de indivíduos com risco maior que o risco médio da sociedade, o que gera um elevado custo para as empre-

20. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

21. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010.

sas de planos de saúde. Pinheiro e Saddi²² destacam ainda que, na relação médico e paciente, a assimetria informacional é o que motiva a consulta, razão pela qual pode ser perigoso depender apenas de mecanismos de reputação para evitar os problemas eventualmente causados por essa assimetria.

Aqui, a seleção adversa resulta do fato de o cliente não ter como saber se escolheu um bom ou mau profissional, enquanto o risco moral reflete o fato de que, caso os serviços prestados pelo profissional não sejam bem-sucedidos, o cliente não tem como avaliar se isso ocorreu por falta de esforço pessoal do profissional ou por questões que estão fora de seu controle.

As assimetrias de informação são as diferenças nas informações existentes em uma transação no mercado, de modo a se verificar desnível entre o conhecimento das partes envolvidas quanto à compreensão real das características da transação, o que, no setor de saúde suplementar, é bastante frequente. Nesse sentido, para que o regulador possa exercer uma regulação eficiente, defendendo o interesse público, é indispensável contar com uma boa base de informações e um regime de incentivos, tudo a induzir as firmas reguladas a fornecerem as informações necessárias.

Pires e Pinto Júnior²³ afirmam que, quando a base de informações é deficiente, torna-se bastante elevado o risco de captura regulatória. Nesse caso, as decisões de regulação estariam subordinadas, preferencialmente, aos objetivos da firma regulada, em detrimento do interesse público.

De acordo com Shapiro e Mulligan²⁴, as instituições que operam no setor de saúde estão expostas aos seguintes riscos:

- *risco da operação clínica*: risco na variação dos custos incorridos na prestação dos serviços clínicos;

22. Ibidem, p. 89.

23. PINTO JR., Helder Q.; PINTO PIRES, Melissa Cristina. “Assimetria de informações e problemas regulatórios”, *Revista da ANP*, fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/central-de-conteudo/notas-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/nota-tecnica-9-2000.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2021.

24. SHAPIRO, M.; MULLIGAN, D. “Managing Risk in Health Care”, *The McKinsey Quarterly*, n. 3, p. 94-105, 1996.

- *risco de eventos*: associado à flutuação na demanda por cuidados de saúde na população de beneficiários;
- *risco de precificação*: inerente à precificação diante da imprevisibilidade de despesas devido ao risco de eventos;
- *risco financeiro*: são os riscos básicos a que todas as companhias estão expostas: de capital, insolvência, fluxo de caixa e risco regulatório.

A AIR pode contribuir para combater boa parte desses riscos, desde que fixada em um procedimento regulatório adequado. Por exemplo, na Minuta da Resolução Normativa no âmbito da ANS que dispõe sobre o instrumento, há previsão de que a primeira etapa do processo deve consistir na elaboração de um formulário de investigação do problema regulatório, trazendo a descrição do problema, suas causas e consequências, a identificação dos agentes econômicos, dos beneficiários e dos demais atores afetados pelo problema, a identificação da fundamentação legal e a definição dos objetivos a serem alcançados (art. 9º).

Para a elaboração do documento de investigação do problema regulatório, a Minuta também estimula o diálogo com os atores interessados (art. 9º, § 1º). O art. 17 ainda estabelece as Participações Sociais (PS), as quais deverão contemplar os representantes dos grupos de interesses na matéria em discussão e terão como objetivo: a) propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de apresentar sugestões e contribuições; b) identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação social; c) conferir maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS; e d) dar publicidade à ação da agência.

Evidentemente, a AIR deve ser acompanhada (cremos que *precedida* não será mais possível) de uma mudança de cultura no serviço público sobre a necessária Análise Econômica do Direito, pois, de outra forma, não surtirão os efeitos práticos desejados, representando apenas mais uma formalidade em uma regulação já suficientemente burocratizada. O combate às “assime-

trias informacionais” internas é fundamental para o êxito da implementação da ferramenta regulatória.

3.2 O devido processo legal

A AIR não conta apenas com as funções de controlar politicamente e conferir legitimidade e maior eficácia às decisões produzidas por agentes não eleitos e corrigir assimetrias de informação; ela também pode ser utilizada para aprimorar a qualidade de todo e qualquer ato normativo que estruture, de forma relevante, as políticas públicas, proporcionando aos agentes reguladores a possibilidade de fazerem escolhas economicamente eficientes.²⁵ Nesse sentido de eficiência (Kaldor-Hicks), a legislação aprovada deverá gerar uma situação em que os recursos são alocados de tal maneira que os ganhos advindos a todos os agentes econômicos envolvidos sejam maiores do que as perdas suscitadas pela nova norma.²⁶

O poder normativo das agências reguladoras foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que, em decisão paradigmática sobre o tema,²⁷ destacou que o advento das agências representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo. Isso porque oferece uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. Além disso, as agências reguladoras são dotadas de mecanismos aptos e eficazes a regular setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos. Nessa importante decisão, o STF também destacou que o modelo regulatório adotado no Brasil não se reduz à regulação concorrencial nem se limita à correção das chamadas “falhas de mercado”; pelo contrário, esse modelo regulatório tam-

25. Eficiência do ponto de vista de Kaldor-Hicks, explicada no parágrafo seguinte do texto.

26. Conferir mais detalhes em: MENEGUIN, Fernando Boarato et al. *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

27. STF, ADI 4874/DF, rel. Min. Rosa Weber, julg. 1.2.2018.

bém incorpora os instrumentos necessários para o atingimento dos objetivos gerais de interesse público: regulação social, e não apenas econômica.

Na prática, as agências reguladoras são responsáveis pela produção de inúmeros atos normativos, elaborados à revelia de um processo metodológico participativo, além de, frequentemente, ser simplista e genérico. Enfrentando diretamente o tema, Salinas²⁸ assinala que, no emaranhado de decisões e atos normativos que oferecem moldura jurídica às políticas públicas, as leis e os regulamentos são igualmente importantes, razão pela qual nada justifica a restrição do uso da AIR nessa seara.

No âmbito constitucional, ressaltamos que o devido processo legal brasileiro, previsto no art. 5º, LIV, se apoia na cláusula do *due process of law* norte-americano, devendo ser analisado tradicionalmente em seu duplo sentido: processual e material (ou substantivo).

Em sua acepção processual, pode ser considerado o núcleo de todos os direitos processuais; é a ideia de paridade de condições, para que as partes possam defender seus próprios interesses, com o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ainda sob o aspecto processual, relacionando-o ao tema do trabalho aqui desenvolvido, temos o direito ao devido processo legislativo, que também deve ser assegurado frente ao poder normativo das agências reguladoras.

No sentido material, observa-se que, do devido processo legal, nascem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por meio dos quais o intérprete deve buscar a aplicação da norma com base no bom senso, no equilíbrio e na vedação ao arbítrio, somente sacrificando um direito quando for a única forma de salvaguardar um bem maior.

Para Aragão,²⁹ a “ampliação normativa das agências reguladoras deve ser acompanhada da realização do devido processo, com a participação de

28. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. “Por um uso abrangente da análise de impacto regulatório no Brasil”, *Coluna Direito do Estado*, n. 126, 2016.

29. ARAGÃO, Alexandre Santos de. “As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 30 jun. 2021.

todos os interessados”. A inobservância dessa regra caracteriza a inadmissão do processo decisório, por quebra dos postulados fundamentais e do devido processo administrativo.

O próprio Congresso Nacional tem adotado a Análise de Impacto Legislativo (em substituição ao “Regulatório”, mas com essência equivalente), ao argumento de que o Poder Legislativo é, por natureza, inclusivo e plural, devendo refletir a diversidade de nosso país. Ademais, seus processos de tomada de decisão permitem a mediação entre as instituições estatais e a sociedade, assegurando, dessa forma, que a democracia em nosso país seja dinâmica e renovadora. Garoupa³⁰ ressalta os propósitos da avaliação de impacto legislativo ou da análise econômica da legislação:

- Contextualização jurídica e análise jurídica da legislação;
- Análise custo-benefício;
- Análise econômica complementar, com implicações para a equidade e a justiça social.

A contextualização jurídica e a análise jurídica da legislação são indispensáveis, sob pena de se permitir a aprovação de normas que violam a Constituição e se encontram desconectadas das demais leis vigentes.

O custo-benefício é essencial para a determinação da eficiência. Os custos e os benefícios sociais resultantes da norma são comparados e, em seguida, analisados, de acordo com o resultado das alternativas, de modo a escolher o projeto que apresenta maior diferença positiva entre os benefícios e os custos gerais.

Quanto à análise econômica complementar, Garoupa³¹ sustenta que um dos aspectos mais importantes é a verificação do grau de concentra-

30. GAROUPA, Nuno. “Limites ideológicos e morais à avaliação econômica da legislação”, *Cadernos de Ciência de Legislação*, nº 42/43, jan./jun. 2006. Oeiras/Portugal: Instituto Nacional de Administração.

31. *Ibidem*, p. 15.

ção dos custos e benefícios, em particular se os custos são disseminados, e os benefícios, concentrados. Em face da elevada quantidade de atos normativos editados no setor específico da saúde suplementar, muitas vezes as operadoras são “pegas de surpresa”, e isso faz com que tenham pouco tempo para se adaptar às novas realidades e às novas obrigações impostas, de modo a se enquadrar e atender ao previsto na legislação. Se não houver a rápida adesão à nova legislação, o efeito em cadeia gera pedidos de autorização de procedimentos negados, pagamento de multas e outras sanções administrativas.

Observe-se que nem todos os projetos legislativos devem ser submetidos a uma análise de impacto. Por exemplo, em razão de um cenário absolutamente excepcional como o que vivemos, a pandemia causada pela Covid-19, a realização de amplos processos de consulta e AIR pode vir a ser comprometida, já que regulações urgentes —logicamente, desde que realizadas dentro da moldura da legalidade e em observância aos demais princípios constitucionais — podem e devem ser adotadas.

Como exemplo na área da saúde, após a publicação, em 23 de março de 2020, pelo Ministério da Saúde, da Portaria nº 467/20³² — contemplando ações de telemedicina, e alinhada com normatizações excepcionais expedidas por diversos conselhos profissionais —, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) aprovou a Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO,³³ em reunião virtual extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 25 de março de 2020, e recomendou que as operadoras adequassem suas redes ao atendimento remoto. Simplesmente não havia tempo para a ampliação da consulta.

32. BRASIL. Portaria nº 467, de 20 de março de 2020. Diário Oficial da União: Seção: 1, página:1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>. Acesso em: 20 maio 2021.

33. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Nota Técnica Nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO. Disponível em: https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

No entanto, a produção normativa regulatória que verse sobre matérias potencialmente geradoras de impacto econômico aos agentes regulados (por exemplo, em matéria de reajustes dos planos), ou ainda aquelas que definem critérios em relação ao rol de procedimentos mínimos, qualidade dos serviços, classes de planos, regras sobre carência, entre outras, deveriam submeter-se à análise de impacto regulatório.

4. Conclusão

A Análise de Impacto Regulatório não é uma fórmula mágica e milagrosa que resolverá todos os problemas de regulação no Brasil. No entanto, acreditamos que tem capacidade para edificar o caminho para se chegar a padrões decisórios de maior qualidade, em especial para contribuir com o avanço regulatório no segmento da saúde suplementar.

No caso especial da saúde privada, caso não se faça uma análise efetiva e real desse impacto, o descompasso entre custos de saúde e capacidade de pagamento dos possíveis usuários dos planos de saúde aumentará, o que prejudicará não somente a competitividade do setor, mas também o que é mais importante: o acesso à saúde pela população.

Observamos que a AIR não deve ser utilizada como uma ferramenta de substituição do processo decisório a respeito da regulação, mas, sim, como um método complementar que permita a redução da assimetria informacional. Dessa forma, será capaz de assegurar um processo legislativo mais participativo, com uma integração mais vívida entre a análise clássica do Direito e as contribuições fenomenais da Economia, já que a monovisão certamente reprime a evolução.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O princípio da eficiência”, *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, São Paulo, março de 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- _____. “As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- BIJOS, Paulo Roberto Simão; MENEGUIN, Fernando B. “Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas”. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para discussão nº 193). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/519163>. P. 12. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BLACK, Julia. “Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes”, *Regulation & Governance*, v. 2, Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 150-152. Disponível em: <http://www.ise.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black2.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK Priscila Laís Ton. “Análise de impacto regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação”, *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, 2017.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). “Consultas públicas encerradas”. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas/consultas-publicas-encerradas>.
- _____. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Dados Gerais. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/quem-somos/227-dados-gerais>. Acesso em: 1 jul. 2021.
- _____. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Nota Técnica Nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO. Disponível em: https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.
- _____. Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho

de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

_____. Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

_____. Lei Federal nº 9.656 de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

_____. Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS e dá outras providências.

_____. Portaria nº 467, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial da União*: Seção: 1, p. 1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>. Acesso em: 20 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4874/DF, rel. Min. Rosa Weber, julg. em 1 fev. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010.

DE CERQUEIRA, Rafael; CARDOSO, Henrique Ribeiro. “Análise de impacto regulatório na saúde suplementar”, *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. Organização do Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS.

DOS SANTOS JR, José Maria. “O debate da qualidade regulatória em saúde suplementar a partir da implementação da metodologia de análise de impacto regulatório”. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e Núcleo de Ciências Jurídicas do Poder Judiciário. Disponível em: https://iess.org.br/cms/rep/2018direito1_bzz4ibhu.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

FREITAS, Juarez. “Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração”, *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>. Acesso em: 2 jul. 2021.

- GAROUPA, Nuno. “Limites ideológicos e morais à avaliação econômica da legislação”, *Cadernos de Ciência de Legislação*, n. 42/43, jan.-jun. 2006. Oeiras, Portugal: Instituto Nacional de Administração.
- _____; GUERRA, Sérgio; PORTO, Antônio José Maristrello. “Análise de impacto regulatório: dimensões econômicas de sua aplicação”, *EALR*, v. 10, n. 2, p. 173-190, maio-ago. 2019.
- GUERRA, Sergio, SAMPAIO, Patrícia. *Análise de impacto regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação*. Rio de Janeiro: Editora JC, 2012.
- GUIA PARA ELABORAÇÃO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR): Disponível em: https://www.gov.br/economia/ptr/assuntos/noticias/2021/abril/arquivo/af_min_gui_a_tecnico_plano_plurianual_alta.pdf.
- IBGE — INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=sa%C3%BAde+privada>. Acesso em: 1 jul. 2021.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. “Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva”, *Interesse Público* [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 22, n. 123, set./out. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38831>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- MAIA, Ana Carolina. “Seleção adversa e risco moral no sistema de saúde suplementar”. 2004. 97f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.
- MENEGUIN, Fernando Boarato et al. *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal/Coordenação de Edições Técnicas, 2017.
- _____. *Avaliação de impacto legislativo no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para discussão nº 70). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.
- OCDE. *OECD Reviews of Regulatory Reform Brazil Strengthening Governance for Growth*. Paris, 2008 (2008c).
- _____. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Relatório sobre a Reforma Regulatória. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, 2008. Disponível em: <http://docplayer.com.br/7871319-Ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento.html>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- _____. “Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision Making”, 9 March 1995, OECD/GD (95), OECD. Paris, 1995.
- _____. “Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance, OECD”. Paris, 2005.

- _____. “Regulatory Policy Outlook 2015”. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>.
- _____. “OECD Publishing”. Paris. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>. Acesso em: 3 jul. 2021.
- PINHEIRO, Armando Castelar et al. *Direito e economia do trabalho*. Prefácio. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020.
- _____; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PINTO JÚNIOR, Helder Q. et al. “Assimetria de informações e problemas regulatórios”, *Revista da ANP*, fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/central-de-conteudo/notas-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/nota-tecnica-9-2000.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2021.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil”, *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 513-536, 2018.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. “Por um uso abrangente da análise de impacto regulatório no Brasil”, *Coluna Direito do Estado*, n. 126, 2016.
- SHAPIRO, M.; MULLIGAN, D. “Managing Risk in Health Care”, *The McKinsey Quarterly*, n. 3, p. 94-105, 1996.
- VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. “Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado”. 2010. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: [10.11606/D.2.2010.tde-26032012-092844](https://repositorio.usp.br/handle/11363-4/D.2.2010.tde-26032012-092844). Acesso em: 2 jul. 2021.

Análise crítica da política de concessão de incentivos tributários no município de Mossoró

Fernanda Lucena de Albuquerque

1. Introdução

Esta pesquisa surgiu da inquietude da pesquisadora ao deparar com a concessão indiscriminada de incentivos tributários no âmbito do município de Mossoró. A situação se agrava pela frequente inobservância das normas constitucionais e legais aplicáveis por parte de diferentes gestores públicos, sob o pretexto de minimizar a crise econômico-financeira, sem o aparato de qualquer planejamento ou mesmo análise consequencial a respeito da existência e/ou extensão de prejuízos causados ao erário público, e ainda sem a verificação do impacto dessas medidas no efetivo desenvolvimento da cidade.

A fim de construir o arcabouço teórico que fundamenta o presente artigo, recorre-se à pesquisa que deu origem ao livro *Limites e consequências da política de concessão de incentivos tributários: um contexto de crise econô-*

mico-financeira no município de Mossoró/RN, de autoria desta pesquisadora. Propõem-se, então, a delimitação e a reflexão a respeito das seguintes questões: Quais os limites constitucionais e infraconstitucionais para que o Estado intervenha na economia e conceda incentivo tributário? A análise jurídico-formal é suficiente para legitimar renúncia às receitas? Como a teoria dos gastos tributários (*tax expenditure*) pode auxiliar no cumprimento integral do texto constitucional de 1988 e na busca por equilíbrio e controle das contas públicas, de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)?

Procedeu-se a uma análise minuciosa da legislação tributária municipal concessiva de incentivos tributários relativos ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), nos anos de 2009 a 2019, para tentar obter respostas a mais alguns questionamentos: Os gastos tributários realizados em Mossoró, ao longo da última década, geraram consequências arrecadatórias positivas?; Quais efeitos ocasionaram no comportamento dos contribuintes e no desenvolvimento econômico da cidade?; Que resultados reais as medidas de desoneração tributária trazem à sociedade?; Há como mensurar o efeito financeiro suportado pelos indivíduos que não são beneficiados com as renúncias de receitas?

Ademais, a partir dessas investigações, verifica-se de que forma está ocorrendo o planejamento da gestão fiscal, bem como a efetivação (ou não) da fiscalização e do controle dos gastos tributários por parte dos órgãos fiscalizadores, além de aspectos como transparência, eficiência, participação social e responsabilidade fiscal. A partir daí, surgem outras reflexões: Há controle efetivo sobre o dinheiro público no contexto brasileiro? E no município de Mossoró? Quais resultados decorrem da falta de transparência, planejamento e fiscalização nas práticas adotadas pelos gestores públicos? Como fazer cumprir a Constituição?

Nesse sentido, a análise ora realizada perpassa a compreensão dos limites jurídicos e financeiros, bem como as consequências da política de gastos tributários em um cenário indicativo de prolongada crise econômico-financeira no município de Mossoró.

A metodologia principal empregada foi a revisão bibliográfica e documental, além da análise dos dados arrecadatórios contidos na base do Sistema Integrado de Administração Tributária (SIAT), de responsabilidade da Secretaria Municipal da Fazenda de Mossoró/RN, como forma de avaliar as consequências e os impactos havidos com a desoneração tributária.

O senso comum e a experiência desta pesquisadora em sua atividade profissional levaram-na a crer que a concessão frequente e indiscriminada de incentivo tributário na cidade de Mossoró deixou de observar, de forma significativa, todo o regramento constitucional e legal atinente às renúncias de receita. Esse contexto revela forte indicativo de que houve danos rotineiros e volumosos aos cofres públicos, os quais se tornaram impeditivos de uma política tributária capaz de promover justiça fiscal, conferir sustentabilidade fiscal ao ente municipal, contribuir para a implementação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e promover o desenvolvimento da cidade, por meio de uma administração tributária responsável, equilibrada, transparente e eficiente.

2. Aspectos jurídicos-formais das leis municipais concessivas dos incentivos tributários

A extrafiscalidade,¹ como uma das funções do Sistema Tributário Brasileiro, ocorre com a utilização da tributação para fins diversos ao da simples arrecadação de dinheiro ao Poder Público. Nesse sentido, é possível afirmar que a tributação cumpre três funções: arrecadação, distribuição

1. “Não obstante as diferentes acepções de extrafiscalidade, todas elas convergem para dois pontos comuns: a ausência de fins arrecadatórios (ao menos de forma imediata) e o objetivo de regular/intervir no sistema socioeconômico, mediante a modificação do comportamento dos indivíduos.” (SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. “Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica”. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 26.

de renda e regulação da economia, esta última atendendo a uma visão de que as normas tributárias não são neutras.²

Esse, contudo, não é um tema desprovido de controvérsia, principalmente em virtude de a definição da finalidade da tributação não ser essencial aos institutos tributários, uma vez que depende do contexto em que é inserida. Não é incomum identificarmos exemplos do uso de tributos com objetivo regulatório que vise aumentar as receitas públicas, nem mesmo de tributos com intuito arrecadatório, na tentativa de conter condutas e regular comportamentos. A bem da verdade, a natureza fiscal e extrafiscal da tributação dificilmente se manifesta isoladamente.³

Os incentivos tributários são medidas fiscais que, de acordo com alguns economistas, violam três princípios básicos de otimização tributária: eficiência, equidade e simplicidade. Eles podem até ser justificados para atenuar falhas de mercado ou promover crescimento regional, mas apenas os programas de incentivos que podem passar por avaliação de custo-benefício quanto ao seu impacto econômico e de receita devem ser concedidos. Isso porque são tratamentos preferenciais que se desviam da estrutura fiscal geral e beneficiam apenas um grupo seletivo de contribuintes.⁴

2. LUKIC, Melina de Souza Rocha. “Extrafiscalidade e regulação da Economia: mudanças tributárias nos governos Lula e Dilma”, *Sequência*, Florianópolis [online], n. 71, p. 197-220, 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S217770552015000200197&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 18 ago. 2019.

3. RIBEIRO, Ricardo Leite. “Direito econômico da tributação: uma análise da extrafiscalidade no sistema tributário brasileiro”. 2013. 150f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-14042014-151916/publico/Ricardo_Leite_Ribeiro_Dissertacao_2013.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

4. “*Tax incentives by nature are base-eroding tax measures and violate the three basic principles of tax optimization: efficiency, equity and simplicity. However, tax incentives may be justified for mitigating market failure, competing for mobile investment projects while preserving a general tax base, or pursuing agglomeration economies. Regardless, only those tax incentive programs that can pass cost-benefit assessments of both economic and revenue impacts are worth attempting or preserving*” (CHEN, Duanjie. “The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach”, New York, p. 1-36, 23/24 abr. 2015. Paper for Workshop on Tax Incentives and Base Protection. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.)

No Direito brasileiro, os “benefícios fiscais seguros” são aqueles que obedecem aos princípios e regras que garantem a concretização da segurança jurídica e que mantêm integral compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o que impõe a observância dos direitos fundamentais.⁵ Assim, procede-se a uma análise do preenchimento ou não dos requisitos jurídico-formais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

A Constituição Federal de 1988 inseriu em seu texto vários dispositivos relacionados aos incentivos tributários, a exemplo do art. 43, § 2º, III; art. 151, I e III; art. 170, IX; art. 174; art. 179; art. 187, I; art. 195, §§ 7º e 8º; e arts. 40 e 113 do ADCT, todos com o propósito de efetivar controle, equilíbrio e responsabilidade no uso da desoneração tributária, de uma forma inédita na história brasileira.⁶

A renúncia de receita, após a entrada em vigor da Lei Complementar Nacional n. 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), contém previsão e dispõe sobre condições e requisitos para ser considerada válida, todos expostos em seu artigo 14.⁷ Referido diploma legal preocupou-se,

5. ASSIS, Karoline Marchiori de. “Segurança jurídica dos benefícios fiscais”. 2013. 560f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP em convênio com a Westfälische Wilhelms-Universität Münster – Alemanha, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-13062014-155055/es.php>. Acesso em: 6 nov. 2020.

6. BOMFIM, Gilson. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 99.

7. Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que impli-

entre outros vários aspectos inerentes às Finanças Públicas, com as ações governamentais voltadas à renúncia de receitas.

Sobre o tema, no município de Mossoró não se consegue localizar em nenhuma das leis municipais objeto de análise⁸ qualquer demonstração da estimativa do impacto orçamentário e financeiro delas decorrentes. Desse modo, evidentemente, os dispositivos constitucionais não foram observados.

O objetivo pensado quando da instituição de um demonstrativo para acompanhar o orçamento foi justamente conferir visibilidade às despesas governamentais que não estejam especificadas no orçamento fiscal, viabilizando informações à sociedade e aos parlamentares sobre a conveniência ou não dos benefícios diante de outras tantas necessidades públicas. Dessa feita, o Constituinte de 1988 tornou mais rigoroso o controle dos recursos públicos, indo além da instituição de um relatório de gastos tributários integrado ao processo legislativo-orçamentário, criando também o controle externo por meio do Tribunal de Contas e o controle interno de cada Poder, no sentido de fiscalizar a aplicação das subvenções e a renúncia de receita.⁹

que redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.”

8. O artigo baseia-se em análise detalhada de todas as leis municipais de Mossoró/RN, concessivas de incentivos tributários relativos ao IPTU e ao ISS no período de 2009 a 2019, integralmente descritas no capítulo 3 do livro de autoria desta pesquisadora. (ALBUQUERQUE, Fernanda Lucena de. *Limites e consequências da política de concessão de incentivos tributários: um contexto de crise econômico-financeira no município de Mossoró/RN*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, 192 p.)
9. HENRIQUES, Élcio Fiori. “O regime jurídico do gasto tributário no direito brasileiro”. 2009. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Departamento de Direito Econômico e Financeiro – DEF, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009.

Dessa feita, nas LOAs de Mossoró relativas aos exercícios de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013, os campos destinados à estimativa ou à compensação das renúncias de receita estão zerados ou contendo a informação “sem movimento”, tanto para o respectivo exercício como para os dois seguintes, o que, de pronto, demonstra grave descumprimento da LRF, tendo em vista que, no mesmo período, foram concedidos vários benefícios tributários. Somente na LOA de 2014, foram inseridos alguns valores relativos aos exercícios de 2012 a 2015, demonstrando mais uma contundente irregularidade, uma vez que o art. 14 é claro ao prever que a renúncia tem de estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes.

As LOAs dos exercícios de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019 apresentaram estimativas relacionadas apenas a uma pequena parcela dos gastos tributários realizados. Em suma, somente foram consideradas as renúncias relacionadas aos programas Pró-Superior, Minha Casa Minha Vida, Refis e PPI. Todos os outros benefícios tributários concedidos por meio das leis objeto desta pesquisa foram omitidos nas peças orçamentárias. Isso sem falar que muitos gastos tributários efetuados somente foram informados nas LOAs em períodos posteriores às respectivas desonerações.

Dessa feita, o artigo 14 da LRF deixou de ser observado no processo de concessão dos benefícios tributários mencionados, não apenas em razão da ausência de estimativa de impacto no exercício em que entraram em vigor e nos dois seguintes, como, do mesmo modo, pela ausência de indicação quanto ao cumprimento das condições constantes dos incisos I ou II do referido artigo.

Nessa linha, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem inúmeros acórdãos específicos disciplinando que as renúncias de receita devem anteceder a implementação dos benefícios tributários. Nesse sentido, a Corte de Contas registrou irregularidade no parecer prévio sobre as contas prestadas pelo presidente da República relativas ao exercício de 2016, justamente quanto à ausência de atendimento aos requisitos legais previstos no art.

14 da LRF e nos arts. 113 e 114 da Lei nº 13.242/2016 (LDO/2016). Um dos principais motivos para esse posicionamento é a ausência de fundamento para remeter a verificação do preenchimento desses requisitos para um momento posterior à sua concessão. A eficácia dos incentivos está condicionada à obediência a esses requisitos, sob pena de se esvaziar o sentido da regra fundante da gestão fiscal.¹⁰

Um dos dispositivos constitucionais de maior relevância quando se trata do intervencionismo estatal e de sua atuação como regulador da economia é o art. 174, que determina que o Estado deverá exercer “as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público”, o que reforça a nocividade e a antijuridicidade de uma política tributária de caráter regulatório realizada de forma desequilibrada, aleatória e não planejada. O § 1º vai além e expressa que a lei deverá estabelecer as diretrizes e bases do planejamento de um desenvolvimento equilibrado, o que foi cumprido por diplomas legais como a LRF. Mais uma vez, fica evidente quão irregular tem sido a gestão dos recursos públicos na última década por parte do município de Mossoró.

Nesse sentido, a CF/88 esmiuçou, em seu art. 165, § 6º, os caminhos para operacionalizar o planejamento, além de viabilizar o controle e a transparência como elementos inafastáveis na efetivação das renúncias, ao estabelecer que o projeto de lei do orçamento deverá ser acompanhado de um demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas, fruto de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. Por essa razão, fica evidente outro contundente descumprimento contido na legislação tributária municipal entre os anos de 2009 e 2019, ao não apresentar esse demonstrativo de forma completa, transparente e em momento prévio às concessões.

10. OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. “Eficácia de lei condicionada à adequação à responsabilidade fiscal”. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/contas-vista-eficacia-lei-condicionada-adequacao-responsabilidade-fiscal>. Acesso em: 14 out. 2020.

É certo que a concessão de benefícios tributários sem estimativa prévia e sem alternativas que compensem as perdas de arrecadação, da forma como ocorreu na última década no município de Mossoró, causa danos contundentes à sustentabilidade fiscal, além de obstarem o indispensável planejamento e o consequente desenvolvimento da cidade. Ao analisar os incentivos tributários, o economista Klemm avalia que o custo deles é amplo e difícil de ser avaliado, indo além de qualquer perda de receita imediata. Além dessas perdas, incluem distorções para a economia, custos administrativos de funcionamento e podem encobrir o uso fraudulento de esquemas de incentivos, ocasionando, muitas vezes, o aumento da corrupção.¹¹

Outro ponto bastante crítico da legislação tributária municipal analisada está na Lei Complementar nº 096/2013, o Código Tributário Municipal (CTM), que instituiu, em seu bojo, diversas isenções relacionadas ao IPTU e ao ISS, que se encontram vigentes até hoje. Não há dúvida de que essa política concessiva confronta diretamente o art. 150, § 6º, da CF/88, que tratou expressamente da obrigatoriedade de lei específica autorizando a concessão de benefícios fiscais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do estado do Pará, ao julgar a ADI nº 3.462, referindo-se exatamente à contrariedade desse regramento constitucional. Entre os fundamentos apresentados no acórdão, os ministros enfatizaram que a adoção do processo legislativo decorrente do art. 150, § 6º, da Constituição Federal tentou restringir a utilização dos meios de desoneração tributária como moeda de troca para a obtenção de vantagem pessoal pela

11. *“The cost of tax incentives are wide-ranging and go beyond any immediate revenue loss. Apart from revenue losses, they include distortions to the economy as a result of preferential treatment of investment qualifying for incentives, administrative costs from running and preventing fraudulent use of incentives schemes, and social costs of rent-seeking behavior, including possibly an increase in corruption”* (p. 11) (KLEMM, Alexander D. “Causes, Benefits, and Risks of Business Tax Incentives”. 2009. *International Monetary Fund*. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Causes-Benefits-and-Risks-of-Business-Tax-Incentives-22628>. Acesso em: 6 nov. 2020.)

autoridade pública, numa tentativa de mitigar eventuais ações mal-intencionadas do chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa que preencha os requisitos legalmente previstos usufrua a benesse tributária, em observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas.¹²

Toda a literatura sobre o tema aponta que a concessão de benefícios tributários deve estar em total consonância com o planejamento estabelecido nas leis orçamentárias. Quando isso não ocorre, como no caso de Mossoró na última década, que instituiu gastos tributários sem a devida observância das regras constitucionais e legais, significa que importou, de forma reiterada, em renúncias de receita não previstas, produzindo, então, desfalque no orçamento público. Quando esses valores originais deixaram de entrar nos cofres públicos, isso implicou, automaticamente, a redução de arrecadação, o que, inevitavelmente, gerou desequilíbrio orçamentário.¹³

Em países menos desenvolvidos, como é o caso do Brasil, em que as despesas públicas ultrapassam em grande medida as receitas, há tendência a um desequilíbrio orçamentário crônico, o que é apontado por alguns economistas como uma “falha de governo”, em geral associada ao mau desempenho do setor público na resolução de problemas de ordem gerencial.¹⁴ É preciso observar que, apesar de o equilíbrio orçamentário

12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.462*. Dje-030. Brasília, 15 fev. 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203462%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 14 out. 2020.

13. BRADFORD, Christine Geneveve Silva Elcock. “A concessão de incentivos fiscais no âmbito do estado do Rio de Janeiro em afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Constituição Federal”. 2019. 92f. Monografia (Especialização) – Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/ChristineBradford.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

14. LUQUE, Carlos Antônio; SILVA, Vera Martins da. “A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal: combatendo falhas de governo à brasileira”, *Brazilian Journal of Political Economy*, [S.L.], v. 24, n. 3, p. 413-432, set. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572004000300413&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 out. 2020.

não contar com a previsão expressa na CF/88, consta como uma imposição prevista no art. 4º da LRF, de modo que uma renúncia de receita produz os mesmos efeitos de uma despesa pública, razão pela qual os recursos que deixam de ingressar nos cofres públicos são identificados como “gastos tributários indiretos” e como rombos no orçamento público.¹⁵

Em síntese, é bastante temerário que, em um momento de tamanha insustentabilidade na Administrações Públicas, em especial nos entes municipais, em que o ônus desse desequilíbrio comumente é repassado aos cidadãos, sejam implementadas tantas renúncias que resultam em perda de arrecadação. E esse quadro reforça quanto é necessário se repensar a concessão de benefícios tributários sem planejamento (o que se traduz em falta de estimativa prévia e medidas compensatórias), haja vista que a perda de arrecadação dificulta, quando não impede, a busca por equilíbrio nas contas públicas.¹⁶

3. Consequências arrecadatórias da política de incentivos tributários no município de Mossoró

Após a análise do preenchimento dos pressupostos jurídicos no que se refere à realização de gastos tributários pelo município de Mossoró na última década, com um comparativo entre os dados analisados, é possível chegar a alguns números capazes de sugerir, se não de comprovar, a ineficiência da política arrecadatória adotada pelo município de Mossoró entre os exercí-

15. ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. “Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal”, *Revista do TCU*, n. 84, p. 19-62, 2000. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/984>. Acesso em: 14 out. 2020.

16. OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. “Eficácia de lei condicionada à adequação à responsabilidade fiscal”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/contas-vista-eficacia-lei-condicionada-adequacao-responsabilidade-fiscal>. Acesso em: 14 out. 2020.

cios de 2009 e 2019, no que se refere à desoneração tributária, além, é claro, do evidente descumprimento das normativas constitucionais e legais, na forma já demonstrada.

Partindo-se dos elementos numéricos relacionados à previsão de receitas (IPTU e ISS), à arrecadação obtida (IPTU e ISS) e ao gasto tributário realizado, de acordo com as informações prestadas nas respectivas LOAs, é possível chegar aos valores descritos na tabela a seguir:

Tabela 1.
Gastos tributários – Mossoró/RN17

Período	Previsão de arrecadação (IPTU e ISS)	Valores arrecadados (IPTU e ISS)	Valores renunciados (segundo dados contidos nas LOAs)
2009	32.808.000,00	40.215.851,15	Não informado
2010	40.700.000,00	47.071.604,40	Não informado
2011	45.350.000,00	48.056.438,99	Não informado
2012	46.200.000,00	51.070.812,29	R\$ 5.053.299,83
2013	58.194.624,00	53.559.810,67	R\$ 4.286.433,66
2014	61.673.000,00	57.641.717,50	R\$ 2.500.000,00
2015	79.538.710,00	57.609.422,80	R\$ 8.726.697,00
2016	89.073.470,00	55.658.899,67	R\$ 6.042.606,60
2017	107.427.251,00	62.983.666,92	R\$ 5.710.286,92
2018	110.738.037,00	75.057.060,52	R\$ 6.516.122,00
2019	75.309.584,00	89.122.076,52	R\$ 6.314.141,00

Feita a interpretação da tabela, é necessário reiterar que os gastos tributários informados nas LOAs estão muito aquém dos valores efetivamente renunciados, uma vez que boa parte da legislação concessiva de benefícios tributários não constou no planejamento, nem mesmo nas peças orçamentá-

17. Tabela de elaboração própria.

rias. Os valores renunciados informados nas LOAs limitam-se a apenas três benefícios tributários concedidos: programa Pró-Superior (ISS); programa Minha Casa Minha Vida (ISS/IPTU); e, a partir de 2015, os parcelamentos especiais, intitulados Refis e, posteriormente, PPI.

Deve-se destacar que, no período de 2009 a 2019, foram concedidas 24 modalidades de desoneração tributária no município de Mossoró, por meio dos respectivos instrumentos legais. No entanto, apenas três dessas modalidades constaram nas LOAs, sendo a terceira delas somente a partir do exercício de 2015, o que revela, de forma muito evidente, que as quantias renunciadas alcançam números expressos muito superiores aos que estão delimitados na tabela apresentada, consoante apontam os dados oficiais contidos nas peças orçamentárias daqueles exercícios.

Embora tenham sido previstas renúncias de receita em algumas leis orçamentárias anuais, nenhuma delas contemplou integralmente todas as desonerações tributárias concedidas em âmbito municipal no período de 2009 a 2019, nem mesmo se tem notícia de medidas compensatórias impostas de forma a justificar os gastos tributários despendidos. Além disso, o descumprimento contumaz do disposto na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) tem relação direta com a ausência de planejamento e a falta de transparência, apontando para a ausência de preocupação com a implementação de políticas públicas de longo prazo, sendo preferível, muitas vezes, obter um incremento arrecadatário imediato ou mesmo conquistar a “simpatia” dos contribuintes com a concessão de benesses ou prêmios tributários, ainda que ao arrepio da lei.

É preciso deixar claro que nenhuma política tributária de incentivo se legitima diante do afastamento do regramento jurídico aplicável, tampouco é recomendável ou produz efeitos positivos sem se aliar a uma análise do impacto financeiro-orçamentário, a um planejamento estratégico e ao uso responsável dos recursos públicos.

4. Consequências da política de incentivos tributários no comportamento dos contribuintes e no desenvolvimento econômico

Por meio da constatação quanto ao contumaz descumprimento da CF/88, da LRF e das normas de Direito Financeiro, inobservadas nas respectivas LOAs, é possível afirmar que não vem sendo adotado nenhum planejamento nem vem sendo realizada nenhuma análise de impacto-orçamentário quanto à política de gastos tributários implementada ao longo de todo o período em Mossoró. Dessa forma, exatamente em razão disso, não há que se falar em objetivos, muito menos na observância ou não de seu cumprimento, já que estes inexistiram.

Os dados analisados também demonstram que a política concessiva de benefícios tributários não produziu desenvolvimento econômico da cidade, consoante revelou o diagnóstico do cenário econômico e político de Mossoró, que foi conduzido pelo gestor de políticas públicas Pedro Augusto Filgueira Albuquerque.¹⁸ O estudo evidenciou que as graves dificuldades econômico-financeiras enfrentadas pelo município foram motivadas principalmente pela queda de seus pilares econômicos, pela falta de confiança nas lideranças locais e pela falta de proximidade entre os ativos mais modernos, como, por exemplo, o polo universitário regional e as cadeias econômicas alternativas.

Em resumo, o estudo revelou que a economia local somente terá condições de se recuperar e desenvolver caso opte por dois instrumentos elementares e essenciais a uma boa gestão: planejamento e moder-

18. ALBUQUERQUE, Pedro Augusto Filgueira. “Diagnóstico do cenário econômico e político de Mossoró, realizado por empreendedores e colaboradores das cadeias econômicas locais — 2016”. Câmara de Dirigentes Lojistas de Mossoró — CDL. Mossoró, 2016. Disponível em: <http://www.cdlmossoro.com.br/images/cdl-diagnosticomossorocompleto.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

nização do serviço público.¹⁹ Ao abordar os princípios indispensáveis a uma boa política tributária, que também se aplica aos incentivos fiscais, o economista Klemm aponta para a transparência e a previsibilidade, destacando que os investidores precisam compreender a política adotada, contando com sua estabilidade, para decidir acerca da realização ou não de investimentos.²⁰

Outra prática que se tem revelado amplamente ineficiente e, por vezes, responsável por agravar algumas crises econômico-financeiras é a política de parcelamento de débitos atrasados, com a concessão de elevados descontos, seja com relação ao valor principal do tributo (o que é ainda mais grave), seja em relação aos demais acréscimos legais. Por mais que, em alguns momentos, se trate de uma política necessária, a exemplo do que se demonstrou no contexto da pandemia da Covid-19,²¹ seu uso indiscriminado e contínuo é capaz de gerar danos gravosos ao erário público e à sustentabilidade fiscal dos entes federativos.

Como vimos, o município de Mossoró promulgou, ao longo da última década, diversas leis e decretos que estabeleceram condições especiais de parcelamento, redução de base de cálculo sem objetivo expresso em lei e

19. Ibidem.

20. *"Many of the principles for good general tax policy also apply to tax incentives, including transparency and predictability. These are important, because investors will need to be able to understand incentive schemes if they are to base their investment decisions on them. Investors will also need to be able to rely on a certain stability of tax incentives granted, before engaging in a major investment. A project requiring repeat investment over the years would be discouraged by frequent tax changes, even if incentives granted on previous investment were grandfathered"* (KLEMM, Alexander D. *Causes, Benefits, and Risks of Business Tax Incentives*. 2009. International Monetary Fund. p. 13. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Causes-Benefits-and-Risks-of-Business-Tax-Incentives-22628>. Acesso em: 6 nov. 2020.)

21. O ano de 2020 já está marcado na história mundial pela ocorrência surpreendente da pandemia originada pela Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) que, segundo dados registrados pela Organização Mundial de Saúde — OMS, ocasionou a morte de mais de quatro milhões e oitocentas mil pessoas, de acordo com notificação à OMS (dados atualizados até 06/10/2021. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 6 out. 2021), o que provocou — e continua provocando — uma aguda crise sanitária, social e econômico-financeira em todo o mundo.

desconto nos créditos tributários em atraso, seja em relação às multas e aos acréscimos legais, seja em relação ao valor principal do tributo, todos com percentuais expressivos.

A Receita Federal do Brasil (RFB) realizou um estudo sobre o impacto dos parcelamentos especiais no ano de 2017, analisando diversos programas de parcelamento tributário em âmbito federal e seus efeitos no comportamento dos contribuintes na arrecadação espontânea. A despeito de destacar que a excepcionalidade deveria estar presente nesse tipo de iniciativa, o estudo revela que, nos últimos 18 anos, foram criados quase quarenta programas de parcelamento, todos com uma expressiva redução nos valores de multas e juros, além de prazos de pagamento estendidos.²²

Os dados destacados indicam que os impactos negativos causados por essas renúncias são diretamente absorvidos pelo orçamento da União, que, então, passa a reduzir os valores disponíveis para aplicação em todos os seus fins, desde saúde, educação e segurança até previdência social. Quanto ao comportamento dos contribuintes, logo após a adesão, cerca de 50% dos optantes tornam-se inadimplentes e, em uma análise posterior, constata-se que é muito baixo o índice de quitação desses parcelamentos.²³

Procedeu-se ainda a um comparativo com outros países, entre eles um estudo publicado em 2014 pela OCDE (*Working Smarter in Tax Debt Management*), que reuniu as condições de parcelamento oferecidas em 26 países, sendo que, para a maioria, o período máximo é de 12 ou 24 meses. Em situações excepcionais, esse prazo é prorrogado, sob a condição de se apresentar uma garantia. Nesse sentido, não se tem notícia de outras administrações tributárias com parcelamentos em prazos tão alongados

22. BRASIL, Secretaria da Receita Federal do. *Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

23. *Ibidem*.

quanto os concedidos na realidade brasileira, que variam de 60 a 180 meses, sem contar aqueles que têm prazo indefinido.²⁴

Ademais, apesar de tantas concessões, os dados contidos no relatório demonstram que o passivo tributário administrado pela Receita Federal tem crescido vertiginosamente nos últimos anos. Isso evidencia que o parcelamento não é um instrumento eficaz para a recuperação do crédito tributário, além de causar efeito destruidor na arrecadação tributária, uma vez que o contribuinte protela o recolhimento dos tributos à espera de um novo parcelamento especial, recomendando-se, assim, a rejeição de qualquer medida proposta nesse sentido.²⁵

A situação do município de Mossoró não é diferente do que foi apresentado no estudo da RFB e de tantos outros entes da federação. Por meio de uma análise realizada por Arthur Guilherme Silva Ferreira de Souza,²⁶ utilizando-se da base de dados do Sistema Integrado de Administração Tributária (SIAT), de responsabilidade da Secretaria Municipal da Fazenda (Sefaz), constatou-se que o percentual de sucesso dos parcelamentos realizados em nível municipal, que já era inexpressivo, vem caindo consideravelmente. Vejamos a tabela a seguir:

Tabela 2.

Parcelamentos realizados²⁷

Anos	Parcelamentos Concedidos	Total Parcelado	Arrecadado
2009	4694	R\$ 4.789.717,79	R\$ 2.614.932,37
2010	4.434	R\$ 6.275.556,06	R\$ 2.369.713,74
2011	4.467	R\$ 6.006.257,85	R\$ 1.986.836,52

24. Ibidem.

25. Ibidem.

26. Ex-servidor da diretoria da Receita Municipal da Sefaz e discente do mestrado acadêmico em Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

27. Tabela de elaboração própria.

Anos	Parcelamentos Concedidos	Total Parcelado	Arrecadado
2012	4.869	R\$ 4.850.542,88	R\$ 1.895.700,47
2013	5.794	R\$ 7.097.571,67	R\$ 2.129.185,93
2014	3.973	R\$ 9.928.978,70	R\$ 2.609.305,60
2015	7.876	R\$ 17.106.700,29	R\$ 5.401.660,29
2016	7.755	R\$ 16.463.588,33	R\$ 6.755.750,78
2017	7.559	R\$ 33.466.271,12	R\$ 6.537.282,12
2018	6.774	R\$ 46.805.045,18	R\$ 5.910.227,40
2019	7.995	R\$ 26.207.654,89	R\$ 7.688.767,96

Essa tabela confirma que a quantidade de parcelamentos concedidos foi aumentando em quase todos os anos. Outro fator que chama a atenção é que o total da receita parcelada cresceu de forma significativa a cada exercício, em especial a partir de 2015. Em contrapartida, os valores arrecadados no mesmo período ficaram muito aquém da expectativa de receita gerada por meio dos parcelamentos realizados. A título de exemplo, em 2018, foi parcelada a quantia de R\$ 46.805.045,18, mas, no mesmo ano, foram arrecadados apenas R\$ 5.910.227,40, quantia oriunda de parcelamentos.

O citado relatório foi obtido por meio de verificação da quantidade de parcelamentos concedidos a cada ano, o que derivou no montante que foi negociado por exercício. Após, por meio dos extratos de arrecadação emitidos, foi possível chegar aos parcelamentos quitados e aos valores que foram arrecadados anualmente, cujos parcelamentos ainda se encontram vigentes. Essas informações possibilitaram a estimativa do percentual de sucesso dos parcelamentos realizados, de acordo com dados extraídos em 10 de novembro de 2020, resumidos na tabela e no gráfico a seguir:

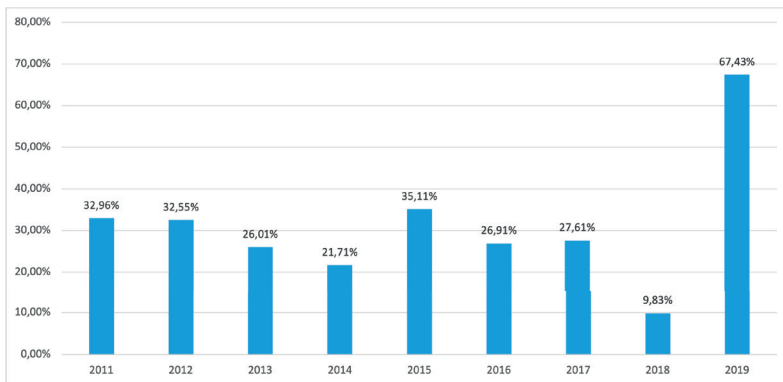
Tabela 3.

Percentual de sucesso dos parcelamentos²⁸

Anos	Total negociado	Valores quitados	Valores pagos no respectivo ano	Percentual aproximado de sucesso
2011 ²⁹	R\$ 6.411.910,02	R\$ 1.227.255,57	R\$ 885.950,46	32,96%
2012	R\$ 4.098.620,03	R\$ 680.516,65	R\$ 653.584,22	32,55%
2013	R\$ 5.331.791,94	-	R\$ 1.386.946,92	26,01%
2014	R\$ 6.945.982,17	-	R\$ 1.507.832,04	21,71%
2015	R\$ 10.947.230,70	-	R\$ 3.843.822,42	35,11%
2016	R\$ 10.310.939,96	-	R\$ 2.775.092,87	26,91%
2017	R\$ 22.653.149,94	-	R\$ 6.255.516,61	27,61%
2018	R\$ 37.165.988,16	-	R\$ 3.652.046,33	9,83%
2019	R\$ 10.975.866,60	-	R\$ 7.400.497,62	67,43%

Gráfico 1.

Percentual de recuperação dos créditos parcelados³⁰



28. Ibidem.

29. Não constam dados completos no Sistema Integrado de Administração Tributária (SIAT) em relação aos exercícios de 2009 e 2010.

30. Gráfico elaborado pelo ex-servidor da Diretoria da Receita Municipal da Sefaz e mestrando Arthur Guilherme Silva Ferreira de Souza, a partir de dados extraídos do Sistema Interno de Administração Tributária (SIAT).

Merece destaque que, segundo os gastos tributários informados nas LOAs de 2015 e 2016, o município de Mossoró abriu mão de R\$ 14.769.303,60 (que, conforme destacado nesta pesquisa, expressa um montante bem inferior àquele que, de fato, foi renunciado). No entanto, no mesmo período, conseguiu arrecadar apenas R\$ 10.507.507,67 com a concessão de benefício tributário (Refis). Um dado ainda mais revelador está na previsão orçamentária de IPTU e ISS informada pelo ente municipal para os anos de 2015 e 2016: R\$ 168.612.180,00. Desse modo, previu arrecadação de R\$ 168.612.180,00 (IPTU e ISS), arrecadou R\$ 10.507.507,67 (IPTU e ISS) com o benefício concedido no período e renunciou a R\$ 14.769.303,60 (IPTU e ISS), quantia subavaliada e dissociada da realidade dos valores concretamente renunciados.³¹

Ao analisar especificamente a LC nº 112/2015 (Refis), Luiz Felipe Monteiro Seixas e Vitória Alves verificaram que, diante de sucessivas prorrogações dos prazos e benefícios, restou afastada a natureza excepcional do parcelamento tributário especial. O referido incentivo teve como justificativa a crise econômica daquele momento e, apesar da acentuada queda na arrecadação dos tributos municipais, perdurou pelos anos de 2015 e 2016.³²

Esses números revelam que, além de a política de benefícios tributários não repercutir positivamente no desenvolvimento da cidade, está, muitas vezes, causando prejuízo ao erário público, havendo situações em que o valor arrecadado é inferior ao valor renunciado, conforme já demonstrado. Não bastasse isso, tem influenciado negativamente o comportamento dos contribuintes, que cada vez mais têm deixado de cumprir com suas obrigações tributárias, por se mostrar mais vantajoso aguardar o próximo

31. Gráfico elaborado pelo ex-servidor da Diretoria da Receita Municipal da Sefaz e mestrando Arthur Guilherme Silva Ferreira de Souza, a partir de dados extraídos do Sistema Interno de Administração Tributária – SIAT.

32. SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro; REBOUÇAS, Vitória Alves Martins de Lima. “Uma análise dos parcelamentos tributários especiais no município de Mossoró/RN e seus efeitos na arrecadação e no comportamento dos contribuintes”, *Revista Direito e Liberdade – RDL*, Natal/RN, v. 22, n. 216, p. 105-128, 28 ago. 2020. Quadrimestral. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/2245. Acesso em: 4 nov. 2020.

parcelamento, com descontos elevados, e descumpri-lo mais uma vez. Pela mesma razão, não há estímulo ou contrapartida positiva para os contribuintes que optam por honrar regularmente o pagamento de seus tributos.

A situação do município de Mossoró torna-se ainda mais questionável quando se constata que as volumosas renúncias fiscais concedidas ao longo dos anos pretéritos confrontam diretamente a sustentabilidade fiscal da cidade no mesmo período e sua capacidade de investimento, contradizendo-se, diante da avaliação negativa obtida em relação ao modelo de gestão fiscal adotado nos exercícios de 2013 a 2018.

A Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan) realizou um estudo em 2019, o Índice Firjan de Gestão Fiscal (IFGF), com base em dados oficiais, e analisou as contas das cidades brasileiras por meio de quatro indicadores: autonomia, gasto com pessoal, liquidez e investimentos.³³

A cidade de Mossoró foi avaliada em relação aos anos-base de 2013 e 2018, e os resultados não foram positivos. Em 2018, a pontuação ficou em 0,4239, o que demonstrou dificuldade em sua gestão fiscal. Em 2017, pontuou 0,3548, revelando uma situação crítica. Em 2016, apresentou resultado ainda pior, pontuando 0,0893; em 2015, teve nota 0,1413; em 2014, pontuou 0,4207; e, em 2013, totalizou 0,4268. No período avaliado, a cidade oscilou entre os piores resultados, variando em meio aos critérios amarelo (dificuldade) e vermelho (crítico).³⁴ Assim, percebem-se claramente os reiterados equívocos cometidos na política tributária municipal concessiva de benefícios tributários, pois muitas vezes apresenta efeito regressivo na arrecadação; não repercute de forma positiva no desenvolvimento econômico-social da cidade; influencia negativamente os contribuintes, que estão cada vez mais inadimplentes. Além disso, tal política é uma das grandes responsáveis por Mossoró ter sido enquadrada nos piores indicativos no que se refere à gestão fiscal, segundo os dados revelados pelo IFGF.

33. ÍNDICE FIRJAN DE GESTÃO FISCAL 2019. *Um raio-x na gestão pública dos municípios brasileiros*. 2019. Rio de Janeiro: Firjan, 2012. Disponível em: https://www.firjan.com.br/data/files/8F/50/19/81/B2E1E610B71B21E6A8A809C2/IFGF-2019_estudo-completo.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

34. *Ibidem*.

5. Transparência e planejamento na gestão fiscal: sobre a experiência brasileira de fiscalização e controle dos incentivos tributários

Desde que o controle de gastos tornou-se um relevante pilar da política econômica, os gestores públicos brasileiros tiveram de se adequar a essa nova ordem. Isso tudo porque a estabilização havida a partir do Plano Real deixou evidente a falta de controle das contas públicas, o que tornou inevitável a revisão das estratégias adotadas até aquele momento. Antes disso, os administradores públicos usavam o denominado “efeito Patinkin” para equilibrar as contas, que se traduzia em adiar ao máximo o pagamento dos compromissos assumidos, a exemplo de quitação de dívidas com fornecedores de bens e serviços, e salários de servidores. Com a inflação da época, era possível constatar uma queda real da dívida pública por meio desse artifício, uma vez que as receitas eram indexadas à inflação, mas as despesas, não.³⁵ Contudo, a queda da inflação trouxe à tona a fragilidade dos orçamentos, o que impôs a obrigação de se adotarem medidas distintas para dar sustentabilidade às finanças públicas. Nesse contexto, teve origem a LRF, cujo objetivo maior é aprimorar a gestão dos recursos públicos, com a finalidade de alcançar um equilíbrio sustentável por meio do planejamento.³⁶

Além do aspecto fiscal, a LRF tem por objetivo implementar uma mudança de comportamento dos gestores públicos, motivo pelo qual restringiu, consideravelmente, sua liberdade para gastar e contrair dívidas, bem como para abrir mão de receitas. Buscou, assim, efetivar um novo meio a de realizar política fiscal e econômica. Em síntese, essa mudança estrutural pretendida no regime fiscal se baseia nos seguintes elementos fundantes

35. SOMAVILLA, J. L.; LOBATO, P. H. B. “A concessão de anistias e incentivos fiscais e a importância do controle da renúncia de receita pelos tribunais de contas”, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 70, n. 1, p. 1-14, mar. 2009. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/393.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

36. *Ibidem*.

e básicos a qualquer gestão fiscal: responsabilidade, transparência, amplo acesso às informações e divulgação dos resultados alcançados.³⁷

O conceito de *accountability*, que pode ser traduzido como “prestação de contas”, está inteiramente relacionado ao princípio de responsabilidade fiscal, que importa na gestão eficiente dos recursos públicos.³⁸ E esse conceito deve ser tão relevante para a esfera pública quanto é para o setor privado. Sua aplicabilidade se dá diante da busca por resultados, penalização por falhas, especificação dos níveis de desempenho, autoridade para determinar a forma como os recursos serão utilizados, além de um necessário processo de avaliação quanto aos resultados obtidos.³⁹

Diante de todo o contexto exposto quanto à política tributária de gastos tributários no município de Mossoró, entre suas falhas, uma das mais acentuadas é a ausência de transparência e de efetivação de controle interno e externo. O princípio da transparência orçamentária deriva do princípio da transparência tributária, previsto no art. 150, § 5º da CF/88.⁴⁰

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seus arts. 70 e 71, a obrigatoriedade de o Congresso Nacional efetuar o controle externo, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, tendo o dever de efetuar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial quanto a legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação de subvenções e renúncia de receitas.⁴¹ E, para que se possa pensar em mecanismos que

37. MALCHER, Carolina Sequeira Zurita Gama. “Renúncia de receita tributária: o caso do estado do Pará”. 138f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/6409>. Acesso em: 23 out. 2020.

38. *Ibidem*.

39. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 218.

40. “Art. 150. § 5º – A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

41. “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

auxiliem a gestão fiscal no município de Mossoró, certamente é fundamental aprimorar a transparência em relação ao orçamento público e aos gastos tributários. E muitos são os benefícios na adoção de práticas transparentes, incluindo a efetiva defesa do erário público, o embaraço na concessão de privilégios injustificados, o não desperdício de recursos públicos e a adoção de medidas que previnam consequências sociais, econômicas e orçamentárias originadas da concessão indiscriminada de benefícios tributários.⁴²

O Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu diversos acórdãos que tiveram origem em fiscalização de renúncia de receitas, além de rotineiramente expedir recomendações e determinações aos órgãos do Poder Executivo, na tentativa de dar cumprimento aos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema, com destaque para o art. 14 da LRF. Bons exemplos são os acórdãos nº 747/2010; nº 809/2014; nº 1.205/2014; nº 384/2016; e nº 793/2016, todos do Plenário.

Um avanço significativo apontado pelo TCU está nas medidas adotadas pelo Poder Executivo nos últimos anos, no sentido de sistematizar seus procedimentos, o que culminou na publicação dos manuais *ex-ante*⁴³ e *ex-post*⁴⁴ de avaliação de políticas públicas. O modelo de governança proposto trata, em detalhes, das fases que envolvem os gastos tributários, com a atribuição dos responsáveis por atuar de acordo com as competências de cada órgão. No entanto, a iniciativa ainda carece de caráter normativo, motivo pelo qual, entre outras medidas, o TCU recomendou ao Ministério da Economia, bem como à Casa Civil da Presidência da República, providências para a efetiva institucionalização de um modelo de governança voltado à concessão e à gestão de benefícios tributários.

42. CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 215.

43. "Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex ante*, Casa Civil da Presidência da República", Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. — Brasília: Ipea, v. 1, 192 p., 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180319_avaliacao_de_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

44. *Ibidem*.

Um estudo sobre o impacto das políticas de gasto tributário implementadas pela União demonstrou um efeito praticamente nulo sobre a redução da desigualdade, em alguns casos até mesmo com efeitos regressivos, o que significa aumento no nível de desigualdade. Por outro lado, a evolução dos gastos tributários entre 2009 e 2018 passou de aproximadamente 3,5% para 4,1% do PIB. Essa matéria tem assumido relevância cada vez maior no cenário brasileiro, uma vez que os gastos tributários registraram um acréscimo de 247% em termos nominais entre os anos citados, atingindo R\$ 287,5 bilhões no ano de 2018.⁴⁵

Em termos de equidade, eficiência e custo, a análise demonstrou que, embora a política de gastos tributários não tenha sido tão regressiva quanto previu o Banco Mundial em 2017, também não contribuiu, de forma relevante, para a melhora da equidade. Um dos exemplos citados é o programa de transferência de renda denominado Bolsa Família, que tem o condão de entregar uma melhora equitativa a um custo em torno de 10% do que é atribuído por meio das renúncias de receitas.⁴⁶

Como se sabe, a LRF fixou diversos regramentos para que fossem concedidos benefícios fiscais, mas essa prática não foi proibida. A premissa intentada foi a de controlar e limitar seu uso, conferindo maiores racionalidade e transparência, exatamente como forma de moralizar e impedir seu emprego indiscriminado.⁴⁷ Assim, apesar de ser uma política tributária plenamente justificável, em razão de seus fins sociais e econômicos, a utilização reiterada e desprovida de critérios é amplamente desaconselhável. Tudo isso porque as estimativas de impacto financeiro são de difícil concretização, por diversos fatores de ordem prática, inclusive permitindo que os objetivos escusos de alguns gestores sejam mascarados. Nessa perspectiva,

45. LEISTER, Mauricio Dias et al. "Análise dos gastos tributários do governo federal considerando seus aspectos fiscais, de equidade e de eficiência econômica". Brasília: Esaf, 2018, 344p. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/outras-publicacoes/contribuicoes-academicas-para-a-politica-de-subsidios-da-uniao>. Acesso em: 23 out. 2020.

46. Ibidem.

47. SOMAVILLA, J. L.; LOBATO, P. H. B., op. cit.

levando-se em consideração o elevado volume de recursos públicos que os gastos tributários envolvem, soa indispensável e inegociável um controle efetivo quanto ao preenchimento de seus requisitos legais, além da verificação quanto à existência ou não de vantagens e do real custo financeiro.⁴⁸

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro abriu caminho para dar concretude aos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema e desenvolveu uma estrutura inédita, com o objetivo de controlar as receitas arrecadadas e também as não arrecadadas, em virtude dos gastos tributários realizados, dando um importante exemplo aos demais órgãos de controle de contas. E a ação de controle externo não pode limitar-se à análise da legalidade, sendo primordial averiguar também vetores como eficácia, economicidade, eficiência e efetividade, o que pode ocorrer através de uma auditoria operacional.⁴⁹

Ainda analisando o cenário do Rio de Janeiro, repleto de anomalias políticas, econômicas, estruturais e financeiras, o estudo desenvolvido em 2019 por Christine Bradford concluiu que a concessão indiscriminada de benefícios tributários sem a observância mínima de critérios objetivos, como os previstos na CF/88 e na LRF, foi tida como motivo determinante para conduzir o estado a um colapso orçamentário e social.⁵⁰

Outro exemplo de concessão de incentivos sem observância dos regramentos legais ocorreu no estado da Bahia. Como acontece na maior parte dos estados, a Bahia recorreu à concessão de incentivos tributários, sob o argumento legítimo de atrair investimentos e promover crescimento econômico e geração de empregos. Ao analisar a previsão e a realização da

48. *Ibidem*.

49. *Ibidem*.

50. BRADFORD, Christine Geneveve Silva Elcock. "A concessão de incentivos fiscais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro em afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Constituição Federal". 2019. 92f. Monografia (Especialização) – Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca Videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/ChristineBradford.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

renúncia de receita nos exercícios de 2001 a 2004, Eliane de Sousa Silva, auditora de controle externo do TCE/BA, constatou a necessidade de a previsão dos gastos tributários estar discriminada no Anexo de Metas Fiscais, além de ser indispensável a publicação das respectivas informações, em obediência ao princípio da transparência. Contudo, tais normas não foram aplicadas no estado da Bahia, pois os valores previstos não foram inteiramente detalhados.⁵¹

Em síntese, é possível afirmar que a utilização de modalidades de incentivo tributário tem o condão de promover, em alguns casos, o desenvolvimento econômico de uma localidade, mas seu uso desordenado tem poder exatamente inverso: causar efeito contrário àquele que se tem em mente. Essa é a razão para se realizarem estudos de viabilidade que definam, de forma objetiva, os rumos e as metas que se fazem necessários. Aliados a isso, os tribunais de contas desempenham papel de extrema relevância quando se dispõem a aprimorar sua fiscalização. Essa atuação é capaz de influenciar na efetivação de uma arrecadação justa e que promova equilíbrio econômico-social entre os setores, cujos benefícios, inevitavelmente, se revertem em favor da sociedade.⁵²

Em que pese ser uma tarefa de grande complexidade, já é tempo de a segunda maior cidade do estado do Rio Grande do Norte corrigir e aprimorar suas práticas de gestão fiscal. A mudança proposta certamente exige o enfrentamento de grandes e enraizadas dificuldades, especialmente no que se refere aos entes municipais, que têm suas estruturas bastante comprometidas. No entanto, toda transformação significativa tem início com as primeiras e tímidas ações, e o atual cenário econômico, financeiro e social de Mossoró anseia e necessita que sejam dados os primeiros passos.

51. SILVA, Eliane de Sousa. “A LRF e a necessidade de transparência na previsão e realização da renúncia de receita no estado da Bahia”, Salvador, p. 1-17. Disponível em: https://www.tce.ba.gov.br/images/artigo_LRF.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

52. SOMAVILLA, J. L.; LOBATO, P. H. B., op. cit.

6. Proposições para a política de incentivos tributários no município de Mossoró/RN

Diante de toda a fundamentação teórica e da análise crítica tecida até aqui, propõem-se algumas medidas capazes de contribuir para esse processo de correção e implementação de práticas mais eficientes, transparentes e modernas na política fiscal de Mossoró. Tomam-se como referência principalmente as experiências vivenciadas na última década, a legislação tributária e a literatura especializada que fundamentou esta pesquisa.

Assim, para que sejam cumpridos os mandamentos constitucionais, a efetivação das políticas públicas perpassa três grandes fases: planejar, executar e controlar. Muitos entes planejam mal, pois não conseguem formular o diagnóstico de seus problemas e, conseqüentemente, não logram encontrar soluções possíveis. A falta de clareza a respeito das prioridades dos gestores públicos e dos caminhos para seu enfrentamento é agravada pelas políticas de curto prazo e pelo caráter meramente protocolar do planejamento.⁵³

No desenvolvimento da pesquisa que deu origem a este artigo, identificamos inúmeros equívocos e anomalias cometidos de forma reiterada pelos gestores públicos que conduziram a cidade no período de 2009 a 2019, especialmente quanto à desoneração tributária concedida. Se os atores políticos locais fizessem a leitura de que a política pública é um ciclo que se retroalimenta, que tem de passar pelas fases de planejamento, execução e controle, certamente buscariam soluções mais sistêmicas, em vez de somente “enxugar gelo”, e passariam a enfrentar as reais causas dos problemas.⁵⁴

53. PINTO, Élide Graziane. “Políticas públicas e controle do ciclo orçamentário”, *Revista Parquet em Foco*, Goiânia: ESMP-GO, v. 2, n. 2, p. 07-14, jan/abr. 2018. Quadrimestral. Escola Superior do Ministério Público de Goiás. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4616854/mod_resource/content/1/Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20e%20Controle%20Qualitativo%20...pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

54. *Ibidem*.

Nesse contexto, na perspectiva de fomentar o debate e viabilizar o diálogo institucional entre o mundo acadêmico e a Administração Pública Tributária, é que esse estudo intenta contribuir com proposições para a política de incentivos tributários no município de Mossoró. As ações propositivas não somente envolvem a juridicidade da política tributária, como também trazem outros apontamentos relacionados à gestão pública e aos aspectos orçamentário e econômico, que se traduzem nas sugestões a seguir especificadas:

- a) Reestruturação de alguns órgãos técnicos e de gestão, com investimentos em tecnologia e qualificação dos servidores públicos;
- b) Realização de convênios e/ou parcerias com órgãos públicos que detenham *know how* em gestão pública e controle de contas, como as universidades e os tribunais de contas;
- c) Aperfeiçoamento da organização institucional, com a criação de cargos técnicos na área jurídica, de gestão, contabilidade, controle, além da definição de unidades de coordenação e supervisão, de órgãos e conselhos habilitados ao monitoramento e à avaliação de políticas públicas, de forma prévia e posterior, com destaque para os impactos orçamentários ocorridos na realização dos gastos tributários;
- d) Submissão obrigatória à análise jurídica e financeiro-orçamentária quando da concessão de incentivos tributários, por meio de setores competentes e auditorias internas, integrados por servidores de carreira especializados;
- e) Elaboração de guias e manuais que unifiquem os procedimentos e publiquem os requisitos jurídicos e financeiros para a concessão das renúncias de receita;
- f) Ampliação da transparência em âmbito municipal, por meio de ações como a criação de conselhos de controle, órgãos ou comissões que deem suporte tecnológico e científico, com vistas a aprimorar a divulgação dos dados públicos de uma forma compreensível ao cidadão comum;

- a inauguração de uma página virtual contendo informações sobre os gastos tributários; além da realização de reuniões, audiências públicas e demais instrumentos que possibilitem a participação social e abram canais de diálogo e oitiva da sociedade, além de órgãos técnicos que possam colaborar no aprimoramento da política fiscal;
- g) Atuação mais efetiva por parte dos órgãos de controle e fiscalização, especialmente em relação à Câmara Municipal de Mossoró, auxiliada pelo Tribunal de Contas do Estado, além do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB);
 - h) Por fim, a implementação de medidas que modernizem a administração pública municipal, viabilizando o diálogo institucional, em especial com órgãos e entidades que componham os núcleos de tecnologia e educação da cidade.

Todas essas propostas, por razões evidentes, não afastam a importância e a essencialidade de se pensarem muitas outras, por parte de diversos atores e instituições da sociedade. Porém, um dos pontos mais relevantes e indispensáveis para se pensar na reestruturação da política fiscal local é a necessidade de os gestores públicos enxergarem essas modificações não como despesas irrelevantes, mas como investimentos importantes e aptos a modificar, de forma estrutural e permanente, a realidade local.

Embora possam parecer complexas, as propostas sugeridas não demandam vultosos investimentos financeiros. Na verdade, elas dependem muito mais de uma mudança cultural para que se compreendam o tamanho e a importância da cidade, de modo a melhorar as condições de vida da população, com o abandono, de uma vez por todas, dos resquícios ainda existentes de um modelo de gestão patrimonialista, passando-se a privilegiar a técnica, o profissionalismo, a moralidade, a impessoalidade, a eficiência, a transparência, a efetiva participação social e a responsabilidade com os recursos públicos.

7. Conclusão

No contexto da extrafiscalidade é que estão inseridos os incentivos tributários, como espécies de desoneração tributária, e o debate sobre seu uso indiscriminado motivou, entre outras razões, o surgimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF, Lei Complementar nº 101/2000).

No Brasil, quanto aos limites constitucionais para a concessão dos incentivos tributários, cita-se o art. 165 da CF/88, que impõe mecanismos de planejamento de orçamento público em médio e longo prazos, como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e os orçamentos anuais. Houve ainda a inserção de vários dispositivos no texto constitucional a respeito dos incentivos tributários, a exemplo do art. 43, § 2º, III; art. 151, I e III; art. 170, IX; art. 174; art. 179; art. 187; art. 195, § 7º e 8º e dos arts. 40 e 113 do ADCT, com a finalidade de controle, equilíbrio e responsabilidade com as contas públicas, de forma inédita na história brasileira.

Apesar de o rol ser exemplificativo, discutiram-se os dispositivos que são considerados a base de todo o estudo sobre o tema e o ponto de partida para qualquer administrador público que planeje renunciar a uma receita. O primeiro é o art. 150, § 6º, da CF/88, que exige a utilização de lei formal específica para a concessão de incentivos, impedindo que seja objeto de delegação ao Poder Executivo. Outro dispositivo é o art. 165, § 6º, que dispõe sobre o orçamento e determina que o Projeto de Lei Orçamentária de todos os entes da federação contenha, em seus anexos, um relatório ou demonstrativo sobre os efeitos, as receitas e as despesas decorrentes dos benefícios e incentivos de natureza financeira, tributária e creditícia.

Por fim, quanto à previsão constitucional, tratou-se ainda do art. 70, que dispõe sobre a obrigatoriedade da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, a ser exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Em relação aos limites infraconstitucionais para a concessão dos incentivos tributários, chegou-se à conclusão de que a LRF assumiu papel de relevo no controle das contas públicas, e seu art. 14 contém um conjunto de normas aplicáveis ao processo de proposição, discussão e aprovação dos atos legislativos no que concerne à concessão de gastos tributários, com o objetivo maior de conferir transparência e equilíbrio às contas públicas, por meio do indispensável planejamento.

Quanto aos requisitos necessários que são estabelecidos no art. 14, destacou-se que, em primeiro lugar, deve-se apresentar uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro do exercício em que vai iniciar sua vigência e dos dois seguintes; deve-se demonstrar que a renúncia foi considerada na estimativa da lei orçamentária ou, se não for observada essa condição, deve haver implementação de medidas compensatórias, por meio do aumento de tributos.

A partir dos dados e da análise realizada, discutiu-se, de forma crítica, a legitimidade dos gastos tributários realizados em Mossoró. Os requisitos jurídico-formais estabelecidos pela CF/88 e pela LRF, no período de 2009 a 2019, não foram observados. Em primeiro lugar, inexistiu qualquer demonstração da estimativa do impacto orçamentário e financeiro nas leis que foram objeto de análise. Desse modo, os dispositivos constitucionais foram manifestamente descumpridos.

Assim, constatou-se que foram concedidas 24 modalidades de desoneração tributária no município de Mossoró, por meio dos respectivos instrumentos normativos, porém apenas três constaram nas LOAs, sendo a terceira delas somente a partir do exercício de 2015, o que revela, de forma bastante evidente, que as quantias renunciadas alcançam números reais bem superiores àqueles que foram delimitados nas respectivas peças orçamentárias. Nesse sentido, deixou-se de observar o artigo 14 da LRF no processo de concessão dos gastos tributários mencionados, não apenas em razão da ausência de estimativa de impacto no exercício em que entraram em vigor e nos dois seguintes, como, do mesmo modo, pela ausência de

indicação quanto ao cumprimento das condições constantes dos incisos I ou II do referido artigo.

Um dos aspectos conclusivos deste artigo é que a concessão de incentivo tributário sem estimativa prévia e sem alternativas que compensassem as perdas de arrecadação, da forma como ocorreu na última década, no município de Mossoró, causou danos de relevo à sustentabilidade fiscal, além de ter faltado com o necessário planejamento, comprometendo, assim, o desenvolvimento da cidade.

É bastante temerário, sem dúvida, que, em um momento de tamanha insustentabilidade nas Administração Pública, em especial nos entes municipais, em que o ônus desse desequilíbrio comumente é repassado aos cidadãos, tenham sido implementadas tantas renúncias que resultaram em tantas e volumosas perdas arrecadatórias. Dessa forma, verifica-se a absoluta inexistência de repercussão arrecadatória positiva gerada pela política de gastos tributários adotada em Mossoró, apesar de os administradores públicos citarem a crise econômico-financeira para justificar a frequente utilização dos incentivos tributários.

Assinale-se que o presente estudo não se insurge contra a utilização da política de incentivos tributários, por ser um instrumento amplamente empregado, com previsão constitucional e infraconstitucional. Contudo, nenhuma política tributária de incentivos se legitima diante do afastamento do regramento jurídico aplicável. Igualmente, não é recomendável nem produz efeito positivo sem que se alie a uma análise do impacto financeiro-orçamentário, a um planejamento estratégico e ao uso responsável dos recursos públicos.

Quanto às consequências da política de incentivos tributários no comportamento dos contribuintes e no desenvolvimento econômico da cidade, os resultados foram igualmente negativos. Não houve planejamento nem se realizou uma análise de impacto-orçamentário. E, exatamente em razão disso, não há que se falar em objetivos, muito menos em sua observância ou não, já que estes inexisteram. Também não há qualquer indício de que

tenha ocasionado repercussões positivas para o desenvolvimento econômico da cidade, coadunando-se com o disposto no diagnóstico realizado a respeito do cenário econômico e político de Mossoró.

Outra prática que se provou bastante ineficiente e, por vezes, responsável por agravar a crise econômico-financeira foi — e é — a política de parcelamento de débitos atrasados, com a concessão de elevados descontos, seja com relação ao valor principal do tributo (o que é ainda mais grave), seja em relação aos demais acréscimos legais. Ainda que se admita sua necessidade em contextos de crise, como, por exemplo, o da pandemia da Covid-19, seu uso indiscriminado e contínuo é capaz de gerar danos gravosos ao erário público e à sustentabilidade fiscal dos entes federativos.

Outro estudo revelador da equivocada política de gastos tributários foi realizado pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan) em 2019, o Índice Firjan de Gestão Fiscal (IFGF), que, com base em dados oficiais referentes aos exercícios de 2013 a 2018, analisou a capacidade de gestão fiscal de Mossoró, tendo a cidade oscilado entre os piores resultados, variando em meio aos critérios amarelo (dificuldade) e vermelho (crítico).

Diante da análise empreendida, chegou-se à conclusão de que, entre as falhas da política de gastos tributários em Mossoró, uma das mais acentuadas é a ausência de transparência, bem como a inexistência de efetivação do controle interno e externo. É indispensável haver mudança estrutural no regime fiscal, que deve basear-se em critérios essenciais a qualquer gestão fiscal: responsabilidade, transparência, amplo acesso às informações e divulgação de resultados alcançados. Além disso, concluiu-se que os tribunais de contas precisam cumprir as missões fixadas pela CF/88, em seus arts. 70 e 71, assumindo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas realizadas pelos entes federativos.

Para que se possa pensar em mecanismos que auxiliem a gestão fiscal no município de Mossoró, certamente será fundamental o aprimoramento da transparência em relação ao orçamento público e aos gastos tributários. O

Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu diversos acórdãos que tiveram origem em fiscalização de renúncias de receitas, além de rotineiramente expedir recomendações e determinações a órgãos do Poder Executivo, na tentativa de dar cumprimento aos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema, com destaque para o art. 14 da LRF. Em vista disso, verificou-se que a realização de gastos tributários pode promover, em alguns casos, o desenvolvimento econômico de uma localidade, mas seu uso desordenado tem o poder exatamente inverso, de causar um efeito contrário ao que se intenta. E essa é a importância de se realizarem estudos de viabilidade que contenham metas e caminhos a serem trilhados.

Além disso, os tribunais de contas desempenham papel determinante nesse controle de políticas públicas quando aprimoram as fiscalizações e, dessa forma, contribuem para a implementação de uma arrecadação justa e equilibrada, que privilegie o zelo com as receitas públicas, beneficiando, assim, diretamente a coletividade.

Na perspectiva de contribuir para a política de incentivos tributários no município de Mossoró, sem a pretensão de esgotar o debate, foram sugeridas algumas ações propositivas, que abrangem melhoramentos do ponto de vista jurídico, aliadas a alguns apontamentos relacionados à gestão pública e aos aspectos orçamentário e econômico. Decerto, as medidas propostas não exauram as inúmeras possibilidades de contribuição com o processo de transformação da administração municipal, em especial no que refere à política fiscal local e à efetivação de gastos tributários. O ponto de partida para sua reestruturação, capaz de alavancar o desenvolvimento social e econômico da cidade, perpassa, claramente, a importância de os agentes públicos enxergarem essas mudanças como investimentos, e não como despesas irrelevantes, razão pela qual são capazes de promover modificação de forma estrutural e permanente.

Não é preciso despender vultosos recursos públicos para sua viabilização. A bem da verdade, esse progresso depende de uma mudança cultural que compreenda o tamanho e a importância de Mossoró, buscando

melhorar as condições de vida da população, abandonando de vez os resquícios de modelos de gestão patrimonialista e passando a privilegiar a técnica, o profissionalismo, a moralidade, a impessoalidade, a eficiência, a transparência, a efetiva participação social e a responsabilidade com os recursos públicos.

Resta saber se os gestores públicos locais e os órgãos públicos de controle assumirão uma postura ativa e consonante com o programa jurídico, social e econômico imposto pelo texto constitucional de 1988 e pela legislação correlata aplicável, dando cumprimento às normas e ao propósito republicano e democrático de empregar, de forma transparente e eficiente, o dinheiro público; de viabilizar a participação social; de concretizar os direitos fundamentais e de buscar um desenvolvimento econômico responsável.

Caso não se efetivem as mudanças estruturais sugeridas, possivelmente a situação permanecerá assim pelos próximos dez anos (ou mais), contribuindo, por ação ou omissão, para a manutenção ou até mesmo para o agravamento de uma situação de insustentabilidade fiscal, desperdício de recursos públicos e atraso econômico e social de Mossoró.

Referências

- ALBUQUERQUE, Fernanda Lucena de. *Limites e consequências da política de concessão de incentivos tributários: um contexto de crise econômico-financeira no município de Mossoró/RN*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. 192p.
- ALBUQUERQUE, Pedro Augusto Figueira. “Diagnóstico do cenário econômico e político de Mossoró, realizado por empreendedores e colaboradores das cadeias econômicas locais — 2016”. Câmara de Dirigentes Lojistas de Mossoró — CDL. Mossoró, 2016. Disponível em: <http://www.cdlmossoro.com.br/images/cdl-diagnosticomossorocompleto.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. “Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal”, *Revista do TCU*, n. 84, p. 19-62, 2000. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/984>. Acesso em: 14 out. 2020.

- ASSIS, Karoline Marchiori de. “Segurança jurídica dos benefícios fiscais”. 2013. 560f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Usp e Westfälische Wilhelms-Universität Münster – Alemanha, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-13062014-155055/es.php>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- BOMFIM, Gilson. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BRADFORD, Christine Geneveve Silva Elcock. “A concessão de incentivos fiscais no âmbito do estado do Rio de Janeiro em afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Constituição Federal”. 2019. 92f. Monografia (Especialização) – Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/ChristineBradford.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.
- BRASIL. “Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex ante*”. Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, v. 1, 192p., 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180319_avaliacao_de_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.
- _____. “Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex-post*”. Casa Civil da Presidência da República... [et al.]. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, v. 2, 2018. 301p. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/181218_avaliacao_de_politicas_publicas_vol2_guia_expost.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 05 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 2020.
- _____. Secretaria da Receita Federal do. “Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais”. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.462*. DJE, 030. Brasília, 15 fev. 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203462%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 14 out. 2020.
- CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. Nova York, p. 1-36, 23/24 abr. 2015. Paper for Workshop on Tax Incentives and Base

- Protection. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.
- HENRIQUES, Élcio Fiori. “O regime jurídico do gasto tributário no direito brasileiro”. 2009. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Departamento de Direito Econômico e Financeiro (DEF), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-15062011-153003/publico/ELCIO_FIORI_HENRIQUES DISSERTACAO_VERSAO_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.
- ÍNDICE FIRJAN DE GESTÃO FISCAL 2019. *Um raio x na gestão pública dos municípios brasileiros*. 2019. Rio de Janeiro: Firjan, 2012. Disponível em: https://www.firjan.com.br/data/files/8F/50/19/81/B2E1E610B71B21E6A8A809C2/IFGF-2019_estudo-completo.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.
- KLEMM, Alexander D. “Causes, Benefits, and Risks of Business Tax Incentives”. 2009. International Monetary Fund. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Causes-Benefits-and-Risks-of-Business-Tax-Incentives-22628>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- LEISTER, Mauricio Dias et al. “Análise dos gastos tributários do governo federal considerando seus aspectos fiscais, de equidade e de eficiência econômica”. Brasília: Esaf, 2018. 344 p. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/outras-publicacoes/contribuicoes-academicas-para-a-politica-de-subsidios-da-uniao>. Acesso em: 23 out. 2020.
- LUKIC, Melina de Souza Rocha. “Extrafiscalidade e regulação da economia: mudanças tributárias nos governos Lula e Dilma”. Sequência (Florianópolis) [online], n. 71, p.197-220, 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S21770552015000200197&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 18 ago. 2019.
- LUQUE, Carlos Antônio; SILVA, Vera Martins da. “A Lei de Responsabilidade na gestão fiscal: combatendo falhas de governo à brasileira”, *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 24, n. 3, p. 413-432, set. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So101-31572004000300413&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 out. 2020.
- MALCHER, Carolina Sequeira Zurita Gama. “Renúncia de receita tributária: o caso do estado do Pará”. 2012. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/6409>. Acesso em: 23 out. 2020.

- OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. “Eficácia de lei condicionada à adequação à responsabilidade fiscal”. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/contas-vista-eficacia-lei-condicionada-adequacao-responsabilidade-fiscal>. Acesso em: 14 out. 2020.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. 314p.
- PINTO, Élide Graziane. “Políticas públicas e controle do ciclo orçamentário”, *Revista Parquet em Foco*, Goiânia: ESMP-GO, v. 2, n. 2, p. 07-14, jan./abr. 2018. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4616854/mod_resource/content/1/Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20e%20Controle%20Qualitativo%20...pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.
- RIBEIRO, Ricardo Leite. “Direito econômico da tributação: uma análise da extrafiscalidade no sistema tributário brasileiro”. 2013. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-14042014-151916/publico/Ricardo_Leite_Ribeiro_Dissertacao_2013.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.
- SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. “Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica”. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.
- _____; REBOUÇAS, Vitória Alves Martins de Lima. “Uma análise dos parcelamentos tributários especiais no município de Mossoró/RN e seus efeitos na arrecadação e no comportamento dos contribuintes”, *Revista Direito e Liberdade – RDL*, Natal/RN, v. 22, n. 216, p. 105-128, 28 ago. 2020. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/2245. Acesso em: 4 nov. 2020.
- SILVA, Eliane de Sousa. “A LRF e a necessidade de transparência na previsão e realização da renúncia de receita no estado da Bahia”. Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-17, dez. 2004. Disponível em: https://www.tce.ba.gov.br/images/artigo_LRF.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.
- SOMAVILLA, J. L.; LOBATO, P. H. B. “A concessão de anistias e incentivos fiscais e a importância do controle da renúncia de receita pelos tribunais de contas”, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 70, n. 1, p. 1-14, mar. 2009. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/393.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

Arbitragem, contratos administrativos e custos de transação

Gustavo da Rocha Schmidt

Luíza Lucas Bruxellas

1. Introdução

O empresário, como agente racional, calcula oportunidades e riscos no exercício de qualquer atividade econômica. Quanto maior a margem de lucro em uma operação, maior o interesse do investidor em nela se envolver. De forma inversa, quanto maior o risco do negócio, menor é sua disposição para empreender. Oportunidades atraem investidores; riscos os afastam.

Assim é que, como é da essência do capitalismo, o primeiro interesse de qualquer empresário, quando depara com uma oportunidade de negócios no ambiente estatal, é buscar saber a lucratividade ou a taxa de retorno envolvida no empreendimento. O segundo passo, por sua vez, é compreender os riscos correlatos, tanto os intrínsecos como os extrínsecos ao projeto.

De fato, existem riscos bastante conhecidos que recaem sobre as contratações estatais no Brasil, fruto não apenas de um voluntarismo recor-

rente dos governantes, mas também da corrupção e de outras práticas pouco republicanas arraigadas no setor público, e que se traduzem na quebra unilateral de contratos, na suspensão inadvertida de sua execução ou na mudança unilateral das condições pactuadas, sem a devida compensação. Enfatiza Ronaldo Fiani, a propósito de investimento em ativos específicos (como é o caso das concessões estatais e das parcerias público-privadas), que é problema frequente “a ameaça de suspensão da transação contratada por uma das partes, em função de suas demandas visando à revisão das condições originalmente estipuladas, de modo a obter condições mais vantajosas do que aquelas inicialmente contratadas”,¹ o que pode levar, “em alguns casos mais graves, até mesmo à interrupção da transação, até que a parte que promove a ameaça de suspensão da transação tenha a sua demanda atendida”.²

Os referidos riscos poderiam ser perfeitamente minimizados se a resposta judicial a esses problemas fosse célere e desprovida de um viés fazendário. Juízes estatais, mediante provocação, determinariam o imediato e liminar cumprimento dos contratos e, em um prazo razoável, condenariam o Estado a ressarcir o investidor prejudicado. Assim, não só inibiriam a quebra de contratos, como, ainda, ao reduzirem os custos de transação correlatos, melhorariam sensivelmente o ambiente de negócios com o Estado, atraindo novos *players* para o mercado estatal, gerando contratos mais eficientes e, em última análise, viabilizando a entrega de serviços públicos de melhor qualidade.

A realidade do Poder Judiciário no Brasil, contudo, é diametralmente oposta à idealizada. Processos judiciais são lentos e dificilmente chegam ao final. O congestionamento processual, que já é imenso nas ações en-

1. FIANI, Ronaldo. *O problema dos custos de transação em parcerias público-privadas em infraestrutura*. Texto para Discussão, No. 2261, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2016, p. 16.

2. *Ibidem*.

volvendo apenas as partes privadas, é ainda mais significativo nos litígios que envolvem a Fazenda Pública. Disputas de maior complexidade técnica e de relevante dimensão econômica, além de exigirem perícias demoradas, passam por todas as instâncias judiciárias, até que se tenha o trânsito em julgado da sentença.³ Encerrada a fase de conhecimento, o particular precisa ainda deflagrar a execução⁴ e, após superá-la, inscrever o crédito na fila de precatórios, segundo o regime previsto no art. 100⁵ da Constituição Federal.

Processos sem-fim, associados a uma visão protetiva do erário público, podem ser bons, em uma visão simplista e imediata, para os entes públicos. Evitam desembolsos, protelam condenações. A advocacia pública ganha mais causas; tende a se sagrar vencedora nas disputas judiciais, com mais frequência. Quando perde, os processos nunca chegam ao final. Em médio prazo, contudo, as consequências são devastadoras para aqueles que investem em concessões e parcerias público-privadas, aumentando significativamente o custo de transação e prejudicando sensivelmente o ambiente de negócios com o Estado. Reduz-se a competição, majoram-se os preços e, ainda, estimulam-se práticas não muito republicanas. Muitos desistem de contratar com o Poder Público, ante os riscos envolvidos. Ao

3. A teor do art. 502 do CPC, entende-se por coisa julgada material (ou trânsito em julgado), “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

4. A execução contra a Fazenda Pública encontra-se disciplinada no art. 910 do CPC, que assim dispõe: “Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias. § 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal. § 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. § 3º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535”.

5. “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

passo que aqueles que insistem em empreender em negócios estatais, naturalmente, embutem os riscos envolvidos no preço.⁶

É nesse sentido que se sugere, neste trabalho, que a arbitragem, tal e qual disciplinada na Lei nº 9.307/1996, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/2015,⁷ pode servir como um importante aliado na inadiável cruzada nacional pela redução dos custos de transação com o Estado, por permitir que as controvérsias com os entes estatais sejam resolvidas com muito mais rapidez, de forma definitiva, por um órgão essencialmente técnico e neutro, igualmente investido de jurisdição.⁸

A perspectiva teórica a ser adotada é a da teoria dos custos de transação. Pretende-se, neste ensaio, mediante a análise de dados secundários, contrastar o tempo de demora dos processos judiciais com aquele que se observa nos procedimentos arbitrais, de modo a evidenciar, a partir

6. SCHMIDT, Gustavo da Rocha. “Métodos de solução de conflitos aplicados aos projetos de desestatização e parcerias de investimentos: the do’s and dont’s”. In: *Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem — CBA: Administração Pública e Arbitragem*. Organizadores: Debora Visconte; Giovanni Ettore Nanni; Lucas de Medeiros Diniz, São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020, p. 279.

7. Com a sanção da Lei nº 13.129/2015, também chamada de Reforma da Lei de Arbitragem, que alterou a redação da Lei nº 9.307/1996, nela introduzindo um § 1º em seu art. 1º, passou o ordenamento jurídico brasileiro a prever, textualmente e de forma ampla, o uso da via arbitral pela Administração Pública, para “dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Reforçou isso a edição, já no ano de 2021, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Reza, a propósito, o art. 151 da Lei nº 14.133/2021: “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

8. Sobre a natureza jurisdicional do juízo arbitral, confira-se: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45; THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2, p. 12, nov./dez. 1999; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 123/129; NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem e prescrição*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22-24; FARIA, Marcela Kohlbach de. *Ação anulatória de sentença arbitral: aspectos e limites*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 26-32; SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 96; SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à lei de arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2021, p. 4.

da aplicação prática da teoria dos custos de transação, os benefícios que seriam gerados com a utilização mais efetiva do instituto da arbitragem pela Administração Pública.

O argumento ora defendido tem lastro na tese de que a adoção, pela Administração Pública, de uma via de resolução de conflitos mais célere, técnica e neutra, por gerar maior segurança jurídica nas contratações públicas, reduziria os preços praticados, atrairia novos concorrentes para o mercado estatal e incrementaria a eficiência contratual, inclusive com efeitos positivos e benéficos para os cidadãos na qualidade dos serviços públicos prestados.⁹ Poderia servir, na dicção de Bruno Meyerhof Salama, para “garantir maior segurança e previsibilidade ao particular, bem como aumentar os incentivos ao correto adimplemento do contrato o que, a fortiori, levará a uma proposta mais vantajosa para o Poder Público”.¹⁰ Em outras palavras, a escolha pela arbitragem se justificaria economicamente na medida do seu potencial de proporcionar melhores preços para a Administração Pública.

Para tanto, o presente artigo está dividido em três tópicos. Primeiro, faz-se uma breve incursão no campo da teoria dos custos de transação, com o objetivo não apenas de compreendê-la, mas também de explicitar sua aplicação prática na esfera das contratações estatais e, em especial, a forma como o emprego do juízo arbitral pode impactar na redução dos custos de transação com o Estado. Em seguida, realiza-se uma análise compara-

9. “Como se vê, nada justifica a resistência ainda existente, no âmbito da advocacia pública, ao emprego da arbitragem como método de solução de conflitos. Ao contrário, a opção por uma via mais célere e neutra tende a atender, de forma mais efetiva, o interesse público primário. Isso porque a arbitragem oferece as condições necessárias para atrair novos players para o “mercado” estatal. Muitos atores que não estavam dispostos a contratar com o Poder Público, ante os riscos envolvidos, passam a se interessar em investir em projetos estatais. Maior segurança jurídica reduz preços, gera contratos mais eficientes, o que reflete, inclusive, na qualidade dos serviços públicos prestados em parceria com o setor privado, em que o destinatário final é o cidadão” (SCHMIDT, op. cit., p. 280).

10. SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 395-404.

tiva, sob a perspectiva teórica e dogmática, das vantagens do emprego da arbitragem em comparação com a resolução de litígios pela justiça estatal. Mais adiante, contrastam-se os dados do Relatório “Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, com aqueles colhidos junto às principais câmaras de arbitragem do Brasil, extraindo-se, da análise promovida, algumas conclusões sobre os efeitos que a adoção da via arbitral pode ter na esfera dos contratos administrativos. Ao final, compendiam-se algumas importantes conclusões a respeito do assunto, sendo possível antever, desde logo, que a via arbitral pode servir como um importante instrumento para a redução dos custos de transação com a Administração Pública.

2. A teoria dos custos de transação e os meios de resolução de conflitos

A teoria dos custos de transação parte do pressuposto de que as organizações têm como principal propósito reduzir os custos de operação dos sistemas econômicos.¹¹ Nas origens da teoria, encontra-se a obra de Ronald Coase,¹² em particular o chamado Teorema de Coase, que afirma que, não havendo custos de transação (ou seja, se os custos de transação fossem iguais a zero), a lei se tornaria irrelevante, assim como outras instituições econômicas, como a empresa. Coase argumenta que, dadas as circunstâncias favoráveis, o intercâmbio privado tem a capacidade de alocar direitos jurídicos de forma perfeitamente suficiente. Gregory Mankiw sintetiza o teorema da seguinte forma:

-
11. ARROW, Kenneth Joseph. “The Organizational of Economic Activities: Issues pertinent to the Choice of Market *versus* Nonmarket Allocation”. In: *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPB System*. U.S. Joint Economic Committee of Congress, 91st Session, Washington, D.C., 1969, p. 56-73. Disponível em: <http://www.uvm.edu/~jdericks/EE/Arrow2.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.
 12. COASE, Ronald Harry. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics* 3 (October), 1960, p. 1-44.

Os agentes privados podem solucionar o problema das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo no qual todos fiquem em uma situação melhor e o resultado seja eficiente.¹³

O ponto levantado por Coase era o de que a existência dos custos de transação fora até então ignorada pela teoria econômica, e que sua inconteste relevância em toda a atividade econômica invalidava boa parte das conclusões a que se havia chegado até então.¹⁴ Para Oliver Williamson, essa teoria vê “o problema da organização econômica como um problema de contratação”.¹⁵

A teoria considera dois tipos de custos de transação: aqueles que ocorrem antes da execução (*ex-ante*) e os que ocorrem após (*ex-post*).¹⁶ Os custos *ex-ante* incluem a negociação do contrato, sua redação e o estabelecimento de salvaguarda para as eventualidades previstas e para a proteção dos direitos das partes. Já os custos *ex-post* são normalmente imprevisíveis e tendem a ocorrer de forma randômica, podendo derivar, entre outras razões, de dificuldades de relacionamento entre as partes, de mudanças nas condições pactuadas pelas partes, por efeito de fatos estranhos e externos ao contrato, de correções de rumo em função do desalinhamento de expectativas ou de novas informações e até mesmo de custos de eventuais disputas (sejam conduzidas no sistema judiciário, sejam por mecanismos privados). Em transações que envolvam entes ou empresas de nacionalidades distintas, as diferenças do ambiente regulatório e cultural podem aumentar os custos de transação, por interferirem tanto nos custos *ex-ante* como nos custos *ex-post*.

13. MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 198.

14. COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988.

15. WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

16. *Ibidem*.

Efeito de tudo isso é que, sobretudo em contratos mais complexos, as negociações perduram, inclusive, ao longo da execução do contrato. Bem alerta Williamson, no sentido de que a necessidade de as negociações prosseguirem ao longo da vigência do contrato deriva de duas condições próprias do comportamento humano: racionalidade limitada (*bounded rationality*) e oportunismo.¹⁷

A racionalidade limitada é fruto de aspectos cognitivos que são da própria natureza humana. Embora o ser humano seja racional em suas intenções, apresenta limitações óbvias em sua capacidade de armazenamento e processamento de informações, e também em sua capacidade de usar a linguagem para expressar suas vontades e desejos. O indivíduo também apresenta limitações de conhecimento e de habilidades. Além disso, na esfera das relações econômicas, os agentes privados e públicos estão expostos à necessidade de prever o futuro em situações complexas, situações em que há um grande número de variáveis intervenientes e cujas inter-relações são desconhecidas.

Já o oportunismo parte do pressuposto de que o indivíduo age em interesse próprio e de que poderá usar de má-fé ou abusar intencionalmente da relação estabelecida no contrato.¹⁸

Como não é possível conhecer *a priori* as intenções futuras da outra parte, faz-se necessário prever as possíveis contingências *ex-ante*, mas a racionalidade limitada, a incerteza (ou seja, a incapacidade de se estimar a probabilidade de ocorrência de determinados eventos) e os comportamentos oportunistas tornam essa tarefa impossível. Em decorrência disso, Oliver Williamson percebe que a racionalidade limitada torna impraticável a celebração de um contrato que leve em conta todas as possibilidades futuras. Até porque aceitar promessas futuras não especificadas, ante o

17. *Ibidem*.

18. WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: The Free Press, 1975.

comportamento frequentemente oportunista dos agentes econômicos, seria algo, no mínimo, ingênuo.¹⁹

Muito embora os autores citados tenham desenvolvido seus estudos principalmente no contexto das relações entre agentes privados, os custos de transação também se encontram presentes, evidentemente, nas relações contratuais travadas entre os entes estatais e as empresas. Assim, a título ilustrativo, Trevor Brown e Matthew Potoski chamam a atenção para as limitações de administradores públicos municipais na contratação de serviços, indicando que tais contratações enfrentam “risco substancial de desperdício, fraude e serviços de má qualidade”.²⁰ Por sua vez, um estudo dos custos associados a contratos governamentais com empresas privadas mostrou que os custos *ex-ante* incorridos pelo governo são proporcionalmente maiores para serviços mais complexos e menores quando já há experiência anterior com os contratados.²¹ Resultados similares foram encontrados quando da análise dos custos de transação incorridos por empresas em contratos públicos: mais baixos para produtos de menor risco e quando há relação prévia com o governo.²² Tudo a confirmar que, quanto menos complexos forem os contratos, mais instantânea for sua execução e mais previsível o cumprimento das condições acordadas, menores serão os custos de transação.

Evidentemente, se o ajuste envolve apenas a entrega de medicamentos, os problemas que podem surgir (desconsiderados os riscos extrínsecos

19. WILLIAMSON, Oliver Eaton. “The Logic of Economic Organization”. In: WILLIAMSON, Oliver Eaton; WINTER, Sidney Graham (orgs.). *The Nature of the Firm: origins, evolution and development*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 90-116.

20. BROWN, Trevor L.; POTOSKI, Matthew. “Transaction Costs and Contracting: the Practitioner Perspective”, *Public Performance & Management Review*, v. 28, n. 3, março de 2005, p. 326.

21. PETERSEN, Ole Helby et al. “Measuring and Managing *ex ante* Transaction Costs in Public Sector Contracting”, *Public Administration Review*, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/puar.13048>. Acesso em: 21 jul. 2021.

22. PETERSEN, Ole Helby; POTOSKI, Matthew; BROWN, Trevor L. “Businesses’ Transaction Costs when Contracting with Governments: the Impact of Product Complexity and Public Contract Management Experience”, *International Public Management Journal*, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/10967494.2021.1898500>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ao contrato) limitam-se, para o Poder Público, na não entrega dos produtos adquiridos, na entrega de remédios fora da validade ou na entrega de medicamentos fora das especificações. Ao passo que, para o particular, o risco maior seria o inadimplemento do Poder Público, com o não pagamento. Já em contratos mais complexos e duradouros, como, por exemplo, um contrato de concessão com prazo de vigência de 30 (trinta) anos, para a prestação de serviços aeroportuários, com previsão de obras de ampliação e de reforma de terminais já existentes, de implantação de pistas de pouso, de área comercial e de esteiras para transporte de bagagens etc., os custos de transação são infinitamente maiores e os riscos correlatos imprevisíveis, até mesmo para o mais racional dos agentes. Nem todos os itens estarão previstos nas planilhas de preços ou nos orçamentos feitos. Mudanças nos preços de *commodities* e no câmbio podem afetar, radicalmente, as obrigações contratadas no curso do tempo. Alterações na legislação tributária afetarão potencialmente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A eleição de novos governantes poderá alterar as políticas públicas para o setor. E eventuais comportamentos oportunistas, como, por exemplo, a corrupção (mas não se limitando a ela), podem impactar diferentes aspectos do contrato. Sem falar de fatos extraordinários, totalmente imprevisíveis e inevitáveis, como a pandemia Covid-19, a qual fez despencar, no mundo todo, o número de viagens aéreas e o deslocamento de passageiros.

É natural supor que boa parte dos contratos (desde os mais simples até os mais complexos, mais duradouros e com mais espaço para comportamentos oportunistas) gerará disputas no decorrer de sua execução ou, até mesmo, ao seu término. Assim, mecanismos de solução de disputas eficazes se tornam necessários e essenciais para reduzir os custos de transação nas contratações públicas.

Na acurada percepção de Jonathan Macey, “um objetivo importante de um sistema jurídico bem desenvolvido é criar regras que reduzam os

custos de transação enfrentados pela contratação privada”.²³ Isso vale também, obviamente, para os contratos com a Administração Pública. Ocorre que, no entender de Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn,

tanto no Direito como na Economia, pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Essa seria uma das razões que explicariam o uso generalizado dos contratos como instrumento organizador da atividade econômica e, em especial, das transações realizadas através do mercado. Sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações e trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restritas a pequenos grupos. Como observa Williamson, a Economia e o Direito fazem essa suposição sem se indagar, com a devida profundidade, em que medida ela corresponde aos fatos [...] Para esse autor, o hiato entre o desempenho teórico do Judiciário e aquele observado na prática é uma das razões por que a atividade econômica, por vezes, se organiza de formas não canônicas, buscando reduzir custos de transação e preservar relações que envolvam investimentos específicos. Em especial, a impossibilidade de elaborar contratos suficientemente completos, a dificuldade de garantir a sua aplicação nos tribunais e o interesse das empresas em proteger relações de longo prazo do inevitável desgaste de uma demorada e imprevisível disputa judicial fazem com que a própria atividade econômica se organize de forma a evitar conflitos e permitir a adaptação dos contratos.²⁴

23. MACEY, Jonathan R. “Transaction Costs and the Normative Elements of the Public Choice Model: an Application to Constitutional Theory”, *Virginia Law Review*, v. 74, 1988, p. 472.

24. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel apud TAVARES, Thiago Nóbrega. *Arbitragem e custos de transação*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2015, p. 244.

Oliver Williamson realça, em especial, que há muito está superada a suposição geral de que as decisões judiciais seriam eficazes para a solução de disputas contratuais, apontando que métodos extrajudiciais de solução de conflitos podem ser bem mais eficientes.²⁵ De fato, um amplo estudo realizado na América Latina mostra a percepção generalizada de ineficiência do sistema judicial para resolver litígios.²⁶ Esse ponto de vista é compartilhado por Alejandro Ponieman, ao afirmar que “as cortes na América Latina são burocráticas, sobrecarregadas e lentas em responder”.²⁷ A ineficiência do sistema judicial, na opinião do autor, explicaria o porquê da adoção crescente na região de mecanismos alternativos de resolução de disputas.²⁸

3. Processo arbitral x processo judicial: vantagens comparativas

É de se perquirir, neste ponto, em que medida a via arbitral, como método extrajudicial de solução de conflitos, pode contribuir para a redução dos custos de transação com o Poder Público.

A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de litígios. Nela, a controvérsia é equacionada por um terceiro escolhido pelas partes (o árbitro), imparcial e especialista na temática controvertida, o qual, nos limites da convenção arbitral, de forma semelhante ao juiz estatal, decide quem tem razão, aplicando o Direito ao caso concreto. Enquanto isso, na esfera do Poder Judiciário, o litígio é dirimido por um juiz concursado,

25. WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

26. BUSCAGLIA, Edgardo; UKEN, Thomas. “A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America”, *International Review of Law and Economics*, v. 17, nº 2, 1997, p. 275-291.

27. PONIEMAN, Alejandro. “How Important is ADR to Latin America?”, *Dispute Resolution Journal*, v. 58, n. 1, 2003, p. 65-66, 2003.

28. *Ibidem*.

igualmente imparcial, escolhido por sorteio, sem que necessariamente seja um *expert* na matéria em discussão.

A opção pelo procedimento arbitral, em detrimento do exercício de jurisdição estatal, perpassa a análise, por cada uma das partes envolvidas, dos custos e benefícios (ou vantagens) incidentes sobre cada um dos aludidos meios de solução de controvérsias. Inclusive, conforme lecionam Antonio Celso Pugliese e Bruno Meyerhof Salama, “a arbitragem pode ser entendida, do ponto de vista econômico, como a oferta de modelo de solução de controvérsias que compete com o modelo estatal de jurisdição”.²⁹

Intuitivamente, é possível vislumbrar, sem a necessidade de maiores reflexões, algumas vantagens na opção pelo juízo arbitral como mecanismo de resolução de conflitos. Vantagem, na definição do *Dicionário Michaelis*,³⁰ é uma “condição de superioridade em relação a outras pessoas”, instituições ou coisas; “situação de quem esta à frente dos demais numa competição”. Só há que se falar em vantagem, como se vê, sob uma perspectiva comparativa, contrastando posições, situações ou coisas. É nesse contexto que devem ser avaliadas as vantagens no emprego da via arbitral: comparando-a com a justiça estatal, com o processo judicial.

Os arbitralistas,³¹ ainda que com algumas variações de percepção sobre o tema, tendem a indicar os seguintes benefícios na utilização da arbitragem como método heterocompositivo de solução de litígios: (i) celeridade do procedimento; (ii) especialização dos árbitros (*expertise* técnica); (iii)

29. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. “A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor”, *Revista Direito FGV*, São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 4 (1), jan./jun., 2008, p. 21.

30. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=vkoDV>. Acesso em: 23 jul. 2021.

31. Por tantos outros: CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116-118; SPINOLA, Eduardo. “A convenção de arbitragem — uma abordagem prática”. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (orgs.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 16-19; TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. “Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, jul-set, 2005, p. 54-57.

envolvimento das partes na indicação dos árbitros, com a confiança neles que vem a reboque; (iv) autonomia dos contratantes na delimitação do direito material aplicável; (v) flexibilidade na definição do procedimento a ser seguido para a resolução do conflito; (vi) confidencialidade (o que é inaplicável nos litígios com a Fazenda Pública); e (vii) preservação do relacionamento das partes envolvidas na disputa.

Em especial, a rapidez na solução do conflito, associada a julgamentos técnicos e mais especializados, traz maior previsibilidade às decisões, tanto no que diz respeito ao tempo necessário para se ter uma sentença final como em relação ao conteúdo do julgado e ao resultado da disputa. Nesse sentido, a via arbitral, como método de solução de litígios, seria comparativamente mais rápida, mais técnica e, por consequência, juridicamente mais segura do que o processo judicial, permitindo a entrega mais célere e qualificada da prestação jurisdicional.

Contribui muito para a rapidez do procedimento arbitral a irrecorribilidade das decisões.³² Com efeito, a sentença arbitral não é suscetível de recursos e, quando proferida, tem caráter final e definitivo, dispensando homologação judicial, nos exatos termos do art. 18³³ da Lei de Arbitragem. Perante o Poder Judiciário, de outro modo, os processos estão sujeitos a diversos e infundáveis recursos, até as cortes superiores, a depender do caso concreto, o que se reflete direta e radicalmente no tempo de tramitação processual.

Isso (a irrecorribilidade), contudo, não é condição suficiente, por si só, para assegurar a prolação de sentença em prazo razoável. A celeridade procedimental exige diligência dos árbitros e disponibilidade para a condução

32. GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADR'S., Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

33. “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

do procedimento.³⁴ Nessa linha, estatui o art. 13, § 6º, da Lei 9.307/96 que, “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção”. É dever que recai sobre os julgadores, na arbitragem, o de zelar pelo princípio da razoável duração do processo. Não é por outra razão que, na prática da arbitragem, as câmaras exigem o preenchimento de questionários, com indagações a respeito da disponibilidade do árbitro para a causa.³⁵

A disponibilidade de tempo e de recursos de um tribunal arbitral para avaliar em detalhes temas tecnicamente complexos é, via de regra, infinitamente superior à de um juiz estatal. Não há tanto espaço, no âmbito do juízo arbitral, para o populismo jurídico, para argumentos *ad terrorem* ou para teses genéricas, lastreadas no princípio da supremacia do interesse público. Até porque “o árbitro, porque é escolhido para julgar apenas aquela causa, tende a se preocupar mais com as nuances específicas do

34. “O dever de diligência guarda relação com o zelo e a atenção do árbitro com o procedimento arbitral, para que a sentença seja prolatada em prazo razoável e a instrução transcorra da melhor forma possível. Atualmente, partes que estão mais acostumadas em litigar na arbitragem, antes de nomear um árbitro, o questionam em quantos procedimentos ele está atuando naquele momento. Também as instituições arbitrais têm encaminhado questionários aos árbitros, indagando se dispõem de tempo suficiente para processar e julgar a arbitragem. Caso se considere que o árbitro não tem disponibilidade para a causa, a parte fica autorizada a nomear outro profissional, precisamente em respeito ao dever de diligência referido na Lei” (SCHMIDT, Gustavo da Rocha et al., op. cit., p. 83-84).

35. Assim, a título exemplificativo, dispõe o item 4.6 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC: “4.6. A Secretaria do CAM-CCBC informará às Partes e aos árbitros sobre as indicações realizadas. Nesta oportunidade, os árbitros indicados serão solicitados a preencher Questionário de Conflitos de Interesse e Disponibilidade do CAM-CCBC, abreviadamente denominado Questionário, no prazo de 10 (dez) dias”. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 23 jul. 2021. Em sentido semelhante, o item 5.1 do Regulamento de Arbitragem da CAMARB: “5.1 — No prazo de 10 (dez) dias do recebimento da declaração de disponibilidade, independência e imparcialidade ou da informação de que trata o item 4.11, qualquer das partes poderá impugnar o árbitro que não atenda aos requisitos da convenção de arbitragem ou de legislação eventualmente aplicável, incorra em qualquer das hipóteses de impedimento ou suspeição previstas na lei de arbitragem, ou não possua a disponibilidade para atuar no procedimento arbitral” (Regulamento de Arbitragem da CAMARB. Disponível em: <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>. Acesso em: 20 jul. 2021).

caso, sem se deixar influenciar por eventuais efeitos que a sua decisão pode ter sobre as finanças estatais, do que o juiz togado”³⁶

Evidentemente, para que as decisões tenham a qualidade técnica projetada, os árbitros devem ser verdadeiros especialistas na temática controversa, com conhecimento do setor regulado e, ainda, dos aspectos técnicos envolvidos na disputa.³⁷ Já que a *expertise* técnica é, por natureza, o conhecimento compartilhado por uma comunidade de especialistas, espera-se que qualquer julgamento prolatado por um perito da área seja, além de mais qualificado, mais previsível.

Neil Andrews, inclusive, atrela à *expertise* dos árbitros certa noção de que o contratante se tornaria mais propenso a cumprir com o pactuado, com o receio de que eventual descumprimento não escape à análise de especialistas na matéria, racionalidade que não seria aplicada caso o juízo competente para dirimir o conflito fosse um generalista, sem *expertise* específica nos aspectos técnicos controvertidos, como é comumente o caso do juiz estatal.³⁸

É nesse contexto que assume especial importância a participação das partes na formação do Tribunal Arbitral.³⁹ Permite-se, com ela, que os li-

36. SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Métodos de solução de conflitos aplicados aos projetos de desestatização e parcerias de investimentos: the do's and don't's*. In: Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem — CBAr: Administração Pública e Arbitragem. Organizadores: Debora Visconte; Giovanni Ettore Nanni; Lucas de Medeiros Diniz. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020, p. 280.

37. “A *expertise* do árbitro é um dos principais atrativos comerciais da arbitragem, juntamente, entre outros, com a celeridade, a confidencialidade e a flexibilidade do procedimento. As partes, na maioria das vezes, elegem a via arbitral, pois consideram que podem indicar um árbitro que é especialista no tema sob disputa, fugindo do magistrado, não raramente um generalista, sem o necessário conhecimento técnico para julgar causa de tamanha complexidade” (SCHMIDT, Gustavo da Rocha et al., op. cit., p. 84).

38. ANDREWS, Neil. “Global Perspectives on Commercial Arbitration”, *Revista de Processo — RePro*, ano 36, 201, nov. 2011.

39. Sobre a importância da participação das partes na formação do tribunal arbitral, veja: NEVES, José Roberto Castro. “A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem”. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (orgs.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 565-594.

tigantes escolham não só árbitros de sua confiança, mas, sobretudo, julgadores com relevante *expertise* na matéria objeto da disputa. A especialidade dos membros do painel arbitral é, portanto, consequência natural do fato de que cabe às partes a escolha dos árbitros responsáveis por decidir a contenda, de modo que, enquanto no processo em trâmite perante a justiça comum, sujeito à livre distribuição, o julgador tende a ser um generalista, sem qualquer nível de conhecimento técnico sobre a matéria controvertida, na arbitragem as partes podem facilmente fazer a opção por especialistas na temática em discussão, garantindo, assim, que a causa será decidida com propriedade, adequação e à exaustão.

Contrastando o processo judicial com o procedimento arbitral, Steven Schavell⁴⁰ e Neil Andrews⁴¹ apontam que, se o litígio for levado ao Poder Judiciário, os custos de transação atrelados serão elevados, diante da lentidão da justiça estatal, do elevado grau de incerteza quanto ao processo decisório e ao conteúdo das decisões, da falta de especialidade do julgador em relação à matéria contendida, além dos custos indeterminados com advogados e com toda a burocracia processual.

Nesse contexto, é possível enxergar a opção pela arbitragem como uma escolha que busca minimizar o risco judicial e, portanto, os custos de transação decorrentes da morosidade processual, da ausência de especialidade dos juízes estatais, da imprevisibilidade das decisões judiciais e até mesmo, no campo das relações com a Administração Pública, de certa ausência de neutralidade do Poder Judiciário em matérias de Direito Público.

Para Lauro Gama,⁴² a percepção acima revela que a arbitragem pode ser um instrumental valioso para resolver questões complexas, em especial disputas

40. SHAVELL, Steven. "Alternative Dispute Resolution: an Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 1, 1995, p. 11.

41. ANDREWS, Neil, op. cit.

42. SOUZA JR., Lauro da Gama. "Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)", *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 241, jul.-set. 2005, p. 150.

com a Administração Pública, como aquelas que podem surgir no bojo de contratos de concessão e nas parcerias público-privadas (as chamadas PPPs), envolvendo altas cifras e enormes investimentos. Essa é a lição do ilustre arbitralista:

Afora sua utilidade em determinadas relações — seja pela especialização dos árbitros, pelo custo reduzido ou pela celeridade do rito —, a arbitragem destina-se igualmente à concretização de valores constitucionais dirigidos, especificamente, ao Poder Público. Penso, especialmente, no princípio da eficiência (CF, artigo 37, *caput*) e no direito fundamental de razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, artigo 5º, LXXVIII).⁴³

Observadas as boas práticas internacionais, a utilização, pelo Poder Público, do juízo arbitral pode melhorar significativamente o ambiente de negócios na esfera estatal. A celeridade na solução dos litígios, acompanhada de decisões técnicas e previsíveis, gera segurança jurídica. E segurança jurídica reduz os custos de transação.

4. O tempo procedimental em dados

É inegável que, se não o maior, um dos aspectos que interfere radical e decisivamente nos custos de transação é a morosidade do Poder Judiciário. O contraste teórico, feito no capítulo anterior, sugere que a arbitragem seria um procedimento muito mais célere do que o processo judicial.

Os dados analisados confirmam a teoria. Tomou-se por base, para a compreensão do tempo que se leva para a conclusão das arbitragens no Brasil, o “Relatório Anual 2019 — Fatos e Números”⁴⁴ da CAM-CCBC, assim como

43. *Ibidem*.

44. *Relatório Anual 2019 – Fatos e Números*, São Paulo: CAM-CCBC, 2020. Disponível em: https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/49659/1594157004Relatrio_anual_de_Arbitragem_CAM-CCBC_2019_Portugus.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

o trabalho de pesquisa desenvolvido por Selma Lemes, intitulado “Arbitragem em Números e Valores”.⁴⁵ Assim, foi possível aferir que o tempo médio de duração dos procedimentos arbitrais iniciados no CAM-CCBC, entre os anos de 2017 e 2019, gira em torno de 13,2 (treze vírgula dois) meses, prazo contado a partir da assinatura do termo de arbitragem⁴⁶ até a prolação da sentença arbitral final. Levando-se em conta, por sua vez, as oito maiores câmaras de arbitragem no Brasil,⁴⁷ conforme fez Selma Lemes, o número sobe ligeiramente, passando a corresponder a um tempo médio total de 18,8 (dezoito vírgula oito) meses. A instituição arbitral responsável pela tramitação mais rápida, a AMCHAM, apresentou uma duração procedimental média de 9,4 (nove vírgula quatro) meses.

Por sua vez, conforme o Relatório “Justiça em Números”,⁴⁸ do CNJ, o tempo médio de um processo judicial envolvendo a União, em primeiro grau apenas, é de 36 (trinta e seis) meses (ou três anos — Figura 1). O julgamento em segundo grau demora mais 29 (vinte e nove) meses (ou dois anos e cinco meses — Figura 1). A execução judicial, por sua vez, só em primeiro grau, leva mais 49 (quarenta e nove) meses (ou quatro anos e uym mês). Há ainda a possibilidade de novo recurso para o segundo grau, com previsão

45. LEMES, Selma. “Arbitragem em números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos: Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.)”, 2019, p. 1-9. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

46. É verdade que o corte temporal feito, tendo por termo inicial a assinatura do tempo de arbitragem, não revela com exatidão o tempo tomado para a solução de um litígio arbitral. Isso porque, como sabido, existe um lapso de tempo considerável desde a apresentação do pedido de instauração do procedimento arbitral até que o tribunal esteja constituído e o termo de arbitragem seja assinado. Nada que altere o argumento, mas há que se considerar que a assinatura do termo pode demorar de 2 (dois) meses a 1 (um) ano para acontecer.

47. Para uma lista das principais instituições arbitrais do país, confira-se o *ranking* do ano de 2021, elaborado por importante e reconhecida publicação internacional, a prestigiada *Leaders League* (disponível em: <https://www.leadersleague.com/pt/rankings/resolucao-de-conflitos-ranking-2021-camaras-de-arbitragem-brasil>. Acesso em: 30 jun. 2021). Nela se vê, com clareza, a posição de destaque das câmaras de arbitragem consideradas no presente estudo, no cenário nacional.

48. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 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: 21 jul. 2021.

média de mais 29 (vinte e nove) meses. Nesse sentido, um processo contra a União Federal demora em média, na Justiça Federal, 144 (cento e quarenta e quatro) meses, ou 12 (doze) anos.

Figura 1.

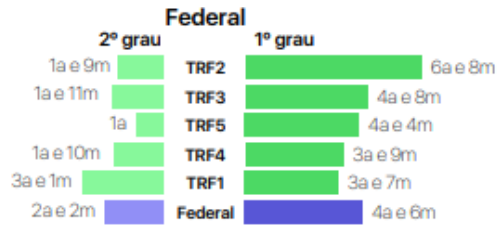
Tempo médio do processo baixado na Justiça Federal⁴⁹



Parece claro, por relevante, que a morosidade apresentada na tramitação dos processos na Justiça Federal guarda estreita ligação com a execução dos julgados, como se depreende dos números expostos na Figura 2, abaixo.⁵⁰

49. *Ibidem*, p. 41.

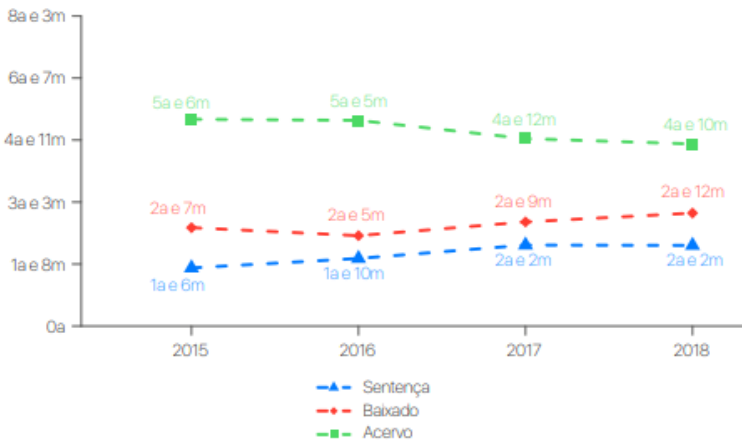
50. A explicação do fluxo contido no diagrama é apontada no próprio estudo: “O diagrama apresentado na Figura 74 ilustra o fluxo de funcionamento do sistema recursal do Poder Judiciário. Os círculos correspondem às instâncias e aos tribunais que recebem processos judiciais. As linhas e suas respectivas setas indicam os caminhos possíveis que um processo pode percorrer na hipótese de recurso. Em cada instância/ tribunal, é demonstrado o número de casos novos originários e recursais, bem como os percentuais de recorribilidade interna e externa. Nota-se que quanto maior a instância, maior o índice de recorribilidade, tanto externa quanto interna. Os Tribunais Superiores acabam se ocupando, predominantemente, de casos eminentemente recursais, os quais correspondem a 87,5% de suas cargas de trabalho. Situação similar ocorre no 2º grau. A Justiça do Trabalho e a Justiça Federal correspondem aos segmentos com maior proporção de casos novos de 2º grau em grau de recursos: 96,8% e 97%, respectivamente. Nos Tribunais Estaduais, a proporção é de 79,7%, nos Tribunais Regionais Eleitorais, 35,7%, e nos Tribunais de Justiça Militar, 69,9%”. (*Ibidem*, p. 120.)

Figura 2⁵¹

Da Figura 3, por sua vez, depreende-se o tempo de tramitação dos processos judiciais na Justiça Federal, a partir de três indicadores: “o tempo médio da inicial até a sentença, o tempo médio da inicial até a baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31/12/2018”, sendo certo que “[a]s maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 1 mês) e da Justiça Estadual (6 anos e 2 meses)”.⁵² A Figura 3 é autoexplicativa:

Figura 3.

Série histórica do tempo médio de duração dos processos⁵³



51. Ibidem, p. 156.

52. Ibidem, p. 178.

53. Ibidem, p. 151.

Os dados apresentados confirmam, de fato, que o procedimento arbitral é muito mais rápido do que o processo judicial. Nada obstante, não se pode ignorar, como bem ensina Luiz Roberto Ayoub, que,

enquanto o órgão juiz possui o que o Direito Romano chama de *iurisdictio* e o *imperium*, ou seja, o poder de conhecer e julgar uma lide e também o poder de executar uma sentença, o árbitro só possui a *iurisdictio*, o que representa uma opção de política estatal, dando a este apenas o poder de fazer justiça, por convenção das partes, devidamente autorizado pelo Estado. Estas características peculiares ensejam que o legislador vislumbrou uma integração entre a autoridade judiciária e o árbitro, no sentido de aquele, revestido pelo poder coercitivo do Estado, garantir a efetivação da decisão deste último, sem que haja qualquer intervenção de um na esfera do outro.⁵⁴

Se assim é, mesmo que a via arbitral seja infinitamente mais célere do que a via judicial, há que se considerar que, caso não promova a União Federal o pagamento voluntário da dívida cristalizada na sentença arbitral, caberá ao particular deflagrar a competente execução judicial, na forma do art. 15, *caput*,⁵⁵ do Decreto nº 10.025/2019, suportando os mesmíssimos ônus do tempo que recaem sobre quem litiga na Justiça Federal. Livra-se o contratado da morosidade do Judiciário na fase de conhecimento, mas não na fase de execução.

Ainda assim, a vantagem no emprego da arbitragem não desaparece por completo, quer porque há um ganho de tempo que não pode ser desprezado no processo de conhecimento, quer porque existem deci-

54. AYOUN, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo — uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 79.

55. “Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso”.

sões arbitrais que, por sua natureza, dispensam a execução do julgado, quer ainda porque já existem, na legislação brasileira, mecanismos para viabilizar a execução automática de créditos, com lastro apenas na sentença arbitral, conforme previsão contida no § 2º,⁵⁶ do art. 15, do Decreto nº 10.025/2019, sem que haja a necessidade de deflagração da execução prevista no art. 910 do CPC, combinado com o art. 100 da Constituição Federal.

Deve-se lembrar que, na Justiça Federal, o tempo de processamento de um processo judicial, na fase de conhecimento, entre a primeira e a segunda instâncias, é, em média, de 63 (sessenta e três) meses. Isso — repita-se — em média. O prazo em questão tende a ser muito maior em casos de maior complexidade técnica e de dimensão econômica mais significativa (que é a medida correta de comparação com os procedimentos arbitrais), haja vista a necessidade de realização de perícia técnica, além do caráter singular da demanda (que impede o julgamento massificado). Ademais, é perfeitamente possível que a sentença arbitral pretendida pelo particular tenha caráter meramente desconstitutivo, afastando penalidade aplicada ou reconhecendo a nulidade do contrato ou de uma de suas cláusulas. Pode ainda estabelecer obrigação de fazer (ou não fazer), sem que haja a necessidade de pagamento de qualquer valor pelo Poder Público. Nessas hipóteses, fica dispensada a execução judicial, ou pelo menos a inscrição em precatório, o que reduz bastante o tempo para a solução do litígio.

Pode ainda o painel arbitral, mediante recomposição tarifária, determinar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão,

56. “§ 2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I – instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II – compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III – atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira”.

nos exatos termos do art. 15, § 2º, I, do aludido Decreto nº 10.025/2019. Além disso, na forma da avença firmada pelas partes, está autorizado a determinar, por sentença, a “compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas” (veja art. 15, § 2º, II, do decreto citado). Em tal hipótese, deverão os árbitros, promovidas as devidas compensações, indicar eventual saldo devido, em sendo o caso. Por fim, desde que haja previsão contratual/legal, o tribunal arbitral pode estabelecer que o pagamento seja efetivado por terceiro, como se admite nos contratos previstos na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04, art. 16, § 1º),⁵⁷ por fundo específico, de natureza privada e dotado de patrimônio próprio, constituído, justamente, com a “finalidade de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais”. Nesse caso, havendo inadimplemento do Poder Público, o particular, para obter a satisfação de seu crédito, fica autorizado a acionar o fundo, sem ter de respeitar o regime de precatórios previsto no art. 100 da Carta Maior.

Tudo isso nos leva a concluir que, apesar dos inúmeros desafios ainda existentes, a arbitragem, por sua maior celeridade em relação aos processos judiciais, pode, sim, servir como valioso instrumento para a redução dos custos de transação nas contratações públicas, a viabilizar ajustes mais eficientes e, em última análise, serviços públicos de melhor qualidade.

57. “Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. § 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.”

5. Conclusões

Espera-se que, ao cabo deste artigo, esteja claro que a arbitragem pode, efetivamente, servir como um importante aliado na busca pela redução dos custos de transação com o Estado, por permitir que as controvérsias com os entes estatais sejam resolvidas com muito mais rapidez (em comparação com o processo judicial), de forma definitiva, por órgão dotado de *expertise* técnica e, igualmente, investido de jurisdição.

A via arbitral, ao conferir maior segurança jurídica no cumprimento dos contratos administrativos, pode contribuir para a redução dos preços praticados, a atração de novos *players* para o mercado estatal e a própria eficiência contratual, com reflexos positivos e benéficos, inclusive na qualidade dos serviços públicos.

Os dados analisados confirmam que o tempo médio para a resolução de um conflito por um juízo arbitral é bem menor que aquele exigido para uma solução definitiva no Poder Judiciário. Sem prejuízo, cabe reconhecer que, se houver necessidade de deflagração de execução judicial, em virtude da ausência de pagamento voluntário da dívida cristalizada na sentença arbitral, a aptidão da arbitragem para reduzir os custos de transação com a Administração Pública reduz-se bastante, sobretudo pela morosidade da justiça estatal em dar cabo do processo executivo.

Ainda assim, as vantagens na utilização da arbitragem pelo Poder Público não desaparecem por inteiro, seja porque há um ganho de tempo que não pode ser desprezado no processo de conhecimento, seja pela existência de decisões arbitrais que, por sua natureza, dispensam a execução judicial, seja ainda pelo fato de que a legislação brasileira já dispõe de alguns interessantes mecanismos para viabilizar a execução automática de créditos, com lastro na sentença arbitral, sem que se faça necessário deflagrar processo executivo judicial ou de inscrição em precatório.

Referências

- ANDREWS, Neil. “Global Perspectives on Commercial Arbitration”, *Revista de Processo* — RePro, ano 36, n. 201, nov. 2011.
- ARROW, Kenneth Joseph. “The Organizational of Economic Activities: Issues Pertinent to the Choice of Market *versus* Nonmarket Allocation”, *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPB System*. U.S. Joint Economic Committee of Congress, 91st Session, Washington, D.C., 1969, p. 56/73. Disponível em: <http://www.uvm.edu/~jdericks/EE/Arrow2.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo* — uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BROWN, Trevor L.; POTOSKI, Matthew. “Transaction Costs and Contracting: the Practitioner Perspective”, *Public Performance & Management Review*, v. 28, n. 3, março de 2005.
- BUSCAGLIA, Edgardo; UKEN, Thomas. “A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America”, *International Review of Law and Economics*, vol. 17, n.º 2, 1997.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.
- _____. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics* 3 (October), 1960.
- FARIA, Marcela Kohlbach de. *Ação anulatória de sentença arbitral: aspectos e limites*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- FIANI, Ronaldo. *O problema dos custos de transação em parcerias público-privadas em infraestrutura*. Texto para Discussão, n. 2261. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2016.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRs, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LEMES, Selma. “Arbitragem em números e valores. Oito Câmaras. 2 anos: Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.), 2019, p. 1/9”. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- MACEY, Jonathan R. “Transaction Costs and the Normative Elements of the Public Choice Model: an Application to Constitutional Theory”, *Virginia Law Review*, vol. 74, 1988.

- MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson Learning, 2006.
- NEVES, José Roberto Castro. “A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem”. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (orgs.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem e prescrição*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PETERSEN, Ole Helby; POTOSKI, Matthew; BROWN, Trevor L. “Businesses’ Transaction Costs when Contracting with Governments: the Impact of Product Complexity and Public Contract Management Experience”, *International Public Management Journal*, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/10967494.2021.1898500>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- PETERSEN, Ole Helby et al. “Measuring and Managing *ex ante* Transaction Costs in Public Sector Contracting”, *Public Administration Review*, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/puar.13048>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- PONIEMAN, Alejandro. “How Important is ADR to Latin America?”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, n. 1, 2003, p. 65-66, 2003.
- PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. “A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor”, *Revista Direito FGV*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 4 (1), jan. /jun. 2008, p. 21.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. “Análise econômica da arbitragem”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018.
- _____. “Métodos de solução de conflitos aplicados aos projetos de desestatização e parcerias de investimentos: the do’s and dont’s”. In: *Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem — CBAr: Administração Pública e Arbitragem*. Organizadores: Debora Visconte; Giovanni Ettore Nanni; Lucas de Medeiros Diniz, São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020.
- _____; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à lei de arbitragem*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.
- SHAVELL, Steven. “Alternative Dispute Resolution: an Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 1, 1995.
- SOUZA JR., Lauro da Gama. “Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)”, *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 241, jul.-set. 2005.

- SPINOLA, Eduardo. “A convenção de arbitragem — uma abordagem prática”. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- TAVARES, Thiago Nóbrega. *Arbitragem e custos de transação*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2, nov./dez. 1999.
- TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. “Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, jul.-set., 2005.
- WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York: The Free Press, 1975.
- _____. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.
- _____. “The Logic of Economic Organization”. In: WILLIAMSON, Oliver Eaton; WINTER, Sidney Graham (orgs.). *The Nature of the Firm: Origins, Evolution and Development*. New York: Oxford University Press, 1993.



O procedimento de suspensão das execuções fiscais à luz da Análise Econômica do Direito: um exame das consequências da Portaria 520/2019 da PGFN

Larissa Fernandes de Oliveira

1. Introdução

O presente trabalho busca compreender, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, as consequências possíveis da Portaria PGFN nº 520/2019, principalmente em relação ao aspecto comportamental dos contribuintes, do ponto de vista econômico e legal, considerando ainda a interação entre Direito Tributário e Direito Administrativo no que diz respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

O principal questionamento é: A possibilidade de suspensão das execuções fiscais sem um limite de valor importa em violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público por parte da Administração Tributária?

Para tanto, este trabalho analisa portarias da Procuradoria da Fazenda Nacional, mais precisamente a Portaria PGFN nº 520/2019, e do Ministério da Fazenda, bem como estudos do Conselho Nacional de Justiça e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). A Portaria PGFN nº 520/2019 faz parte de um pacote de ações adotado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, iniciado em 2018 pela Portaria PGFN nº 33/2018, que visa tornar a cobrança judicial dos créditos tributários mais seletiva e eficaz, concentrando em dívidas de elevado valor e com maiores chances de recebimento.

Inicialmente, o presente trabalho tece considerações sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público e sobre o Direito Tributário, mais precisamente sobre a (in)disponibilidade do crédito tributário. Posteriormente, realiza-se a análise do procedimento de suspensão de execuções fiscais com fundamento na Portaria PGFN nº 520/2019, bem como de sua relação com o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, vez que este é considerado receita pública. Por fim, tecem-se algumas observações sobre as consequências da suspensão das execuções fiscais com fundamento na portaria em discussão, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, demonstrando que regulamentações como a prevista na Portaria da PGFN nº 520/2019 correspondem, na prática, a uma renúncia tácita da cobrança de créditos tributários sem limite de valores.

2. A indisponibilidade do interesse público aplicada à cobrança do crédito tributário

O Direito Administrativo tem dois pilares: supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. Essa última significa que os interesses da coletividade não estão livremente disponíveis aos administradores, ou seja, são inapropriáveis. Segundo José dos Santos Carvalho Filho,¹

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 34.

as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estatal estará inquinada de desvio de finalidade.

Na atualidade, em que pese não haver uma divisão clara entre Direito Público e Direito Privado, é inegável que o Direito Tributário pertence ao ramo do Direito Público, guardando estreita ligação, portanto, com o Direito Administrativo. Frise-se que, em ambos os ramos do Direito, existe uma relação vertical entre Estado e administrados e entre Fisco e contribuintes. Segundo Paulo Caliendo,² o Direito Tributário aborda a relação entre o administrado-contribuinte e a Administração Tributária. Esse entendimento foi defendido por autores como Geraldo Ataliba.

Nesse sentido, o Direito Tributário, que possui uma administração própria para orientar as atividades ligadas à arrecadação de tributos, sofre a influência de princípios do Direito Administrativo, notadamente o princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, a Administração Tributária deve pautar suas condutas na busca pela satisfação do interesse público.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está associado aos deveres e obrigações inerentes à Administração Pública e, consequentemente, à Administração Tributária, não sendo facultado à autoridade competente deixar de arrecadar tributos por mera liberalidade. Vejamos o que afirma Luiz Felipe Monteiro Seixas:³

O interesse público, enquanto conceito jurídico, possui um elevado grau de indeterminação. Em uma acepção ampla, o interesse público é resultante

2. CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018, p. 27.

3. SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. "Execuções fiscais e interesse público em matéria tributária: uma análise de Direito e Economia", *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 123, jul.-ago. 2015.

do somatório dos interesses individuais, quando estes coincidem para a consecução do bem coletivo, do bem comum. Há a necessidade de haver uma coincidência dos diferentes interesses individuais em jogo, de modo que dos diversos interesses individuais seja desenvolvido um interesse comum a todos, que passará a ser um perseguido pelo Estado.

Observando o art. 3º do Código Tributário Nacional, é possível notar que a indisponibilidade do crédito tributário é elemento inerente ao conceito de tributo. Vejamos:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Dessa forma, o crédito tributário devidamente constituído por meio de lançamento importa em receita pública em potencial, devendo ser obrigatoriamente exigido pela autoridade competente. A exigência dos tributos da sociedade é medida legítima da Administração Pública quando se trata da gestão de bens públicos, uma vez que a receita arrecadada é ou pelo menos deveria ser destinada ao custeio de benefícios voltados à sociedade.⁴

O Código Tributário Nacional confere ao lançamento tributário a natureza de atividade administrativa vinculada exatamente por se estar discutindo a constituição de uma receita pública em potencial, em atendimento aos interesses da Administração Pública.⁵

Assim, a vinculação da atividade de cobrança do tributo decorre do fato de ele ser instituído por lei e se configurar como uma prestação com-

4. PARISI, Fernanda Drummond. “Transação tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário”. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

5. SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro, *op. cit.*

pulsória. A autoridade tributária não pode analisar se é conveniente ou oportuno cobrar tributo. A cobrança é feita de forma vinculada, sem concessão de qualquer margem de discricionariedade ao administrador. Frise-se que o princípio da legalidade é inerente ao Direito Tributário, o que importa na obrigação de a Administração Tributária atuar em estrita consonância com a lei.

Logo, qualquer conduta que importe em disposição do crédito tributário, por meio de concessão de isenção, anistia, suspensão de execuções fiscais ou qualquer outro instrumento não previsto em lei ou que ultrapasse os limites já previstos, importa em violação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

3. O procedimento de suspensão das execuções fiscais com fundamento na portaria nº 520/2019 da PGFN

A execução fiscal, instrumento previsto na Lei nº 6.830/80, é o meio pelo qual a Fazenda Pública efetua a cobrança de créditos tributários não adimplidos, não se permitindo inovações em sede de execução. A atuação do agente público encontra-se vinculada à legislação, não apresentando margem para discricionariedades. Recentemente, foi publicada, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, a Portaria PGFN nº 520/2019, de 27 de maio de 2019, que alterou a Portaria PGFN nº 396, de 20 de abril de 2016.

A Procuradoria da Fazenda Nacional implantou, em 2016, por meio da Portaria PGFN nº 396, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), que permitia a suspensão de execuções fiscais.⁶ O art. 20 da cita-

6. OLIVEIRA, Charles. “Análise dos efeitos do projeto grandes devedores na arrecadação dos créditos em dívida ativa da União e do FGTS”. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.

da portaria previa a possibilidade de suspensão das execuções fiscais cujo valor consolidado fosse igual ou inferior a um milhão de reais. Vejamos:

Art. 20. Serão suspensas, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei 6.830, de 1980, as execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais, desde que não conste nos autos garantia útil à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado.

Com o advento da Portaria PGFN nº 520/2019, uma nova possibilidade de suspensão das execuções fiscais foi acrescida ao art. 20 da Portaria PGFN nº 396: os casos em que os créditos são considerados irrecuperáveis ou de baixa perspectiva de recuperação. Ocorre que, mesmo com tal previsão, a Procuradoria da Fazenda Nacional, na própria Portaria PGFN nº 520/2019 ou em qualquer outro instrumento normativo, não especificou claramente o que são créditos considerados irrecuperáveis ou de baixa perspectiva de recuperação, de forma que o contribuinte seja informado do método empregado para a análise de seu crédito.

Segundo nota emitida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, os critérios estariam previstos na Portaria n.º 293/2017 do então Ministério da Fazenda. Tal norma criou o Índice Geral de Recuperabilidade (IGR), um complexo sistema de cálculo por meio de um *rating* bidimensional, envolvendo características dos créditos e características dos contribuintes. Trata-se de uma sistemática complexa que boa parte dos contribuintes sequer tem a capacidade de entender. Na prática, foi criada uma nova possibilidade de suspensão das execuções fiscais de quaisquer valores e sem limite.

Nesse norte, foi suscitado um critério de suspensão das execuções fiscais e, conseqüentemente, da cobrança de créditos tributários, sem o devido amparo legal, podendo o agente público requerer a suspensão da execução independentemente do valor executado, não obedecendo à limitação inicial de um milhão de reais. Tal situação viola, entre tantos princípios do Direito Tributário, o princípio da indisponibilidade do

interesse público, visto que o crédito tributário, objeto de cobrança nas execuções fiscais, é receita pública, sendo, portanto, de interesse de toda a coletividade. Dessa forma:

O interesse público revela-se, pois, como o interesse da coletividade, resultante do conjunto de interesses que os cidadãos individualmente têm quando considerados membros da sociedade, e que merece ser perseguido como objetivo, bem como protegido pelo Estado.⁷

Não se defende aqui a não criação de instrumentos normativos que busquem maiores eficiência, celeridade e economicidade no âmbito da cobrança dos créditos tributários, mas, sim, que existam critérios claros quanto à possibilidade de suspensão das execuções fiscais em âmbito federal, pois, atualmente, execuções de qualquer valor podem ser suspensas. A conjuntura atual não permite que os contribuintes tenham acesso total e transparente aos critérios para saber como seu crédito foi avaliado.

Por meio da atual redação da Portaria PGFN nº 520/2019, é possível a suspensão de execuções fiscais com valor consolidado superior a um milhão de reais, o que afeta a segurança jurídica na busca pela recuperação de créditos, já que a execução de créditos bilionários, desde que considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação, pode ser suspensa e, posteriormente, a execução fiscal ser extinta.

Um consectário lógico do pedido de suspensão da execução fiscal por parte da PGFN, que, na prática, se traduz em uma desistência tácita do processo executivo, é a possibilidade de prescrição intercorrente, já que, se o processo permanecer suspenso por mais de cinco anos ininterruptos, ocorrerá a extinção definitiva da obrigação, liberando, assim, o devedor. No Direito Tributário, especialmente, a prescrição intercorrente consiste

7. FERREIRA, Daniela Figueiredo Oliveira França. “Transação tributária e interesse público”, *Cadernos de Finanças Públicas*, n. 12, dezembro de 2012.

na perda do direito de o Fisco cobrar o crédito tributário constituído por meio do lançamento.⁸

Nesse sentido, é possível observar que a Procuradoria da Fazenda Nacional tem adotado diversas medidas com o objetivo de concentrar esforços em execuções fiscais com valores superiores a um milhão de reais e considerados passíveis de recuperação. Tal situação se dá, em parte, pela necessidade de otimizar as atividades diante da escassez de recursos e de mão de obra, o que é plenamente compreensível. No entanto, o Fisco não pode criar normativas que importem em requerimento de suspensão de execuções sem a devida clareza necessária aos atos da Administração Pública, abrindo mão da execução de créditos sem a correspondente e devida análise de impacto.

4. Um exame das consequências da portaria nº 520/2019 da pgfn sob a visão da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito surgiu na década de 1960, como consequência do realismo jurídico norte-americano, diante da necessidade de se enxergarem os acontecimentos jurídicos de forma mais realista. O realismo jurídico surgiu ainda na década de 1920, como uma teoria de ensino jurídico e do Direito. Passou, então, a haver uma desconstrução do pensamento jurídico clássico. O Direito passou a ser diretamente influenciado por fatos sociais.⁹

De maneira objetiva, o Direito e a Economia buscam, em algum grau, avaliar as consequências prováveis das decisões judiciais, dos atos administra-

8. CASTANHEIRA, Natiele Henriques. “Prescrição intercorrente nas execuções fiscais e no procedimento administrativo”, *Revista Juris UniToledo*, v. 4, n. 01, 2019.

9. AZEVEDO, Lyza Anzanello de. “A análise econômica do direito e o realismo jurídico norte-americano”, *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 10, n. 2, p. 256-273, 2018.

tivos e das normas jurídicas, levando em consideração aspectos econômicos, sociais, comportamentais, políticos e legais. A Análise Econômica do Direito pode ser entendida como a utilização de conceitos da Economia para tentar compreender as situações do Direito. Não se trata de analisar o ramo jurídico ou o ramo econômico, mas, sim, a relação entre ambos. Nesse sentido:

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 das 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 consequências.¹⁰

Nesse sentido, cabe à Análise Econômica do Direito responder a questionamentos como: Quais são os custos das execuções fiscais? É vantajoso para o Estado efetuar tais cobranças? É possível criar mecanismos de cobrança mais eficientes que os processos judiciais?

Obviamente, a cobrança judicial de créditos tributários gera custos que devem ser considerados no momento da propositura de ações, bem como nos requerimentos de suspensão e dispensa de contestar em processos que já se encontram em curso. No entanto, mesmo essas situações, que, a princípio, visam tornar mais efetiva a cobrança de créditos tributários, devem ser analisadas, visto que importam em consequências diretas e indiretas. Como consequência direta, tem-se a redução da quantidade de execuções fiscais a serem administradas pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Como consequência indireta, tem-se o aumento da possibilidade de ocorrer a prescrição intercorrente.

A Portaria PGFN nº 520/2019, como já assinalado, permite que a Procuradoria da Fazenda Nacional requeira a suspensão de execuções fiscais

10. GICO, Ivo T. "Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito", *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan.-jun. 2010.

de qualquer valor, não estipulando um limite máximo, que antes era limitado a um milhão de reais. No entanto, não se realizaram estudos de impacto para compreender as consequências da suspensão das execuções fiscais sem limite de valor.

Segundo dados obtidos em um estudo desenvolvido pelo Ipea,¹¹ o tempo médio de uma execução fiscal federal é de 3.571 dias (nove anos, nove meses e 16 dias), e o custo médio é de R\$ 5.606,67 (cinco mil, seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos). Com base nesse estudo, a PGFN deixou de ajuizar cobrança de créditos inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ocorre que, mesmo que o parâmetro para requerimento de suspensão fosse superior a vinte mil reais, nada justifica a inexistência de limites.

Sob a visão consequencialista da Análise Econômica do Direito, observa-se que a possibilidade de suspensão de execuções fiscais vultuosas sem a clareza dos impactos gerados provoca implicações sérias às finanças públicas, principalmente em razão do desestímulo ao adimplemento dos tributos por parte dos contribuintes, resultando, assim, em possível queda de receita.

O pedido de suspensão por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional, com fundamento na Portaria PGFN nº 520/2019, importa, na prática, em uma desistência tácita da execução fiscal. Assim, os contribuintes podem recorrer a esse instrumento para mitigar os efeitos das cobranças judiciais. Considerando que o prazo de prescrição intercorrente é de cinco anos, a suspensão com fundamento na portaria importa em extinção da execução fiscal em um prazo médio de seis anos.

É importante frisar que a Portaria PGFN nº 520/2019 se traduz em um ato de disposição do Procurador Geral da Fazenda Nacional em relação à cobrança do crédito tributário — crédito que constitui receita pública e, portanto, sofre a influência do princípio da indisponibilidade do interesse

11. CUNHA, Alexandre dos Santos et al. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Comunicados do Ipea n. 127. Brasília: Ipea, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf.

público. Assim, atos dessa natureza violam inúmeros princípios aos quais a Administração Tributária está vinculada, como, por exemplo, o princípio da legalidade, já que o próprio conceito de tributo se traduz como receita pública de arrecadação plenamente vinculada.

Não raramente os contribuintes que têm execuções fiscais envolvendo créditos tributários vultosos, acima de um milhão de reais, conhecem meios de ocultação de patrimônio. Dessa forma, a criação de mais uma possibilidade de suspensão estimula a ocorrência de fraude nas execuções fiscais, tendo em vista que o Fisco, por vezes, não dispõe de meios para detectar transferências de propriedade após a inscrição em dívida ativa.

A suspensão de execuções fiscais com fundamento na Portaria PGFN nº 520/2019 atinge alguns contribuintes, como, por exemplo, os devedores contumazes. A inadimplência tributária contumaz é uma espécie de inadimplência prolongada no tempo. No entanto, é realizada de forma planejada, sendo utilizada, inclusive, como estratégia de mercado. Trata-se de uma prática comum em ramos nos quais a tributação é elevada e a margem de lucro é baixa.¹² Nesse sentido, além do desestímulo ao adimplemento dos tributos por parte dos contribuintes, medidas como a Portaria PGFN nº 520/2019 importam, na prática, em desistência da cobrança de créditos, que, quando considerados em conjunto, impactam, de forma drástica, nas receitas públicas.

Nesse contexto, não resta dúvida de que qualquer processo gera custos, tanto para as partes como para o Estado. No âmbito das execuções fiscais, essa situação não é diferente. Segundo dados do CNJ,¹³

os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram

12. FRIAS, Achilles. “O problema do devedor contumaz: identificação e política pública para combater”. Tese (Doutorado em Direito). Fundação Getúlio Vargas, Brasília, 2021.

13. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019.

baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018.

O fato é que se deve atentar não apenas para o objetivo de reduzir o número de execuções fiscais, o que, de fato, ocorreu com o advento da Portaria nº 326, da Procuradoria da Fazenda Nacional, mas também para a forma como isso tem sido feito e para as consequências daí advindas.

Na prática, a suspensão de execuções fiscais cuja prescrição posteriormente será declarada, e o devedor, liberado, importa em renúncia de receita. E esse ato de renunciar a dinheiro público gera intensa repercussão social, política e econômica, assemelhando-se aos gastos públicos.¹⁴ Assim, criar hipóteses de suspensão das execuções fiscais, como o que ocorreu com a edição da Portaria PGFN nº 520/2019, implica concordar com a renúncia tácita à cobrança de créditos tributários bilionários e, conseqüentemente, com a liberação do devedor. Criar hipóteses sem um mínimo de transparência pode provocar consequências devastadoras na recuperação de créditos e estimular o inadimplemento de créditos tributários.

5. Considerações finais

Este trabalho buscou analisar, de forma sucinta e sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, se a possibilidade de suspensão de execuções fiscais sem um limite de valor importa em violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público por parte da Administração Tributária.

Como observamos, a possibilidade de suspensão das execuções fiscais sem um limite de valor importa em violação ao princípio da indisponi-

14. SILVA, Antonio Pereira et al. "Os efeitos da renúncia de receita pública sobre o orçamento da seguridade social", *Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social*, v. 16, n. 1, 2018.

bilidade do interesse público, pois tal situação, não raramente, ocasiona, posteriormente, a extinção da cobrança judicial e a liberação do devedor.

Nesse sentido, não é a demasiada quantidade de execuções fiscais nem a escassez de mão de obra da Procuradoria da Fazenda Nacional que justificam a adoção de medidas voltadas à redução do número de execuções em efetivo andamento. Por outro lado, não se nega a necessidade de se tornarem as cobranças de crédito tributário mais efetivas e eficazes. Instrumentos normativos como a Portaria PGFN n.º 520/2019 favorecem contribuintes com vultosos débitos e que não têm a intenção de adimpli-los, visto que, possivelmente suas cobranças serão extintas.

Nesse contexto, é dever da Administração Pública criar mecanismos mais eficientes que possibilitem o andamento do maior número possível de execuções fiscais, prestigiando o princípio da indisponibilidade do interesse público. Isso pode ser feito a partir do aparelhamento da Procuradoria da Fazenda Nacional, com maior fiscalização do patrimônio dos contribuintes após a inscrição em dívida ativa.

É preciso realizar estudos que orientem a elaboração de políticas voltadas à eficiência da cobrança, aumentando, conseqüentemente, o valor arrecadado com as execuções fiscais, e não apenas a redução das execuções fiscais sem que isso se reflita em eficiência.

Referências

- CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CASTANHEIRA, Natiele Henriques. “Prescrição intercorrente nas execuções fiscais e no procedimento administrativo”, *Revista Juris UniToledo*, v. 4, n. 01, 2019.
- CONSELHO Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019.
- CUNHA, Alexandre dos Santos et al. “Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional”. Comunicados do Ipea n. 127. Bra-

- sília: Ipea, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf
- SILVA, Antonio Pereira et al. “Os efeitos da renúncia de receita pública sobre o orçamento da seguridade social”. *Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social*, v. 16, n. 1, 2018.
- DE AZEVEDO, Lyza Anzanello. “A análise econômica do direito e o realismo jurídico norte-americano”, *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 10, n. 2, p. 256-273, 2018.
- FERREIRA, Daniela Figueiredo Oliveira França. “Transação tributária e interesse público”, *Cadernos de Finanças Públicas*, n. 12, dez. 2012.
- FRIAS, Achilles. “O problema do devedor contumaz: identificação e política pública para combater”. Tese de Doutorado — Fundação Getulio Vargas. Brasília, 2021.
- GICO, Ivo T. “Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito”, *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan.-jun. 2010.
- OLIVEIRA, Charles. “Análise dos efeitos do projeto grandes devedores na arrecadação dos créditos em dívida ativa da União e do FGTS”. Dissertação de Mestrado — Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro, 2020.
- PARISI, Fernanda Drummond. “Transação tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário”. Tese de Doutorado em Direito — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.
- SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. “Execuções fiscais e interesse público em matéria tributária: uma análise de Direito e Economia”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 123, jul.-ago. 2015.

O problema do erro e o dilema decisório da Justiça Criminal

*Thiago Pinheiro Corrêa
Lucas Thevenard*

1. Apresentação do problema

1.1 Prólogo: a sala de audiência criminal

A sala de audiência criminal é um ambiente carregado, solene. O clima costuma ser de apreensão. De um lado, o Ministério Público acusa. De outro, o réu se defende.

É na audiência criminal que ambas as partes apresentam suas testemunhas, as quais assumem, “sob palavra de honra, o compromisso de dizer a verdade do que souber[em] e lhe[s] for perguntado”.¹ Ministério

1. Cf. o art. 203 do Código de Processo Penal (CPP): “Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua ativi-

Público e Defesa formulam as perguntas diretamente às testemunhas. Onde estava no momento do crime? Com quem estava? O que viu? Algumas perguntas são difíceis. Podem dizer respeito a algum relacionamento anterior com o réu ou com a vítima. Relacionamentos às vezes simples; outras vezes, conturbados. Nem sempre as testemunhas são cooperativas ou prestam testemunhos críveis. Às vezes precisam ser lembradas de que a mentira ou o silêncio doloso podem configurar crime de falso testemunho.²

É na audiência criminal que as vítimas relatam os detalhes do crime. Como foi cometido: mediante emprego de violência ou grave ameaça? Furtivamente? Em que momento foi cometido: à luz do dia ou na calada da noite? Em que circunstâncias foi cometido: na rua ou em sua residência? Quais são as consequências do crime em sua vida: seus bens foram subtraídos, algum familiar ou amigo perdeu a vida? Sofreu algum dano físico ou psicológico? A vítima nutre alguma expectativa de reparação? E talvez o mais importante: quem cometeu o crime? A vítima reconhece, na sala de audiências, o autor do crime?

É na audiência criminal que, ao acusado — inocente até prova em contrário³ —, será oferecida a oportunidade de se defender pessoalmente, assegurando-se-lhe “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁴ Mesmo quando já foi preso, a lei lhe garante esse direito.

dade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”.

2. Cf. o art. 342 do Código Penal (CP): “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.
3. Cf. o art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988): “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
4. Cf. o art. 5º, LV da CRFB/1988: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

E, se está efetivamente preso, o nível de tensão na audiência é ainda maior. Nesse caso, entra na sala de audiências algemado, escoltado. Em geral, esse é um momento difícil para sua família.

Ao ser interrogado, o réu — sempre assistido por advogado⁵ — pode confirmar, ou não, a acusação e oferecer a sua versão dos fatos. Contradizer as testemunhas de acusação. Ratificar o depoimento das testemunhas de defesa. Afirmar que tudo não passa de um equívoco, que nunca esteve naquele local ou naquele momento. Que nunca viu a vítima e não faz ideia de quem ela seja. Falar, contudo, não é uma obrigação. A lei lhe garante o direito de permanecer em silêncio, de não produzir prova contra si próprio, sob pena de tais provas serem imprestáveis durante o julgamento.⁶ Falar ou permanecer em silêncio?

Finalizados os depoimentos orais, o caso está pronto para ser julgado. Será por meio de uma sentença que o(a) magistrado(a) afirmará, em resumo, duas conclusões. A primeira: se o crime efetivamente aconteceu, ou seja, se os fatos apontados pelo Ministério Público foram provados (materialidade). A segunda: tendo chegado à conclusão de que o crime foi cometido, se foi o réu quem o cometeu (autoria). Decretada a condenação, a defesa sustenta que a sentença está equivocada: o Ministério Público não conseguiu provar a culpabilidade do réu. O sentenciante avaliou mal as provas apresentadas.

-
5. Cf. o art. 5º, LXIII da CRFB/88: “LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” e artigo 185, § 5º do CPP: “Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”.
6. Entre outros: artigo 5º, LVI da CRFB/88: “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; artigo 13, III da Lei 13.869/19 (lei de abuso de autoridade): “Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: III – produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro”; e artigo 186 do CPP: “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Se mantida, a condenação representará uma grave injustiça a ser reparada pelas cortes superiores. Decretada a absolvição, o Ministério Público sustenta que a sentença está equivocada: a prova de culpabilidade é evidente. O sentenciante avaliou mal as provas apresentadas. Se mantida, a absolvição representará uma grave injustiça — especialmente para a vítima e seus familiares —, a ser reparada pelas cortes superiores.⁷

1.2 Das vicissitudes humanas ao desafio técnico

A descrição do ambiente de uma sala de audiências criminais nos oferece um exemplo caricato do funcionamento da Justiça Criminal, mas, com ele, pretendemos demonstrar que os debates a respeito de como ela é — ou deve ser — administrada são complexos. A Justiça Criminal é, por um lado, emoção: raiva, medo, satisfação, impotência, vingança, reparação, redenção. Esses sentimentos e outros estão associados à própria condição humana, e o que acontece numa sala de audiências dessa natureza constitui uma metáfora interessante a respeito da vida, de suas vicissitudes e contradições.

No entanto, quaisquer que sejam as “misérias do processo penal”,⁸ deve-se reconhecer, na Justiça Criminal, também um aspecto técnico: *presume-se* que o réu é inocente até *prova em contrário*, de modo que sua culpa deve ser demonstrada, pelo Ministério Público, para além da dú-

7. Mesmo o eventual trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória não impede futuras impugnações. Os artigos 621 a 631 do CPP preveem o instituto da “revisão criminal”, processo autônomo que pode ser ajuizado a “qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após” (art. 622) e que será admitido nas seguintes hipóteses: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

8. CARNELUTTI, Francesco; HILDEBRANDI, Antônio Roberto. *As misérias do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Pilares, 2009. Disponível em: <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/177305>. Acesso em: 26 set. 2021.

vida razoável, resguardando-se a existência de um procedimento em que se garantam o *contraditório* e a *ampla defesa*, além de *recursos a instâncias superiores*. Os meios pelos quais o Estado estabelece a culpabilidade de um indivíduo decorrem de mecanismos jurídicos: são instrumentos processuais que, por meio de procedimentos públicos, buscam assegurar racionalidade, imparcialidade e respeito aos direitos básicos dos cidadãos. Tais mecanismos jurídicos constituem uma garantia contra resultados enviesados e discriminatórios. São, portanto, mecanismos inspirados na razão.

Emoção e razão: é esse, precisamente, o delicado equilíbrio da Justiça Criminal.

Apontar o caráter técnico do processo penal significa, nesse contexto, ressaltar que o debate sobre a administração da Justiça Criminal não pode ser travado somente com os olhos voltados para dentro do conflituoso e emotivo ambiente de uma sala de audiências. É preciso pensá-la de forma mais ampla e desapaixonada, de modo a se reconhecer — para o bem e para o mal — que seu desenho institucional é fruto de decisões políticas tomadas por determinado grupo social em um período histórico específico.⁹

Visto sob o aspecto institucional, o desenho do regime processual penal sempre envolverá escolhas difíceis. Como será organizada a atividade de investigação criminal? Qual será o nível de participação da defesa ao longo do procedimento? O órgão julgador será ativo na busca da “verdade” ou será deferente em relação à atuação das partes? O procedimento será público ou correrá em segredo de justiça? Prevalecerá a palavra falada ou a escrita? A participação da defesa técnica é obrigatória, facultativa ou, até mesmo, proibida? Será um juiz (ou juíza) togado? Haverá júri? Admite-se a barganha entre as partes? Se sim, qual é sua extensão? Quais são

9. DAMAŠKA, Mirjan R. et al. (orgs.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*. Oxford; Portland, Or: Hart Pub, 2008.

os *standards* de prova necessários a uma condenação? Qual será a amplitude do sistema recursal?

Essas são perguntas difíceis e, para elas, não há respostas fechadas, absolutamente certas e aplicáveis a todos os casos. Há, sim, respostas aceitáveis ou inaceitáveis, a depender do referencial a partir do qual se parte. Em um Estado que se pretenda de Direito, a cidadania detém, necessariamente, níveis mais intensos de “blindagem” em relação à persecução penal. O Direito e o processo devem servir, nesse contexto, como uma barreira apta a impor dificuldades (sérias dificuldades) à pretensão do Estado de aplicar uma pena.

Essa “blindagem” — débil ou inexistente em Estados autoritários —, no entanto, não deve ser absoluta a ponto de impedir que a eventual e episódica restrição de liberdade ocorra nos casos específicos em que há amplas evidências de que o acusado, de fato, cometeu um crime. O Estado de Direito reserva os tipos penais para condutas que são consideradas graves violações a valores sociais relevantes. Nesse contexto, Estados de Direito não são avessos ao processo penal: são avessos a um processo penal incapaz de impor limites adequados à persecução penal e que, por isso, tornam-na arbitrária, seletiva ou irracional. Estados democráticos que valorizam as liberdades individuais não devem abrir mão de uma Justiça Criminal que garanta, ao mesmo tempo: (i) a punição parcimoniosa dos culpados e (ii) a absolvição — ou, preferencialmente, a não persecução — dos inocentes.

Essa complexa equação, a seu turno, é enfrentada pela formatação do procedimento penal. Quanto mais complexo e rigoroso for o procedimento, ou seja, quanto mais elevados forem os custos impostos à acusação — quanto mais barreiras e filtros jurídicos separarem o Ministério Público de uma sentença penal condenatória —, menor será a probabilidade de uma condenação. O inverso, por sua vez, também é verdadeiro: quanto menores forem os custos impostos ao Ministério Público, maiores serão as probabilidades de condenação.

Ao comentar o processo penal americano, Lippke¹⁰ afirma que se aceita, de forma mais ou menos ampla, que sua “estrutura probatória” tenha sido desenhada justamente “para tornar difícil que o governo convença juízes ou jurados da validade de acusações dirigidas contra os indivíduos”. Desse modo, seria “natural acreditar que o propósito desse alto nível de exigência de prova, em particular, seja prevenir os erros de condenações indevidas”. No entanto, prossegue ele, também se reconhece que “esse alto nível também torna mais provável a ocorrência de erros do tipo oposto, ou seja, erros de absolvição indevida. E pode produzir muito mais erros desse segundo tipo do que evitar erros do primeiro tipo”.¹¹ Em outras palavras, quanto mais rigorosa for a “estrutura probatória” de determinado sistema de justiça, menor será a probabilidade de um inocente ser condenado, mas, ao mesmo tempo, maior será a probabilidade de um culpado ser inocentado.

Um dos grandes desafios associados à estruturação da Justiça Criminal consiste em impedir que os resultados do processo penal sejam *aleatórios*,¹² ou seja, desassociados ou insensíveis à realidade dos fatos.

10. LIPPKE, Richard L. “Justifying the Proof Structure of Criminal Trials”, *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 17, n. 4, p. 323-346, 2013.

11. Tradução própria do trecho: “(...) to make it hard for the for the government to convince judges or juries of the validity of the charges it has lodged against individuals. It is natural to believe that the purpose of the high standard of proof, in particular, is to prevent errors of mistaken conviction. In doing so, however, the standard also makes likely the occurrence of errors of the opposite kind, that is, ones of mistaken acquittal. And it might produce many more of the latter kind of errors, than it precludes the former kind”. Ibidem, p. 323-324.

12. Posner identifica relação direta entre a acurácia dos procedimentos e o poder do sistema de Justiça Criminal de desestimular comportamentos (dissuasão, ou *deterrence*). Afirma que o custo esperado de punição será determinado não apenas pelo conteúdo da condenação e pela probabilidade de o indivíduo ser condenado quando é culpado, mas também pela probabilidade de condenação em caso de inocência. O autor propõe, então, para a identificação do custo esperado da prática de um crime, a seguinte fórmula:

$$CE = (p_c - p_i)S$$

onde p_c é a probabilidade de punição se o indivíduo é culpado, p_i é a probabilidade de punição se ele é inocente, e S é a sentença. Como consequência, vemos que, se a condenação é aleatória, de forma que a probabilidade de condenação em caso de inocência equivale à probabili-

Ou seja, uma sentença judicial deve refletir a culpabilidade do acusado, de modo a diferenciar — com a máxima acurácia possível — entre os inocentes e os culpados. Impedir a aleatoriedade, no entanto, não leva, necessariamente, à completa extinção de eventuais erros. A própria CRFB/88, ciente de que o sistema de justiça por ela desenhado seria operacionalizado por pessoas de carne e osso, suscetíveis ao cometimento involuntário de erros, prevê que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (art. 5º, LXXV). Por outro lado, esse mesmo sistema de Justiça Criminal, ao estabelecer uma estrutura probatória garantidora dos direitos individuais,¹³ aumenta a probabilidade de se absolverem os culpados. Isso significa, em outras palavras, que a Justiça Criminal deve saber conviver com o erro.

Mas de que tipo de erro estamos falando?

O presente trabalho tem por objetivo apresentar um debate introdutório a respeito do *erro fático* no processo penal brasileiro. Conforme já mencionado, uma sociedade que pretenda desenhar um sistema de Justiça Criminal justo vê-se diante de um importante desafio ao conjugar os objetivos em tensão: reduzir a probabilidade de condenar um inocente sem que o sistema perca a capacidade de identificar os efetivamente culpados — ou seja, sem que o processo penal seja proibitivamente oneroso, extenso ou inócuo em relação a indivíduos que, de fato, cometeram crimes.

Uma visão (que chamaremos “tradicional”) geralmente apresenta o problema do erro fático de forma pouco sistemática, limitando-se a afirmar uma relevante missão da Justiça Criminal, qual seja, impedir a condenação de inocentes. No entanto, com frequência omite — ou considera pouco re-

dade de condenação em caso de culpa, o custo esperado da prática do crime torna-se zero. Cf. POSNER, Richard. “An Economic Approach to the Law of Evidence”, *Stanford Law Review*, v. 51, p. 1477, 1999.

13. Conforme exemplificado na introdução, a CRFB/88 oferece, seguramente, um amplo e generoso conjunto de garantias processuais penais. Esse é, sem dúvida, um dos seus mais importantes méritos.

levante — a segunda parte da equação: a capacidade de o sistema criminal identificar corretamente e punir os culpados. Trata-se de uma questão que, embora há muito conhecida, não é sistematicamente estudada pelo debate jurídico tradicional.¹⁴

Assim, busca-se, aqui, mostrar como essa visão tradicional, ao negligenciar a análise de uma importante categoria de erro fático associada à adjudicação penal (a absolvição de culpados), desconsidera fatores que

14. Para a visão que chamamos como “tradicional”, a segunda variável da equação (a necessidade de um sistema de Justiça Criminal ser apto a identificar os efetivamente culpados) não costuma ser introduzida. Neste sentido, Zaffaroni relaciona o conceito de Estado de Direito (sem, no entanto, defini-lo), unicamente, à atividade de contenção exercida pelo direito penal, sem fazer menção à sua tarefa de identificar culpados e reparar as vítimas. Aparentemente, ainda de acordo com sua visão, a atividade de reparação das vítimas sequer estaria inserida no contexto de Estado de Direito, na medida em que este seria incapaz de realizá-la. Nesse sentido: “A contenção e a redução do poder punitivo, planejadas pelo direito penal para uso judicial, *impulsionam o progresso do estado de direito*. Não há nenhum estado de direito *puro*; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia, que, invariavelmente, sobrevive em seu interior. Por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso”. E ainda: “O estado de direito contém os impulsos do estado de polícia que encerra à medida que resolve melhor os conflitos (provê maior paz social). *O poder punitivo não resolve os conflitos porque deixa uma parte (a vítima) fora do seu modelo*. No máximo, pode aspirar a *suspêndê-los*, deixando que o tempo os *dissolva*, o que está muito longe de ser uma solução: a suspensão fixa o conflito (petrifica-o) e a dinâmica social, que segue o seu curso, causa-lhe erosão até dissolvê-lo. Um número exagerado de formações pétreas colocado no caminho da dinâmica social tem o efeito de alterar o seu curso e gerar perigosas represas. *O volume de conflitos suspensos por um estado será o indicador de sua vocação de provedor de paz social e, por conseguinte, de sua força como estado de direito*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017, v. 1, p. 40 — todos os grifos no original). Outra vertente da visão que chamamos “tradicional” encara o Direito Penal de forma instrumental, como mecanismo destinado a manter certas formas de produção e de coexistência. Batista, por exemplo, afirma: “A função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função ‘conservadora’ ou de ‘controle social’. O controle social, como assinala Lola Aiyar de Castro, ‘não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso em sua falta, para submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante’. É fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. Sob certas condições pode o direito desempenhar outras funções (como, por exemplo, a “educativa” e mesmo a “transformadora” – esta, oposta à “conservadora”). A preponderância da função de controle social é, contudo, inquestionável” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21-22).

podem gerar impacto substancial para a realidade social brasileira e custos relevantes para nosso modelo de Justiça Criminal.

Nesse contexto, a presente análise, ainda que exploratória, pretende lançar luzes não somente sobre essa modalidade de erro fático, mas também demonstrar que a sistematização de seu estudo pode ajudar a compreender, de forma crítica, o atual funcionamento da Justiça Criminal brasileira e, conseqüentemente, identificar possíveis caminhos de reforma.

Importante que se diga desde logo: não pretendemos desafiar a compreensão de que a Justiça Criminal deva ser desenhada com salvaguardas especiais à proteção de inocentes. Além de concordarmos com essa compreensão, sabemos que, efetivamente, corresponde à realidade normativa do processo penal brasileiro, cujas garantias constitucionais servem, justamente, para tornar mais custoso o alcance de uma condenação criminal.¹⁵ Nosso argumento não busca atingir as garantias constitucionais dos investigados ou acusados, como, por exemplo, a presunção de inocência, o contraditório ou a ampla defesa.

O argumento é bem menos pretensioso, e seu escopo, mais reduzido: nossa análise, ainda exploratória, visa: (i) apresentar o conceito epistemológico de erro fático na adjudicação penal e discutir suas categorias, com o objetivo de trazer para o Brasil um debate que está mais avançado na literatura estrangeira; (ii) apontar para a importância de não se negligenciar uma das espécies de erro fático.

Assim, apresenta-se uma formulação teórica que, sem pretender oferecer uma resposta unívoca para o equacionamento do dilema da Justiça Criminal, ao menos permite a abordagem de certos aspectos do problema em maior profundidade, podendo levar a novos *insights* e linhas de pesquisa acadêmica sobre esse tema no Brasil.

15. Conforme exemplos de normas constitucionais indicados na introdução.

2. O erro fático na Justiça Criminal

2.1 A centralidade do erro fático para a Justiça Criminal

O processo penal é extremamente complexo, não apenas pela frequente dificuldade de se reconstruírem os fatos relacionados a um crime e identificar sua autoria, como também por força das múltiplas etapas que compõem a cadeia processual. Tomado em sentido amplo,¹⁶ o processo penal envolve múltiplos atores e depende do funcionamento adequado de múltiplas instituições estatais.

O processo tem início pela etapa da investigação, realizada, em regra, diretamente pela polícia, mediante controle externo do Ministério Público (art. 129, VII, da CRFB/88). Encerrada a investigação, cabe ao Ministério Público analisar as evidências e condições jurídicas para o oferecimento de denúncia, a qual deverá ser apreciada pelo juiz, que a receberá ou não.¹⁷ Na fase jurisdicional, o processo provavelmente percorrerá múltiplas instâncias do Poder Judiciário, havendo um amplo rol de defesas e recursos à disposição do réu e do Ministério Público, tanto em sede de instrução como de execução da sentença. Em cada etapa, percebemos que o processo busca erigir obstáculos materiais e formais à persecução penal, obstáculos que funcionam como “filtros” destinados a selecionar apenas os casos em que o acusado é de fato culpado pela prática de um crime.

Essa estrutura nos revela que o erro fático está no centro das preocupações da Justiça Criminal. O problema central do processo é precisamente identificar se o réu efetivamente cometeu o crime pelo qual está sendo

16. Ou seja, de forma a incluir também as fases que estão fora da etapa jurisdicional propriamente dita.

17. A possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais por conta própria é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n. 593.727). A Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) disciplina o procedimento investigatório criminal, instrumento que viabiliza a investigação criminal diretamente pelo Ministério Público.

acusado, quais foram as circunstâncias materiais desse crime e, em caso de condenação, qual é a pena adequada em face da conduta praticada. Pode-se dizer que, em todas essas dimensões de análise, o problema central tem natureza epistemológica, ou seja, busca-se reconstruir a verdade dos fatos para melhor entender quais são as consequências jurídicas cabíveis.

Evidentemente, o processo penal também pode envolver outros objetivos relevantes relacionados a *valores não epistêmicos*. A proteção de direitos dos indivíduos indiretamente afetados pelo crime — como testemunhas, familiares do réu e familiares da vítima — é um bom exemplo de valores desse tipo. Podemos ainda considerar o processo um valor em si mesmo, concluindo que qualquer cidadão em um Estado de Direito detém “direito moral de segunda ordem de requerer uma avaliação rigorosa e independente das evidências de que teria cometido um crime” (LIPPKE, 2013, p. 323). Esses são valores legítimos, os quais, contudo, não atenuam a centralidade do problema da redução de erros fáticos no processo penal.

Laudan¹⁸ identifica três questões essenciais que pautam o funcionamento dos sistemas de justiça criminal em diversos países: (i) o problema da redução dos erros; (ii) o problema da distribuição dos erros; e (iii) a busca pela garantia de valores não epistêmicos. Embora reconheça a importância desses últimos, o autor justifica sua abordagem focada no problema do erro afirmando que, embora pouco estudado pelos juristas, o desafio epistemológico se coloca como a preocupação central do sistema criminal:

Juízes e juristas insistem repetida e enfaticamente que o mais fundamental desses valores é o primeiro: o de descobrir se o crime alegado de fato ocorreu e, se tiver ocorrido, quem o cometeu. A Suprema Corte norte-americana colocou a questão de forma concisa em 1966: “O propósito básico do processo

18. LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511617515>. Acesso em: 15 jul. 2021.

é a determinação da verdade”.¹⁹ Sem a apuração dos fatos sobre o crime, não é possível atingir a justiça, pois uma resolução justa depende crucialmente da identificação correta de quem fez o quê com quem. A verdade, embora não garanta a justiça, é uma condição essencial para ela. A legitimidade pública, tanto quanto a justiça, depende da acurácia dos veredictos.²⁰

Pode-se dizer, portanto, que o desenho do sistema criminal parte de considerações práticas a respeito do erro fático, ou seja, tem como pressuposto o reconhecimento de que o poder punitivo do Estado é suscetível a falhas, podendo resultar na punição de condutas que não configuram crimes, na atribuição indevida de um crime a quem não o cometeu ou ainda na aplicação não isonômica ou parcial da legislação penal. Justamente porque se reconhece que essas falhas geram prejuízos potencialmente irreversíveis a direitos fundamentais, o processo cria controles institucionais destinados a reduzir os casos de erro.

A face reversa dessa preocupação, contudo, é a constatação de que certo grau de incerteza sempre permanecerá, e que erros fáticos — até mesmo erros graves ou grosseiros — serão cometidos em alguns casos.²¹ Por isso a

19. *Tehan v. U.S.*, 382 U.S. 406, at 416 (1966), em LAUDAN, op. cit., p. 2.

20. Tradução própria do trecho: “*Judges and legal scholars have insisted repeatedly and emphatically that the most fundamental of these values is the first: that of finding out whether an alleged crime actually occurred and, if so, who committed it. The U.S. Supreme Court put the point concisely in 1966: “The basic purpose of a trial is the determination of the truth. Without ascertaining the facts about a crime, it is impossible to achieve justice, since a just resolution crucially depends on correctly figuring out who did what to whom. Truth, while no guarantee of justice, is an essential precondition for it. Public legitimacy, as much as justice, demands accuracy in verdicts”.* (LAUDAN, Larry, op. cit., p. 2.).

21. Como veremos em mais detalhes adiante, parece haver um *trade-off* entre as duas categorias de erro. O próprio princípio da presunção de inocência, que fundamenta o processo penal nas democracias, pressupõe certo nível de incerteza indelével a respeito da culpabilidade do indivíduo que é submetido ao processo penal. É possível reduzir tal incerteza por meio de instrumentos processuais protetivos, mas jamais eliminá-la completamente. Essa é a premissa básica que embasa o problema da distribuição dos erros, ou seja, o problema de se determinar qual é o nível apropriado de condenações de inocentes e de absolvições de culpados que estamos dispostos a tolerar em uma sociedade (ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry. *Deadly Dilemmas*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=1150931>. Acesso em: 15 jul. 2021).

importância da análise minuciosa do erro fático, de suas características e da relação entre a estrutura de funcionamento da Justiça Criminal e a distribuição das diferentes categorias de erro.

2.2 Dois tipos de erro fático e o dilema da Justiça Criminal

Como afirmamos na seção introdutória deste trabalho, nosso primeiro objetivo é conceituar o erro fático e identificar suas categorias. Antes disso, contudo, é necessário reiterar que o conceito de erro fático não se baseia na compatibilidade do resultado do processo com normas preestabelecidas, mas, sim, na correta verificação da verdade dos fatos. Em oposição ao que poderíamos chamar de erro de direito, o erro fático decorre de um problema epistemológico, ou seja, da identificação da verdade, não se pautando, portanto, pela estrutura típica das argumentações jurídicas, baseada na lógica da legalidade.

Partimos, portanto, da premissa de que o processo penal se destina a averiguar a prática do crime, entendido como fato típico e antijurídico que o precede e fundamenta.²² Em certos casos, fatores de natureza processual podem justificar a extinção da pretensão punitiva do Estado, de forma a considerarmos que o indivíduo, embora seja o autor de um crime, não deve sofrer condenação penal. Mesmo nesses casos, todavia, seria um equívoco dizer que o indivíduo não cometeu o crime.²³ Essa distinção torna-se

22. Como afirmou o Justice Lewis Powell, “*Underlying the question of guilt or innocence is an objective truth: the defendant, in fact, did or did not commit the acts constituting the crime charged. From the time an accused is first suspected to the time the decision on guilt or innocence is made, our criminal justice system is designed to enable the trier of fact to discover the truth according to law*”. Ver: *Bullington v. Missouri*, 451 U.S. 430 (1981).

23. Como observa Mirjan Damaška, a crescente tendência à caracterização da busca da verdade como uma atividade secundária, ou a tentativa de pautar os processos por concepções construtivistas que sujeitam a verdade à interpretação ou a valores jurídicos relativistas, têm como consequência o crescente afastamento do processo em relação à realidade social. Afirma o autor: “*It is traditionally recognized, of course, that accuracy is not the sole measure of the value of adjudicative factfinding: social needs and values are recognized that constrain the pursuit of the truth. But the more*

particularmente relevante se levarmos em consideração que tal situação constitui, em alguma medida, uma falha no sistema da Justiça Criminal, um resultado que não é o mais desejado, na medida em que se espera que quem praticou um crime esteja sujeito à aplicação imparcial e isonômica das punições previstas pela legislação penal.²⁴

Em consequência, podemos identificar dois tipos primários de erros fáticos em um processo penal: a condenação de inocentes e a absolvição de culpados. Seguindo terminologia utilizada em testes de hipótese, é comum²⁵ classificar o primeiro caso (condenação de um inocente) como um erro de tipo 1, ou falso positivo, e o segundo caso (absolvição de um culpado) como um erro de tipo 2, ou falso negativo. Em testes estatísticos, o erro de tipo 1 consiste em rejeitar a hipótese nula quando ela é verdadeira, ao passo que o erro do tipo 2 consiste em deixar de descartar a hipótese nula quando ela é falsa. De forma análoga, a rejeição da inocência (ou seja, a condenação) de um indivíduo que é inocente constitui um erro do tipo 1; ao passo que a manutenção da hipótese de inocência (ou seja, a absolvição) de um indivíduo que é culpado constitui um erro de tipo 2.

*the feasibility of attaining objective knowledge is questioned, the more truth-values are discounted in trade-offs with competing considerations” (DAMAŠKA, Mirjan. “Truth in Adjudication”, *Hastings Law Journal*, n. 49, 1998, p. 289).*

24. Por conseguinte, ainda que consideremos que o juízo de culpabilidade depende, em alguma medida, de uma interpretação jurídica e, por extensão, do próprio resultado do processo penal, a desconsideração da verdade dos fatos como parâmetro de avaliação dos erros processuais não seria desejável, tanto porque o processo está estruturado justamente para limitar esses erros como porque a legislação tem a pretensão de influenciar comportamentos e ordenar a vida social, pretensão essa que depende essencialmente da acurácia do sistema criminal.
25. Essa é uma classificação bastante comum na literatura sobre erros fáticos em procedimentos judiciais em geral, sendo ainda mais comum no debate acerca dos fundamentos epistemológicos de procedimentos criminais. Cf. KAPLOW, Louis. “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. S1, 1994, 310-311; LAUDAN, Larry, op. cit., 2006, p. 9-12; SCHUARTZ, Luis Fernando. *Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito*. FGV Digital Repository, 2009, p. 17; EPPS, Daniel. *The Consequences of Error in Criminal Justice*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015, p. 1068; HYNES, Richard M. “From Blackstone’s Ratio to the Conviction Ratio”, *Virginia Public Law and Legal Theory*, 2016. (Research Paper No. 17), p. 6; entre outros.

Avançando nessa analogia, podemos ainda utilizar as noções de *sensibilidade* e *especificidade*²⁶ para avaliar a *performance* da Justiça Criminal. Nesse contexto, a sensibilidade do sistema criminal indicaria sua capacidade de identificar corretamente os casos positivos, ou seja, seria apurada pela proporção de indivíduos culpados que são condenados, ao passo que a especificidade indicaria a capacidade de correta identificação de inocentes, apurada pela proporção de indivíduos inocentes que são absolvidos. Um teste perfeito seria aquele que é extremamente sensível e específico, sempre identificando, de forma correta, se o indivíduo é culpado ou inocente.

No entanto, sabemos que testes perfeitos não existem, sendo igualmente impossível atingir um processo perfeitamente sensível ou específico. A administração da Justiça Criminal parte de um dilema básico: ao mesmo tempo que busca reduzir a probabilidade de condenação de inocentes, não deve tornar o processo penal inócuo em relação a indivíduos que, de fato, cometeram crimes.

Chamamos essa conjugação de objetivos de “dilema”, pois sabemos que restrições práticas de tempo e de recursos resultam em um *trade-off* entre esses dois objetivos.²⁷ Instrumentos processuais que buscam reduzir a probabilidade de punição de um inocente até valores próximos de zero tendem a elevar, de forma considerável, as chances de que culpados não sejam punidos, além de onerar o sistema de justiça. A identificação desse *trade-off*, por sua vez, sugere que a eficiência do processo penal em determinar se o réu é culpado é um problema complexo de minimização de custos sociais.

26. Na linguagem dos testes de classificação binária, a *sensibilidade* é definida como a proporção de positivos corretamente identificados, entre o total de casos positivos; ao passo que a *especificidade* é definida como a proporção de negativos corretamente identificados, entre o total de casos negativos. Assim, sendo *VP* o número de positivos verdadeiros, *FP* o número de falsos positivos, *VN* o número de negativos verdadeiros e *FN* o número de falsos negativos, temos:

$$\text{Sensibilidade} = \frac{VP}{FN + VP} \text{ e } \text{Especificidade} = \frac{VN}{FP + VN}$$

27. A existência de um *trade-off* entre a sensibilidade e a especificidade é uma característica comum dos testes de classificação binária ou testes diagnósticos. Cf. ALTMAN, D. G.; BLAND, J. M. “Diagnostic Tests. 1: Sensitivity and Specificity”, *BMJ: British Medical Journal*, v. 308, n. 6943, 1994, p. 1552-1555.

Diversas controvérsias atuais a respeito da eficiência da Justiça Criminal resultam precisamente de premissas conflitantes a respeito do peso ideal de cada variável que compõe o que chamamos de “dilema da Justiça Criminal”. Em outras palavras, o dissenso decorre, em grande medida, de percepções divergentes a respeito de quanto se deve evitar a condenação de inocentes, de quão importante é punir aqueles que cometeram crimes e até mesmo de quanto o processo criminal em si é custoso para a sociedade.

A percepção jurídica tradicional enfatiza a necessidade de se evitarem erros do tipo I, primando pelo incremento da especificidade do processo. A expressão mais caricatural dessa postura reside na chamada *razão de Blackstone*, fórmula proposta pela academia jurídica inglesa, sob a influência do jurista oitocentista William Blackstone. A razão de Blackstone baseia-se na proporção de falsas absolvições para cada falsa condenação, sendo comum a afirmação de que, para cada falsa condenação, deveria haver pelo menos dez falsas absolvições. Em outras palavras, uma regra processual ou *standard* de prova que evite uma falsa condenação será mais desejável, ainda que gere dez absolvições de indivíduos culpados. Outras formulações do mesmo problema, ainda que não quantifiquem, de forma tão direta, a relação entre essas variáveis, enfatizam a primazia da proteção de inocentes para o Direito Penal, afirmando que uma norma que evite falsas condenações será desejável, ainda que possibilite a absolvição de culpados.

O problema, contudo, está no fato de que o peso social real desses erros depende de um critério valorativo externo que não é dado *prima facie*, e que provavelmente não é constante ao longo do tempo ou entre diferentes sociedades. Mesmo sem adentrar o problema das evidentes diferenças entre os níveis de gravidade dos crimes ou das penas aplicadas a inocentes,²⁸ ainda assim precisaríamos estipular qual é o custo social de cada categoria de erro naquela sociedade. Como afirma Laudan:

28. A título de exemplo, vale notar que William Blackstone, ao formular sua célebre defesa de um tratamento mais cauteloso das evidências, ainda que isso resultasse em um aumento das absolvições de culpados, referia-se à aplicação da pena de morte.

Se queremos saber qual é o limite superior aceitável para o número de falsas condenações que uma sociedade compassiva aceitaria, temos que balancear os custos de uma falsa condenação contra os custos de uma falsa absolvição. Não há almoço de graça, e quase tudo que possamos fazer para reduzir o nível de falsas condenações elevará, talvez dramaticamente, o número de falsas absolvições e, por conseguinte, a frequência de crimes graves.

Vamos começar com alguns dados que já conhecemos. Uma recente série de estudos sobre exonerações²⁹ nos permite afirmar que o risco em uma vida de ser falsamente condenado por um crime grave é de menos de um décimo de um por cento. Em contrapartida, dados do Bureau of Justice Statistics sugerem que o risco em uma vida de ser vítima de um crime grave é de cerca de 83% (KOPPEL, 1987). Em resumo, o americano médio tem pelo menos 90.000% mais chances de ser gravemente vitimizado do que falsamente condenado por um crime grave.³⁰

Em seguida, o autor sugere que uma comparação ainda mais interessante seria entre o risco de ser falsamente condenado e o risco de ser vítima de um crime cometido por alguém que foi falsamente absolvido, sobretudo nos casos em que a falsa absolvição decorreu de erros procedimentais. Uma razão desse tipo estaria muito mais apta a representar os efetivos custos

29. O termo “exonerações” (*exonerations*), nesse caso, refere-se aos casos de indivíduos que foram inicialmente condenados, sendo posteriormente anulada a sentença condenatória porque descobriu-se que eles não haviam cometido o crime.

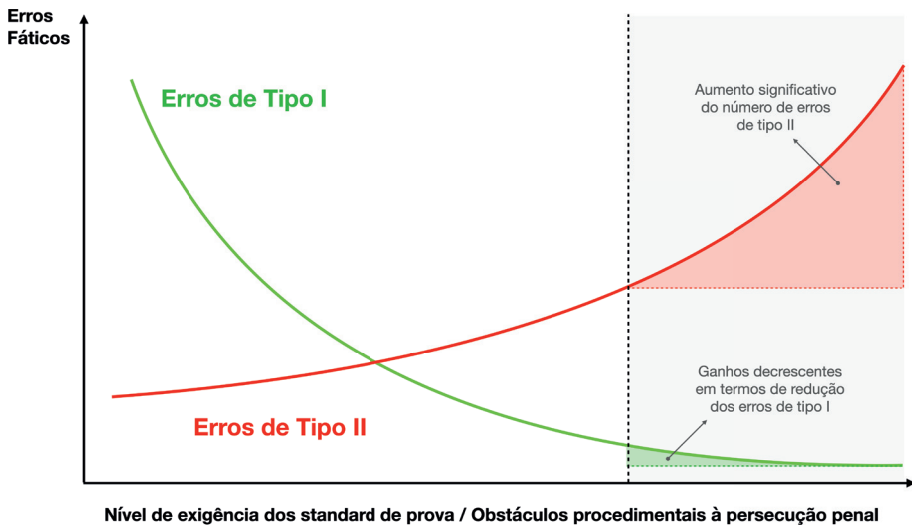
30. Tradução própria do trecho: *if we want to know what is an acceptable upper bound on the number of false convictions that a compassionate society would accept, we have to balance the costs of a false conviction against the costs of a false acquittal. There is no free lunch, and almost everything that we might do to reduce the level of false convictions will raise, perhaps dramatically, the rate of false acquittals and thereby the frequency of serious crime. Let's begin with some of the data we already know. The recent spate of exoneration studies puts us in a position to say that the lifetime risk of being falsely convicted of a serious crime is less than one-tenth of one percent. By contrast, data from the Bureau of Justice Statistics suggest that the lifetime risk of being a victim of a serious crime is about 83% (Koppel 1987). In short, the average American is at least 90,000% more likely to be seriously victimized than falsely convicted of a serious crime.* (LAUDAN, Larry. “The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice”, *Episteme*, v. 5, n. 3, 2008, p. 290).

sociais associados à adoção de diferentes níveis de certeza como padrão de prova em um processo criminal, pois estaríamos diante de uma avaliação realista de como os diferentes tipos de erro impactam a sociedade.

Essa análise evidencia, por outro lado, que a simples afirmação de que a condenação de um inocente deve ser considerada um erro mais grave do que a absolvição de um culpado, embora genericamente verdadeira, não é suficiente para uma caracterização apropriada e rigorosa do dilema prático que deve fundamentar o funcionamento da Justiça Criminal. Como a estrutura do processo, nos dias atuais, já está pautada pela presunção de inocência, é provável que o *trade-off* marginal entre as duas categorias de erro seja muito assimétrico, sobretudo quando tratamos das escolhas processuais realizadas no âmbito da adjudicação propriamente dita. Em outras palavras, escolhas jurisprudenciais podem estar aumentando *substancialmente* o número de falsas absolvições para reduzir apenas *marginalmente* o número de falsas condenações.

Figura 1.

O *trade-off* entre as categorias de erro nas margens



Uma hipótese bastante razoável acerca da dinâmica da distribuição de erros fáticos na justiça criminal, embora de difícil comprovação empírica, seria a de que a elevação do nível de exigência dos *standards* de prova e o aumento dos obstáculos procedimentais à persecução penal produzem ganhos decrescentes em termos de certeza a respeito da culpabilidade do réu. Ou seja, é possível erigir procedimentos rigorosos que, de fato, diminuem substancialmente, em um primeiro momento, o número de falsas condenações. No entanto, a partir de certo ponto, os incrementos marginais nas exigências interpostas à persecução penal tendem a reduzir cada vez menos o número de falsas condenações e, em contrapartida, geram um volume cada vez mais elevado de absolvições de culpados. A Figura 1 oferece uma possível representação gráfica desse problema.

Embora não tenhamos como determinar o formato exato das curvas de erro ou como estabelecer em que ponto exato da escala de exigência processual nosso sistema de justiça se encontra, esse esquema ao menos nos mostra que o *trade-off* entre as categorias de erro de fato constitui um dilema que não pode ser completamente evitado, se nos preocupamos com a equidade e a efetividade da Justiça Criminal. Nas margens do sistema, a determinação do nível apropriado de exigência e controle sobre a persecução penal sempre envolverá escolhas difíceis. Se o nível de exigência é baixo, estamos perdendo a oportunidade de evitar falsas condenações sem reduzir substancialmente a efetividade do sistema; por outro lado, se o nível de exigência é excessivamente alto, estaremos protegendo poucos inocentes e elevando, potencial e substancialmente, o número de absolvições de indivíduos que, de fato, cometeram crimes.

No entanto, como Laudan sugere, a resolução desse dilema depende da avaliação de múltiplos fatores, para que possamos atribuir um peso razoável ao valor social dos diferentes resultados do processo penal. A mera comparação abstrata entre as categorias de erro não nos oferece um caminho sólido para respondermos a esse problema.

2.3 Considerações adicionais sobre os erros fáticos na Justiça Criminal

Como vimos, o correto dimensionamento do problema dos erros fáticos no âmbito do sistema criminal deve levar em consideração as duas categorias primárias de erro (tipo 1 e tipo 2), às quais podem estar associados custos sociais mais ou menos acentuados, a depender do contexto social em que se operam os julgamentos. Vamos agora complementar essa caracterização básica do problema com algumas considerações adicionais.

O primeiro ponto de aprofundamento ao debate até aqui apresentado é a consideração de que o erro fático em procedimentos criminais não se esgota no problema das falsas condenações e absolvições. Isso porque um réu pode ser condenado quando é culpado, mas por falsas razões. Ou seja, o conceito de erro que oferecemos até aqui é operacionalmente útil, mas não reflete, de forma integral, o substrato epistemológico do problema do erro fático, que diz respeito à identificação da verdade. A relevância prática dessa constatação surge quando consideramos que um indivíduo condenado pelos motivos errados tem uma alta probabilidade de não receber a pena adequada.

A verdade dos fatos tem, portanto, relevância prática para a determinação das consequências jurídicas aplicáveis ao caso, e pode até ter outras implicações práticas, pois outros indivíduos talvez tenham interesses legítimos na verificação dos fatos. Essa dimensão adicional, contudo, está, de certa forma, submetida ao dilema anteriormente apresentado, pois o interesse mais premente do processo continua a ser a correta identificação da prática do crime cometido pelo réu, ao qual se submetem as demais averiguações fáticas do caso. Ou seja, o problema da correta identificação das circunstâncias materiais que possam agravar ou atenuar a pena, ainda que seja algo potencialmente relevante, está essencialmente condicionado à identificação da prática do crime propriamente dito.

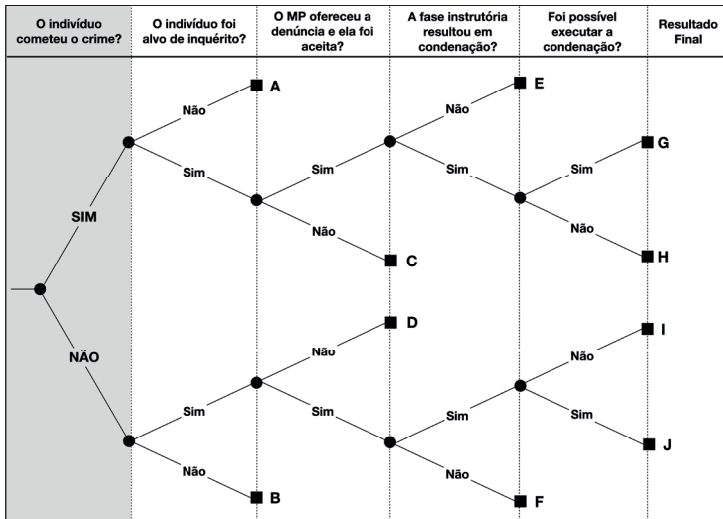
Outra consideração relevante diz respeito ao fato de que a persecução penal de um inocente pode ser considerada gravosa em si mesma, ainda

que, ao final do processo, ele não venha a ser condenado. De forma equivalente, se considerarmos a perseguição penal sob a ótica da dissuasão, podemos supor que o fato de que o autor de um crime não chega sequer a ser investigado ou denunciado deveria ser considerado um erro mais grave do que sua absolvição em etapa posterior, por força de alguma incerteza no caso ou de eventual fator superveniente. Isso porque pode haver algum efeito dissuasório no simples fato de o autor do crime ter sido submetido a um processo e quase ter sido condenado, ainda que o resultado final não tenha sido a condenação.

Isso nos leva a considerar que os erros fáticos primários antes abordados podem ser hierarquizados de acordo com as etapas do procedimento criminal que estejamos interessados em analisar. Nesse caso, tratamos o processo como uma cadeia de filtros e podemos dimensionar os erros em relação às etapas dessa cadeia. Podemos representar o problema por meio de uma árvore de classificações binárias, como a da figura a seguir.

Figura 2.

Cadeia de filtros processuais



Nesse exemplo, dividimos o processo em quatro filtros (inquérito, denúncia, instrução e execução) e, assim, chegamos a dez resultados possíveis quanto à punição ou à não punição de indivíduos que cometeram ou não cometeram crimes. Esses resultados foram representados pelas letras A a J. Entre eles, encontramos resultados triviais, como a situação B, em que um indivíduo que não cometeu um crime não é investigado, ou resultados mais importantes ao estudo do problema que propusemos, como a situação C, em que um indivíduo que cometeu um crime é investigado, mas não chega a ser denunciado, possivelmente porque as autoridades públicas não foram capazes de obter um conjunto suficiente e robusto de evidências para fundamentar a acusação.

Como já dito, esse tipo de análise nos permite aprofundar a categorização dos erros oferecida até aqui. Podemos entender que as situações D e F, embora não se enquadrem na categoria de erros do tipo 1, visto que não há condenação de um inocente, são, ainda assim, indesejáveis, na medida em que implicam um grau de submissão crescente de um inocente à persecução penal. Da mesma forma, podemos hierarquizar os erros do tipo 2, estabelecendo que as situações A e C são mais graves, por exemplo, do que a situação G. Essa análise nos permite, após estabelecer as etapas processuais que queremos estudar e os respectivos resultados de interesse, avaliar o peso valorativo e a probabilidade de ocorrência de cada um deles, para, então, comparar as alternativas processuais em termos do *trade-off* apresentado anteriormente. Dessa forma, o processo penal é compreendido sob a ótica da minimização de custos sociais associados a erros fáticos.

Se seguirmos o método de segmentação binária proposto no esquema da Figura 2, para um processo dividido em F filtros processuais de interesse, obtemos um número total de resultados finais $n = 2F + 2$. Então, o valor esperado (VE) do processo será dado por:

$$VE = \sum_{i=1}^{n-1} P(r_i) \times U(r_i)$$

onde $P(r_i)$ é a probabilidade de ocorrência do resultado r_i e $U(r_i)$ é a utilidade (valor social) que atribuímos a esse mesmo resultado.³¹ Nesse caso, os critérios procedimentais estabelecidos pelo processo podem afetar as probabilidades dos diferentes resultados da cadeia ($P(r_i)$), ao passo que os fatores contextuais relacionados ao tipo de crime e ao nível da criminalidade e violência em dada sociedade têm relevância para a determinação de $U(r_i)$, ou seja, afetam a forma como valoramos os custos sociais envolvidos em cada resultado e em cada categoria de erro.

Um benefício relevante desse tipo de análise estruturada dos erros fáticos decorre justamente da possível identificação de “gargalos” em procedimentos penais que abarcam múltiplas etapas, ou seja, mapeamos os pontos de inflexão no sistema criminal responsáveis por influenciar os resultados subsequentes do processo.

Kaplow³² argumenta que o aumento da acurácia dos processos está sempre associado a restrições de custos. Essa constatação traz reflexos também para a análise do papel das diferentes instituições estatais envolvidas na persecução penal. A identificação dos pontos críticos para a resolução do problema do erro é fundamental, pois permite que os esforços de reforma se dirijam às instituições públicas que, de fato, são responsáveis pelo maior volume de falhas, uma análise particularmente relevante para as fases iniciais do processo, das quais dependerão os resultados das etapas subsequentes.³³

31. Cabe a ressalva de que a probabilidade de determinado resultado, nessa fórmula, se aplica ao sistema de justiça criminal como um todo, e não à análise de um caso isolado, tomado em particular. Na verdade, de um ponto de vista interno ao processo, a determinação da culpabilidade do indivíduo será sempre o resultado final ao qual o processo deve servir, e nunca um ponto de partida. A presunção de inocência é o princípio basilar do processo penal, como não poderia deixar de ser, e a avaliação de provas a partir de critérios probabilísticos não é desejável, pois os julgadores não dispõem de meios razoáveis para quantificar o problema em termos de probabilidade de culpa. A esse respeito, ver HAACK, Susan. “The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front”, *Ratio Juris*, v. 25, n. 2, p. 206-235, 2012.

32. KAPLOW, Louis. “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. S1, p. 307-401, 1994.

33. No modelo proposto, a distribuição dos erros pode ser entendida como um problema de atualização bayesiana ao longo das etapas do processo. Em cada etapa, a probabilidade de ocorrên-

3. Reflexos sociais e institucionais da revisão do conceito de erro

Na seção anterior, apresentamos um conceito mais completo de erro fático e argumentamos que a administração da Justiça Criminal deve preocupar-se em minimizar ambos — ainda que preocupações mais intensas tenham de ser dirigidas, efetivamente, à não ocorrência de erros de tipo 1. Neste segmento, argumentaremos, no entanto, que a completa desconsideração de erros de tipo 2, no âmbito da adjudicação criminal, gera prejuízos substanciais à administração da Justiça, especialmente no contexto brasileiro.

3.1 Um conceito mais amplo de erro na adjudicação criminal

No presente segmento, trataremos dos alarmantes índices de violência registrados no Brasil. Reconhecemos que o tema “segurança pública” é complexo e que os índices de violência estão sujeitos a diversas variáveis.³⁴ O objetivo

cia de um erro do tipo 1, ou seja, de um indivíduo ser condenado (S), sendo inocente (I) e tendo chegado até aquela etapa processual (E), será sempre dada por:

$$P(S|I \cap E) = \frac{P(I \cap E|S)P(S)}{P(I \cap E)}$$

Ou seja, a análise está condicionada não apenas à condição de inocência ou culpa, mas também à efetividade dos filtros processuais anteriores, representada por $P(I \cap E)$. O mesmo raciocínio se aplica, analogamente, à análise das probabilidades de ocorrência de erros do tipo 2. Esse modelo, no entanto, não considera os possíveis efeitos dinâmicos de comportamentos estratégicos dos agentes à luz de mudanças das regras processuais aplicáveis.

34. Para exemplos de estudos relacionados aos índices de violência no Brasil ver, exemplificativamente: BRUNET, Júlio Francisco Gregory et al. “Fatores preditivos da violência na região metropolitana de Porto Alegre”, *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 2, n. 3, 2008; SOUZA, Edinilsa Ramos de; LIMA, Maria Luiza Carvalho de. “Panorama da violência urbana no Brasil e suas capitais”, *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 11, p. 1211-1222, 2006; PERES, Maria Fernanda Tourinho et al. “Evolução dos homicídios e indicadores de segurança pública no Município de São Paulo entre 1996 a 2008: um estudo ecológico de séries temporais”, *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 17, n. 12, p. 3249-3257, 2012; MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. “Femicídios:

do presente estudo não é o de mapear exaustivamente essas variáveis ou de avaliá-las, individualmente ou em conjunto. Tampouco argumentamos que a criminalidade brasileira possa ser integralmente atribuída a um excesso de erros de tipo 2 no sistema criminal. Pretendemos argumentar, de forma menos ampla, que a *sistemática* ocorrência de erros de tipo 2 — ao impedir a identificação e a punição dos autores de crimes — *também pode impactar*, negativamente, nos índices de criminalidade registrados no Brasil, além de gerar outras consequências sociais negativas. Buscaremos demonstrar, em outras palavras, os motivos pelos quais o *sistemático* cometimento de erros de tipo 2 é, sob a perspectiva social, indesejável.

Nesse sentido, vale destacar, de início, que o Estado Brasileiro é reconhecido, internacionalmente, por ser leniente em relação à punição de graves violações de direitos humanos. Em 2020, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorIDH) publicou a sentença proferida no caso “Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares *versus* Brasil” (“Empregados da Fábrica de Fogos” — Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2020). No julgamento, a CIDH analisou a responsabilidade do Estado Brasileiro diante da ausência de uma resposta judicial efetiva ao falecimento de 64 pessoas após a explosão de uma fábrica de fogos, no município de Santo Antônio de Jesus, em 11/12/1998. Ao fundamentar a sentença, a corte considerou que o Estado brasileiro falhou ao não providenciar, no tempo adequado, uma efetiva resposta judicial para a tragédia e considerou não existir “justificativa aceitável para os longos períodos sem que houvesse ações por parte das autoridades judiciais e para

homicídios femininos no Brasil”, *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 564-574, 2011; CARDOSO, Francisca Letícia Miranda Gadelha et al. “Homicídios no Rio de Janeiro, Brasil: uma análise da violência letal”, *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 4, p. 1277-1288, 2016; NÓBREGA, José Maria. “Barômetro da violência e da segurança na cidade do Recife”, *Revista Política Hoje*, v. 17, n. 1, p. 67-90, 2008. Para uma análise consolidada a respeito dos índices de violência no Brasil, ver as últimas edições do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, editado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/> (Acesso em: 26 set. 2021).

a demora prolongada do processo penal”. Concluiu ainda que “a demora de quase 22 anos sem uma decisão definitiva configurou uma falta de razoabilidade no prazo por parte do Estado para levar a cabo o processo penal” e que “autoridades judiciais não agiram com a devida diligência para que se chegasse a uma solução no processo penal”,³⁵

Conforme reconhecido na própria sentença, a jurisprudência da CIDH é firme no sentido de que é dever dos Estados-partes da Convenção Interamericana de Direito Humanos (ConIDH), em casos penais, “buscar a determinação da verdade e a persecução, captura, julgamento e eventual punição de todos os responsáveis intelectuais e materiais pelos fatos” e que “a impunidade deve ser erradicada mediante a determinação das responsabilidades tanto gerais, por parte do Estado, como individuais — penais e de outra natureza —, por parte de seus agentes ou de particulares”.³⁶

Essa condenação, no entanto, não é um caso isolado. Tal qual reiteradamente reconhecido pela CorIDH, o Estado Brasileiro falha, sistematicamente, ao não oferecer respostas judiciais (cíveis e criminais) efetivas a crimes graves. Ao comentar a condenação no caso “Empregados da Fábrica de Fogos”, Mazzuoli, Faria e Oliveira³⁷ afirmam:

35. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil* — Sentença de 15 de julho de 2020. San Jose da Costa Rica, 2020, p. 65 (parágrafo 231 da sentença). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

36. O parágrafo completo é o seguinte: “220. A Corte já se manifestou, fazendo referência à devida diligência em processos penais, no sentido de que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e buscar a determinação da verdade e a persecução, captura, julgamento e eventual punição de todos os responsáveis intelectuais e materiais pelos fatos. 314 Igualmente, que a impunidade deve ser erradicada mediante a determinação das responsabilidades tanto gerais do Estado, como individuais — penais e de outra natureza — de seus agentes ou de particulares, e que, para cumprir essa obrigação, o Estado deve remover todos os obstáculos, de facto e de jure, que mantenham a impunidade”.

37. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. “Brasil novamente condenado pela Corte Interamericana”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/opiniaio-brasil-novamente-condenado-corte-interamericana>. Acesso em: 6 maio 2021.

O cenário de reincidência do Brasil em condenações internacionais pelo mesmo motivo, em síntese, representado por deficiências crônicas na realização de persecução penal efetiva e eficiente contra agentes violadores a direitos humanos de terceiros, bem revela que o nosso sistema de Justiça criminal ainda não logrou incorporar e compreender o conteúdo e significado da ampla eficácia dos direitos humanos e fundamentais no Brasil, a demandar respostas estatais que — especialmente pautadas na proteção objetiva daqueles direitos e na consideração da dignidade humana dos sujeitos ofendidos pelas violações — sejam capazes de evitar esse tipo de impunidade.

Retome-se o que foi afirmado anteriormente: a Justiça Criminal deve, efetivamente, ser administrada de forma tal que componha uma salvaguarda contra eventuais abusos do Estado. Isso *não* significa dizer, no entanto, que ela deva ser débil em suas atividades de “determinação da verdade”, “persecução”, “captura”, “julgamento” e “eventual punição” de culpados, conforme entendimento da CorIDH.^{38, 39}

Em outras palavras, utilizando a terminologia empregada na seção antecedente: a consumação de erros tipo 2 é grave a tal ponto que a absolvição (ou, pior, a não persecução) de culpados pode dar causa a graves violações de direitos humanos. Voltando à metáfora empregada na introdução, a ne-

38. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CorEDH) também possui entendimento semelhante, especialmente nos casos de graves violações de direitos humanos cometidas por agências oficiais do Estado. De acordo com a jurisprudência da CorEDH, é dever dos Estados-parte promover “investigações efetivas” de violações dessa natureza, na qualidade de mecanismos de salvaguarda de direitos humanos. Para uma análise da jurisprudência da CorEDH em matéria de graves violações de direitos humanos cometidas por agências oficiais do Estado, bem como das características institucionais de uma agência de *police oversight*, ver: CORRÊA, Thiago Pinheiro; COUTINHO, Nilton Carlos De Almeida. “O Ministério Público brasileiro enquanto instituição de *police oversight*: controle externo da atividade policial, direitos humanos e o conceito de investigação criminal efetiva”, *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 7, n. 14, p. 73-84, 2019.

39. Para uma análise da jurisprudência da CorIDH relacionada às falhas do Estado Brasileiro em executar obrigações processuais, ver PAGLIARINI; CARVALHO (2021).

gligência quanto à avaliação de erros tipo 2 decorre de uma tendência de se avaliar o erro fático, na adjudicação penal, com os olhos voltados, apenas, para as agruras ocorridas no interior da sala de audiência criminal. Em outras palavras, para o julgamento em si, e não para o contexto maior em que a atividade judicial se encontra inserida.

Ao analisarem estudos acadêmicos relativos a taxas de erro em processos penais americanos, Laudan e Allen afirmam que, “conforme exemplificado por dois recentes estudos, a tendência geral é discutir taxas de erro **durante o julgamento** e focar, quase exclusivamente, em apenas uma dentre várias possíveis taxas de erro, a saber, falsas condenações”.⁴⁰ Ainda segundo eles, a dificuldade em centrar a análise do erro na adjudicação exclusivamente em julgamentos reside no fato de que — nas palavras dos autores — eles “são perversos”, na medida em que tendem a envolver “elementos evidenciários ambíguos, uma vez que, na medida em que os fatos são incontroversos, as partes entram em acordo”.^{41, 42} É por conta, justa-

40. ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry, op. cit., p. 5-6 (grifos no original).

41. A realidade da barganha no processo penal é muito mais presente no modelo americano do que no brasileiro. A realização de acordos processuais penais é relativamente recente no Brasil e passou a ser mais frequente a partir da edição da Lei 9099/95, que estabeleceu os juizados especiais criminais, em cujo âmbito podem ser realizadas a transação penal ou a suspensão condicional do processo. A Lei 13694/19 expandiu as possibilidades de negociações criminais ao prever a figura dos acordos de não persecução penal e, antes dela, a Lei 12850/13 havia regulamentado o instituto da colaboração premiada. Para uma análise compreensiva a respeito dos acordos penais, ver: CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal: devido processo, efetividade, garantias*. Salvador: Juspodivm, 2019. Ainda, no entanto, que a realidade de negociar seja muito mais evidente no processo penal americano do que no brasileiro, a frase de Laudan faz sentido para a realidade brasileira, na medida em que casos “fáceis”, ou seja, aqueles em que a inocência do investigado é evidente, são arquivados e sequer chegam a julgamento.

42. Tradução própria do trecho: “*As exemplified by two recent studies, the general tendency is to discuss error rates at trial, and to focus almost exclusively on only one among many potentially pertinent errors rates-to-wit, false conviction*”. Os autores prosseguem alertando para o elemento *emoção*, muitas vezes evidente em uma sala de audiências: “*By contrast to equivocal evidentiary bases, if it is plain from the evidence that the person is innocent, rarely will a prosecutor waste time on a trial; when it is equally plain that the person is guilty, both sides can improve there situation through bargaining, and they do, This is surely why in rape cases approximately 84%, and in murder casos approximately 68%, of convictions are based on pleas. In addition, as Professor Gross has argued, capital cases may involve*

mente, das peculiaridades inerentes ao processo penal em si (sejam elas processuais ou emotivas) que a análise de como funciona a Justiça Criminal deve partir de uma compreensão mais ampla sobre o erro, de forma a abarcar tanto as falsas condenações como as falsas absolvições. Somente essa visão mais ampla de erro — e, especialmente, da identificação dos *custos associados a cada uma de suas modalidades* — permite a construção de um diagnóstico completo a respeito do adequado ou inadequado funcionamento da Justiça Criminal.

3.2 A realidade brasileira e os possíveis custos de erros do tipo 2

De acordo com a conceituação apresentada no segmento anterior, está-se diante de um erro fático tipo 2 sempre que: (i) for promovido o arquivamento de uma investigação criminal, nas hipóteses em que o investigado é, factualmente, culpado; (ii) o réu, em processo penal, for absolvido nas hipóteses em que é factualmente culpado; ou (iii) a investigação ou o processo judicial que envolvam investigados ou réus factualmente culpados sejam interrompidos ou não concluídos por qualquer outra razão.⁴³

heightened emotional issues on both sides of the trial that harden positions, this increasing the chance of error" (ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry, op. cit., p. 6).

43. O exemplo mais evidente de possível interrupção do processo, sem julgamento de mérito, é ocorrência da prescrição, que possui o legítimo fundamento de prover segurança jurídica, estabilizar as relações sociais e limitar, temporalmente, a pretensão punitiva do Estado. Ela gera, nesse contexto, importantes incentivos para que o Estado atue de forma eficiente no decorrer da persecução penal. Ainda que o instituto tenha fundamento legítimo, deve-se reconhecer que a prescrição talvez seja uma das causas mais importantes de erros tipo 2, de modo que o seu reconhecimento — num sistema que pretenda minimizar erros dessa natureza — deve ser, ao menos, parcimonioso. Ao reconhecer que a busca pela punição de determinados crimes deva prevalecer sobre a eventual estabilização das relações sociais, a própria CRFB/88 reconhece situações de *imprescritibilidade*, tais como: (i) racismo (art. 5º, XLII); (ii) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). No âmbito do Projeto de Lei 5868/19, o Parlamento brasileiro discute a possibilidade de se transformarem, em imprescritíveis, ainda outros crimes: (i) hediondos; (ii) o tráfico de entorpecentes; e (iii) o terrorismo.

Mas por que, afinal, a consumação de um erro tipo 2 pode ser grave?

As salvaguardas processuais penais, veiculadas pelas garantias da cidadania frente ao Estado, são relevantes e, em determinados casos, *levarão, necessariamente*, ao cometimento de erros tipo 2. O *standard* de prova “para além da dúvida razoável” talvez seja o melhor exemplo de que a Justiça Criminal é estruturalmente desenhada para tolerar falsas absolvições.⁴⁴ O que se deve evitar, todavia, é o *reiterado cometimento* de erros do tipo 2 ou seja, seu aumento excessivo por regras que, com o objetivo de produzir benefícios marginais aos inocentes, acabam gerando um grande número de absolvições de culpados, sobretudo nos casos relacionados a crimes graves.⁴⁵ Para além

Mencione-se, ainda, uma possível tendência no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos a considerar como imprescritíveis as graves violações de direitos humanos. Isso poderia indicar que as cortes internacionais considerariam particularmente grave o cometimento de erros de tipo 2 no contexto da persecução de crimes relacionados a graves violações de direitos humanos. No caso Herzog e outros *vs* Brasil, por exemplo, a CorIDH reconheceu a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela “detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de seus familiares” no âmbito dos crimes cometidos por autoridades oficiais durante a Ditadura Militar de 1964–1985. Ao fazê-lo, a Corte “declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, devido à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis”. Considerou ainda que, por se tratar de um “crime contra a humanidade, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para escusar-se dessa obrigação” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil — Sentença de 15 de março de 2018*. San Jose da Costa Rica, 2018, p. 92-93. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 26 set. 2021). A respeito da busca por reparação dos crimes cometidos nesse período, destaquem-se o Ministério Público Federal e seu papel na chamada “justiça de transição”, mediante a investigação e o oferecimento de denúncias criminais contra ex-agentes estatais desse período. Para mais detalhes, ver: <https://justicadetransicao.mpf.mp.br> (Acesso em: 12 jul. 2021). Somente em 21 de junho de 2021, foi prolatada a primeira sentença condenatória contra um ex-agente da Ditadura Militar (<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-obtem-sentenca-historica-contr-ex-agente-da-repressao-por-crime-politico-na-ditadura>. Acesso em: 12 jul. 2021).

44. Para uma análise teológica e, até certo ponto, distinta da que é feita aqui, a respeito das origens do *standard*, ver: WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of Criminal Trial*. New Haven/London: Yale University Press, 2008.
45. Incluindo, mas não somente, casos de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes oficiais do Estado.

de eventual responsabilização do Estado Brasileiro perante cortes internacionais de justiça, falsas absolvições — especialmente se forem reiteradas e sistemáticas — geram desconfiança na administração da Justiça Criminal ao provocarem impunidade.

Outras razões de ordem econômica, contudo, também nos levam a constatar a inconveniência de haver elevadas taxas de erro tipo 2 em um país como o Brasil.

De acordo com Cerqueira et al,⁴⁶ os custos econômicos suportados pela sociedade brasileira em 2004, decorrentes da violência, foram de R\$ 92,2 bilhões, o que representou 5,09% do PIB de então. Desse valor, R\$ 28,7 bilhões das despesas foram efetuadas pelo setor público, enquanto R\$ 60,3 bilhões foram efetuados pelo setor privado. Esse gasto elevado acaba por gerar importantes distorções econômicas, na medida em que redirecionam investimentos, públicos ou privados, de setores produtivos para atividades relacionadas ao enfrentamento à violência e à criminalidade (V&C). Nas palavras de Cerqueira et al,

Além dos seus efeitos diretos sobre as vítimas e familiares e um maior dispêndio do Estado com os sistemas de saúde, de justiça e de previdência social, a expectativa da V&C gera alocações de recursos pelas famílias e empresas em setores improdutivos (segurança privada), e pelo próprio setor público (segurança pública). Na outra mão, tais expectativas geram uma perda na acumulação de capital físico ocasionadas por mudança de hábitos que inibem, além do turismo interno e externo, o consumo de determinados bens e serviços, fazendo com que potenciais vítimas passem a demandar menos atividades de lazer em locais públicos; e bens mais baratos que não atraíam em demasia a atenção dos criminosos. Do lado da oferta, o custo da proteção leva as empresas a aumentarem os preços dos seus

46. CERQUEIRA, Daniel R. C. et al. *Análise dos custos e conseqüências da violência no Brasil*. Texto para discussão n. 1284. Brasília, 2007. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1824>. Acesso em: 26 set. 2021.

bens e serviços, o que gera uma diminuição dos negócios. Muitas vezes, em situações extremas e localizadas, onde a desordem e a criminalidade dominam, algumas empresas são mesmo forçadas a abandonar determinadas operações e mudar de região, o que impõe custos de desmobilização do capital. A perda de capital humano ocasionada pela violência em si e pela expectativa da violência é um fenômeno ainda mais grave. Além das milhares de vidas perdidas, e da morbidade física e psicológica, que suscitam perda de produtividade, uma maior taxa de mortalidade juvenil (e conseqüente perda do investimento do capital humano feito pelos pais) pode levar as famílias a aumentar a taxa de fecundidade e diminuir o investimento per capita em capital humano, com potenciais efeitos retro-alimentadores sobre a desigualdade social e sobre a própria violência.

Carvalho et al,⁴⁷ por sua vez, calculam que o custo social dos homicídios cometidos no Brasil, somente em 2001, alcançou o patamar de R\$ 9,1 bilhões. O estudo também aponta um total de 2,15 milhões de vidas perdidas em razão dos homicídios. Ao tratar dos custos da violência no Brasil, os autores apontam:

Além dos custos decorrentes de perda de capital humano, outros custos sociais decorrentes da violência no Brasil precisam ser estimados. A oferta de bens e serviços não é apenas impactada pela perda de capital humano, mas pelo aumento dos custos marginais, em face da necessidade de as empresas despenderem recursos para a autoproteção. Do ponto de vista da demanda, o medo, a dor e o sofrimento mudam o comportamento, muitas fazem diminuir a demanda por determinados bens e serviços e geram perdas patrimoniais nos mercados imobiliários localizados em regiões com maior prevalência de incidentes violentos. Entender mais precisamente

47. CARVALHO, Alexandre X. et al. *Custos das mortes por causas externas no Brasil*. Texto para discussão n. 1268. Brasília, 2007. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1757?-mode=full>. Acesso em: 26 set. 2021.

as conseqüências e custos da violência no Brasil é, portanto, uma questão crucial para o balizamento de políticas públicas de saúde e de segurança que imponham uma lógica de racionalidade ao uso dos recursos públicos.

Os dados que embasaram as pesquisas aqui citadas dizem respeito aos anos de 2001 e 2004. Desde então, não se pode dizer, infelizmente, que o Brasil se tenha transformado em um país menos violento. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, somente em 2019 o Brasil registrou 47.796 mortes violentas intencionais, sendo 39.584 homicídios.⁴⁸ Esses números geram uma taxa, de acordo com o anuário, de 22,7 mortes violentas por cem mil habitantes. Já o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime*) afirma que o Brasil “registrou taxas crescentes nos últimos anos, oscilando de 20 e 26 a cada cem mil habitantes em 2012, para mais de trinta em 2017”.⁴⁹ Ainda de acordo com a ONU, esses números tornam o Brasil um dos países mais inseguros do mundo, em comparação, por exemplo, a regiões da Ásia, Europa e Oceania, que detêm taxas de homicídio de 2,3, 3,0 e 2,8, respectivamente.⁵⁰

O elevado número de crimes violentos não é acompanhado por uma resposta estatal adequada. Ao analisar o fluxo de inquéritos policiais instaurados no Distrito Federal, entre 2003 e 2007, Costa⁵¹ aponta que o

48. Ainda que, conforme apontado pelo Anuário, esse número seja 17,7% menor que o registrado em 2018, já no primeiro semestre de 2020 a tendência de redução não se confirmou. Segundo o Anuário, somente nos primeiros seis meses de 2020, o país registrou 25.699 mortes violentas intencionais, um crescimento de 7,3% em relação a 2019, o que significa o impressionante número de uma pessoa vítima de homicídio a cada dez minutos. Além disso, ainda em relação a 2019, o Anuário registra 66.348 vítimas de estupro e estupro de vulnerável (sendo que, em 58,8% dos casos, as vítimas tinham, no máximo, 13 anos) e 267.930 registros de lesão corporal dolosa em casos de violência doméstica.

49. Notícia disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/07/brasil-tem-segunda-maior-taxa-de-homicidios-da-amrica-do-sul--diz-relatrio-da-onu.html>. Acesso em: 9 jul. 2021.

50. Ibidem.

51. COSTA, Arthur Trindade M. “A (in)efetividade da justiça criminal brasileira: uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal”, *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015.

tempo necessário para a finalização do inquérito é, em regra, elevado: em média, trezentos dias.⁵² Encaminhado o inquérito ao Ministério Público, mais 131 dias, em média, decorrem até que uma decisão a respeito de arquivamento, denúncia ou prosseguimento das investigações seja tomada. Uma vez oferecida a denúncia e, tendo ela sido recebida, mais 293 dias, em média, levam até uma decisão de pronúncia⁵³ e, por fim, são registrados, em média, mais 254 dias até o julgamento em primeira instância. Por outro lado, ainda que, no Distrito Federal, a taxa de elucidação de homicídios seja considerada elevada para os padrões brasileiros (69%), ainda está muito aquém das taxas observadas na Alemanha (96%), no Japão (95%), na Inglaterra (81%) e no Canadá (80%) (Costa, 2014).⁵⁴ A baixa efetividade da investigação criminal no Brasil também foi constatada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em estudo publicado em 2014 (BRASIL, 2014), oportunidade em que foi detectada uma taxa, em 2007, de 70,74 inquéritos policiais para a investigação de homicídios por cem mil habitantes.

52. O autor destaca uma diferença fundamental nos casos em que o inquérito é instaurado após prisão em flagrante (média de 6,3 dias) e quando o é a partir de uma notícia-crime (412,6 dias). Essa diferença se justifica, em tese, porque a prisão em flagrante já oferece elementos muito fortes, tanto de materialidade como de autoria, enquanto, nos casos em que não há flagrante, os elementos de autoria costumam ser rarefeitos, sendo comum a prática de homicídios em ambientes privados e, usualmente, sem testemunhas.

53. A decisão de pronúncia encerra a primeira fase do procedimento relacionado ao tribunal do júri — competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, dentre eles o homicídio. Considerando que o tribunal do júri é composto por juízes leigos, a legislação prevê todo um procedimento anterior em julgamento em plenário. Esse procedimento anterior é conduzido integralmente por um juiz ou juíza togada, responsável por ouvir testemunhas e interrogar os acusados. Finda essa primeira fase, caso o magistrado entenda haver elementos que apontem para a responsabilidade criminal do acusado, proferirá uma sentença de pronúncia, a partir da qual se iniciam os preparativos para o julgamento perante o tribunal popular.

54. Esses dados se referem ao ano de 2002. Nesse estudo, Costa pretende oferecer uma definição do conceito de crime de homicídio, definição que sirva, justamente, para a adequada comparação de taxas entre países diferentes (COSTA, Arthur Trindade M. “A (in)efetividade da justiça criminal brasileira: uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal”, *Civitas* – *Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015).

Esse quadro leva à conclusão de que a frequência de erros tipo 2, no âmbito da adjudicação criminal, é muito elevada, na medida em que a esmagadora maioria dos casos (de homicídios somente) sequer chega aos tribunais. Os números aqui apresentados indicam que, em regra, o Brasil tem sérias dificuldades para conduzir atividades de “determinação da verdade”, “persecução”, “captura”, “julgamento” e “eventual punição” de culpados, conforme entendimento da CorIDH. Por outro lado, a incapacidade de identificar os autores de crimes violentos faz com que o país não tenha condições de desenhar, adequadamente, políticas públicas voltadas à redução desses índices. Conforme Carvalho et al apontam, “entender com maior profundidade esta questão [mortes por causas violentas] é elemento crucial para fundamentar políticas efetivas”.⁵⁵

3.3 Uma visão mais abrangente sobre o funcionamento da Justiça Criminal brasileira

O quadro exposto sugere que, no Brasil, há uma frequência exageradamente elevada de erros tipo 2 no âmbito da adjudicação criminal, o que pode ser notado diante da perturbadora incapacidade de o Estado brasileiro sequer identificar os responsáveis por dezenas de milhares crimes de homicídio. Há, no Brasil, conforme inclusive reconhecido pela CorIDH em diversas oportunidades, dificuldades para se oferecerem respostas judiciais adequadas a situações que envolvem crimes graves.

Nesse contexto, ainda que a Justiça Criminal seja desenhada de modo a conviver, estruturalmente, com erros do tipo 2 — e ela, de fato, o é —, é imperioso reconhecer que a *frequência* desses erros não deve ser tão elevada, seja porque conduz ao descrédito das instituições de justiça, seja porque, nas palavras de Laudan e Allen, “o contrato social impõe, para o Estado, a obrigação não só de proteger seus cidadãos contra falsas con-

55. CARVALHO, Alexandre X. et al., op. cit.

denações, mas, igualmente, se não mais importante, de impedir que eles se transformem em vítimas”.⁵⁶ Nesse contexto, é importante garantir que o processo penal não seja desenhado de modo a se converter numa barreira intransponível à condenação.

Há um apelo intuitivo na visão de que condenações equivocadas são não apenas injustas e indesejáveis mas, ainda, más e que devam ser evitadas, qualquer que sejam os custos; no entanto, assim como outras intuições *a priori*, a realidade é consideravelmente mais complexa. A imposição de um muro intransponível contra falsas condenações não é somente impossível, como também — se fosse possível — indesejável. É uma empreitada que, se realizada, imporá dano grave e imerecido a um grande número de cidadãos inocentes, vitimizados por criminosos em relação aos quais o sistema de justiça — tapando o próprio nariz e respiração — falsamente absolveu.⁵⁷

Assim, a visão ampliada a respeito do erro na adjudicação criminal permite uma visão mais abrangente do funcionamento da Justiça Criminal, o que, a seu turno, é útil para a formulação de juízos críticos a respeito de seu funcionamento. Considerar *erro judiciário* uma falsa absolvição — ou melhor, uma *frequência elevada* de falsas absolvições — permite considerar ineficiente um sistema de Justiça que seja incapaz de elucidar a maioria esmagadora dos homicídios que chegam ao seu conhecimento, ainda que as salvaguardas processuais da cidadania, frente ao Estado, sejam aciona-

56. Tradução livre. A citação, no original, é a seguinte: “*This familiar analysis ignores that the social contract imposes on the state an obligation not only to protect its citizens from false convictions but equally if not more importantly to protect them from becoming victims of crime*” (ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry, op. cit., p. 17.). A “*familiar analysis*” a que o autor se refere diz respeito à visão, segundo ele, de que “qualquer número maior do zero é, potencialmente, uma frequência inaceitável de falsas condenações”. O fragmento original é o seguinte: “*The usual argument for regarding any number larger than zero as potentially an unacceptably high frequency of false convictions is based on the view that a false conviction inflicts (in Dworkin’s language) an ‘objetive moral harm’, and violates the costal contract between the state and the individual citizen*”.

57. *Ibidem*, p. 11.

das. Em outras palavras, a mensuração sobre a qualidade de determinado sistema de Justiça depende tanto da existência dessas salvaguardas, que levam, inevitavelmente, ao cometimento de erros de tipo 2, como da capacidade com que os neutraliza, ao máximo, embora sem impedir inevitáveis erros de tipo 1.⁵⁸ Trata-se de um dilema de difícil enfrentamento, mas que demanda, necessariamente, o distanciamento do ambiente apaixonado do processo penal (metaforicamente apresentado, neste texto, como a sala de audiências criminais) e a ampliação do foco de análise.

4. Conclusão

O presente texto serve a uma abordagem introdutória e exploratória a respeito do conceito de erro no âmbito da Justiça Criminal. Propusemos, nesse sentido, a complementação do entendimento tradicional a respeito do tema, de modo a ser considerado erro judiciário uma decisão que tanto (i) condena um inocente (erro de tipo 1) como (ii) absolve um culpado (erro de tipo 2).

Este artigo *não pretendeu* considerar irrelevantes os erros de tipo 1. Pelo contrário: a visão aqui defendida sustenta que a análise a respeito do funcionamento de determinado sistema de Justiça Criminal pressupõe um conceito mais ampliado de erro, de modo a abarcar situações de falsas absolvições. Essa premissa pode ser útil à formulação de juízos críticos a respeito da Justiça Criminal, na medida em que considera o sistema não somente pelas fundamentais garantias que ele oferece à cidadania frente ao Estado, mas *também* pela adequação da resposta judicial que ele oferece em relação ao cometimento de crimes — especialmente os violentos. Os elevados índices de violência no Brasil e, ainda mais grave, a dificuldade das

58. Ainda que seja difícil o cálculo exato dos níveis aceitáveis de erros tipo 2, o atendimento desse objetivo certamente pressuporia a drástica redução dos casos de impunidade no Brasil, o que importaria, a nosso ver, em níveis mais elevados de elucidação de crimes violentos e no efetivo julgamento e na condenação dos factualmente responsáveis.

autoridades estatais em perseguir a maioria esmagadora dos homicídios, sugerem que a Justiça Criminal brasileira, a despeito de seu desejável compromisso de evitar falsas condenações, é campo fértil para o cometimento *sistemático* de erros de tipo 2, o que é indesejável sob a perspectiva social.

A formulação ora proposta objetiva, nesse contexto, introduzir o debate e servir como ponto de partida para possíveis pesquisas a respeito do tema.

Referências

- ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry. “Deadly Dilemmas”. Rochester, NY: *Social Science Research Network*, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=1150931>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- ALTMAN, D. G.; BLAND, J. M. “Diagnostic Tests. I: Sensitivity and Specificity”, *BMJ : British Medical Journal*, v. 308, n. 6943, p. 1552, 1994.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, 2009.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 13, 2008.
- BRUNET, Júlio Francisco Gregory et al. “Fatores preditivos da violência na Região Metropolitana de Porto Alegre”, *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 2, n. 3, 2008.
- BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (orgs.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-14/>. Acesso em: 26 set. 2021.
- CAPRIROLO, Dino; JAITMAN, Laura; MELLO, Marcela. *Custos de bem-estar do crime no Brasil: um país de contrastes*. Inter-American Development Bank, 2017. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/8131>. Acesso em: 26 set. 2021.
- CARDOSO, Francisca Letícia Miranda Gadelha et al. “Homicídios no Rio de Janeiro, Brasil: uma análise da violência letal”, *Ciência; Saúde Coletiva*, v. 21, n. 4, p. 1277-1288, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco; HILDEBRANDI, Antônio Roberto. *As misérias do processo penal*. 2 ed. São Paulo: Pílares, 2009. Disponível em: <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/177305>. Acesso em: 26 set. 2021.

- CARVALHO, Alexandre X. Et al. *Custos das mortes por causas externas no Brasil*. Texto para discussão n. 1268. Brasília, 2007. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1757?mode=full>. Acesso em: 26 set. 2021.
- CASELL, Paul. “Overstating America’s Wrongful Conviction Rate? Reassessing the Conventional Wisdom About the Prevalence of Wrongful Convictions”, *Utah Law Faculty Scholarship*, p. 815-866, 2018.
- CERQUEIRA, Daniel R. C. et al. (orgs.). *Atlas da violência 2020*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>. Acesso em: 26 set. 2021.
- CERQUEIRA, Daniel R. C. et al. *Análise dos custos e consequências da violência no Brasil*. Texto para discussão n. 1284. Brasília, 2007. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1824>. Acesso em: 26 set. 2021.
- CERQUEIRA, Daniel R. C.; SOARES, Rodrigo R. *Custo de bem-estar da violência letal no Brasil e desigualdades regionais, educacionais e de gênero*. Texto para discussão, n. 1638, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10419/91258>. Acesso em: 26 set. 2021.
- CORRÊA, Thiago Pinheiro; COUTINHO, Nilton Carlos De Almeida. “O Ministério Público brasileiro enquanto instituição de *police oversight*: controle externo da atividade policial, direitos humanos e o conceito de investigação criminal efetiva”, *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 7, n. 14, p. 73-84, 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil — Sentença de 15 de julho de 2020*. San Jose da Costa Rica, 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.
- _____. *Caso Herzog e outros vs. Brasil — Sentença de 15 de março de 2018*. San Jose da Costa Rica, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.
- COSTA, Arthur Trindade M. “A (in)efetividade da justiça criminal brasileira: uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal”, *Civitas — Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015.
- CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal: devido processo, efetividade, garantias*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DAMAŠKA, Mirjan. *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108667326/type/book>. Acesso em: 15 jul. 2021.

- _____. “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, n. 3, p. 506-589, 1973.
- _____. “Truth in Adjudication”, *Hastings Law Journal*, n. 49, p. 289-308, 1998.
- _____ et al (orgs.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*. Oxford; Portland, Or: Hart Pub, 2008.
- DEKAY, Michael L. “The Difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof”, *Law & Social Inquiry*, v. 21, n. 1, p. 95-132, 1996.
- DUBBER, Markus D. et al. In DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana (orgs.). *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, 2014. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199673599.001.0001/oxfordhb-9780199673599-e-3>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- EPPS, Daniel. “The Consequences of Error in Criminal Justice”. Rochester, NY: *Social Science Research Network*, 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2463689>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- GAULEZ, Maiara Patti; FERRO, Andrea Rodrigues; MOREIRA, Gustavo Carvalho. “O efeito do encarceramento de homicidas sobre a taxa de homicídios no Brasil — Pro-Quest”, *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 2, p. 288-307, 2018.
- HAACK, Susan. “The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front”, *Ratio Juris*, v. 25, n. 2, p. 206-235, 2012.
- HRABOVSKY, Lukas. “Breaking the Silence: Challenging Legal Limits to Pursue Human Rights Violations”, *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, v. 8, n. 1-2, p. 129-145, 2021.
- HYLTON, Keith N. “Economic Analysis of Criminal Procedure”. Rochester, NY: *Social Science Research Network*, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2477425>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- HYNES, Richard M. “From Blackstone’s Ratio to the Conviction Ratio”, *Virginia Public Law and Legal Theory*, 2016. (Research Paper No. 17). Disponível em: <http://www.ssrn.com/abstract=2722797>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- KAPLOW, Louis. “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. SI, p. 307-401, 1994.
- LANDO, Henrik; MUNGAN, Murat C. “The Effect of Type-1 Error on Deterrence”, *International Review of Law and Economics*, v. 53, p. 1-8, 2018.
- LAUDAN, Larry; ALLEN, Ronald J. “Deadly Dilemmas III: Some Kind Words for Preventive Detention”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 101, n. 3, p. 781, 2011.

- LAUDAN, Larry. "The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice", *Episteme*, v. 5, n. 3, p. 282-294, 2008.
- _____. *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511617515>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- _____; ALLEN, Ronald. "Deadly Dilemmas II: Bail and Crime", *Chicago-Kent Law Review*, v. 85, n. 1, p. 23, 2009.
- LIPPKE, Richard L. "Justifying the Proof Structure of Criminal Trials", *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 17, n. 4, p. 323-346, 2013.
- _____. *The Ethics of Plea Bargaining*. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199641468.001.0001/acprof-9780199641468>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Brasil novamente condenado pela corte interamericana*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/opiniao-brasil-novamente-condenado-corte-interamericana>. Acesso em: 6 maio 2021.
- MEDWED, Daniel S. (org.). *Wrongful Convictions and the DNA Revolution: Twenty-five Years of Freeing the Innocent*. Cambridge, UK; New York, USA: Cambridge University Press, 2017.
- MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. "Feminicídios: homicídios femininos no Brasil", *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 564-574, 2011.
- MORGAN, Stephen L.; WINSHIP, Christopher. *Counterfactuals and Causal Inference: Methods and Principles for Social Research*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- NÓBREGA, José Maria. "Barômetro da violência e da segurança na cidade do Recife", *Revista Política Hoje*, v. 17, n. 1, p. 67-90, 2008.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. "Violações brasileiras às 'garantias judiciais': uma visão a partir da corte interamericana de direitos humanos", *Revista Pensamento Jurídico*, v. 15, n. 1, p. 93-127, 2021.
- PERES, Maria Fernanda Tourinho et al. "Evolução dos homicídios e indicadores de segurança pública no município de São Paulo entre 1996 a 2008: um estudo ecológico de séries temporais", *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 17, n. 12, p. 3249-3257, 2012.
- POSNER, Richard. "An Economic Approach to the Law of Evidence", *Stanford Law Review*, v. 51, p. 1477, 1999.
- PACHECO, Wilfredo et al. (org.). *Meta 2: a impunidade como alvo: diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público,

2012. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.
- ROBERTS, Paul. “Double Jeopardy Law Reform: A Criminal Justice Commentary”, *Modern Law Review*, v. 65, n. 3, p. 393-424, 2002.
- SACHSIDA, Adolfo; MENDONÇA, Mario Jorge Cardoso de. *Evolução e determinantes da taxa de homicídios no Brasil*. Texto para discussão n. 1808. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.econstor.eu/handle/10419/91128>. Acesso em: 8 jul. 2021.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. *Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito*. FGV Digital Repository, 2009. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- SOUZA, Edinilsa Ramos de; LIMA, Maria Luiza Carvalho de. “Panorama da violência urbana no Brasil e suas capitais”, *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 11, p. 1211-1222, 2006.
- VOLOKH, Alexander. “Guilty Men”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, n. 1, p. 173-216, 1997.
- WEIGEND, Thomas. “Should We Search for the Truth, and Who Should Do It”, *North Carolina Journal of International Law*, v. 36, n. 2, p. 389-416, 2011.
- WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of Criminal Trial*. New Haven/ London: Yale University Press, 2008.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____ et al. *Direito penal brasileiro. 1. Volume: Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2017.

Repactuação de contratos durante a pandemia: comentários com base na análise econômica e comportamental do Direito

Marcello Lobo

1. Introdução

A pandemia do coronavírus trouxe a situação sem precedentes de necessidade e urgência de que pessoas, tanto físicas como jurídicas, avaliassem suas obrigações contratuais e buscassem soluções para inadimplementos contratuais iminentes ou já consumados.

Este trabalho tem caráter exploratório-descritivo e se baseia na literatura da Análise Econômica e Comportamental do Direito, com o objetivo de discutir aspectos que possam ter contribuído para a disposição das partes, ou não, em repactuar contratos durante a pandemia.

Após a pandemia ser declarada, em 11 de março de 2020, pela Organização Mundial da Saúde,¹ várias medidas governamentais foram adotadas no Brasil, com vistas ao distanciamento social, com restrição na realização de eventos, assim como no funcionamento de cinemas, escolas, estabelecimentos comerciais e industriais, entre outras.²

Interrompendo-se ou reduzindo-se o fluxo de pessoas e todas essas atividades, a consequência imediata foi a redução das trocas comerciais, o que resultou em grande apreensão quanto à capacidade de geração de receita e ao cumprimento de obrigações nos mais diversos tipos de contratos, incluindo financiamento, locação, fornecimento de bens e serviços, e de compra e venda.

Dessa forma, seguiram-se as medidas classificadas como sanitárias, com a determinação de isolamento ou distanciamento social, além da paralisação de atividades. Projetos de lei foram elaborados, alguns, inclusive, aprovados em caráter de urgência, com o objetivo de regular direitos e obrigações na prestação de serviços públicos³ e até mesmo em relações

1. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020*. [Genebra, OMS], 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> Acesso em: 31 maio 2021.

2. A título de exemplo, no estado do Rio de Janeiro, o então governador emitiu o Decreto nº 46.973 em 16 de março de 2020, publicado no *Diário Oficial do Estado* em 17 de março de 2020, determinando a suspensão, inicialmente pelo prazo de 15 (quinze) dias, da realização de eventos e atividades com a presença de público, tais como: evento desportivo, show, salão de festa, casa de festa, feira, evento científico, comício, passeata e afins, bem como equipamentos turísticos, Pão de Açúcar, Corcovado, Museu, Aquário do Rio de Janeiro (AquaRio), Rio Star roda-gigante e demais pontos turísticos; atividades coletivas de cinema, teatro e afins; aulas; entre muitas outras.

3. A título de exemplo, a Lei Estadual nº 8.769 de 2020, aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e sancionada pelo governador, que dispõe sobre medidas de proteção à população fluminense durante o plano de contingência do novo coronavírus da Secretaria de Estado de Saúde, e vedou, durante o período em que estiver em vigor o Plano de Contingência do Novo Coronavírus da Secretaria de Estado de Saúde, a majoração, sem justa causa, do preço de produtos ou serviços a consumidores, assim como a interrupção de serviços essenciais por falta de pagamento, pelas concessionárias de serviços públicos, e a incidência de multas e juros por atraso de pagamento das faturas de serviços públicos concedidos. Não é

estritamente privadas, como é o caso de locações e fornecimento de bens e serviços entre empresas.

Cita-se, aqui, a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Esse dispositivo legal reconheceu o fato de o Direito brasileiro já dispor de regras adequadas para resolver ou revisar contratos por onerosidade excessiva, considerado necessário conter os excessos nas alegações sobre ocorrência de caso fortuito ou força maior. O projeto de lei buscou, assim, equilibrar posições em áreas extremamente complexas e de difícil ponderação entre interesses, conforme indicado por seu autor.⁴

É importante mencionar que a pandemia, inicialmente, afetou a todos, provocando diferentes graus de empatia e solidariedade. Com o tempo, foi possível verificar que as pessoas e empresas foram impactadas de forma diversa, cada qual ao seu modo, de acordo com seu ramo de atividades — uns mais, outros menos. Enquanto determinadas atividades, consideradas essenciais, foram autorizadas a continuar funcionando, e até mesmo experimentaram grande crescimento na demanda e nas receitas (supermercados e farmácias, por exemplo), outras foram paralisadas ou reduzidas de forma significativa por um longo tempo, sofrendo os efeitos da pandemia de forma muito mais gravosa (entretenimento, como cinemas, teatros, apresentações musicais e transporte de passageiros, inclusive aéreo, entre outras).

Este trabalho se justifica em razão da crescente tendência de leis e órgãos privilegiarem e buscarem fomentar a autocomposição das partes, ainda que assistida por conciliador ou mediador, conforme previsto no

objeto deste trabalho uma discussão sobre a inconstitucionalidade de algumas das medidas adotadas pelos diversos entes da federação.

4. Projeto de Lei nº 1179 de 2020, proposto pelo Senador Antonio Anastasia, cuja justificativa inicia-se com a seguinte afirmação: “as dramáticas consequências da pandemia do coronavírus (Covid-19) já se fazem sentir na economia e na sociedade brasileiras, ao exemplo do que ocorre em mais de uma centena de países”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 11 jul. 2021.

novo Código de Processo Civil⁵ e em normativo do Conselho Nacional de Justiça,⁶ sendo recomendável debater os fatores econômicos e comportamentais que podem influenciar a decisão de repactuação de obrigações contratuais pelas partes. Dessa forma, utiliza-se a pandemia como um balão de ensaio sobre esse processo decisório e ambiciona-se oferecer uma matriz resumida de elementos considerados relevantes, mesmo em situações menos dramáticas.

É importante ressaltar que o tema, além de apresentar relevância em relações puramente bilaterais, é de especial importância em contratos privados que envolvem agentes de setores regulados, por causa da interdependência entre os diversos contratos de setores regulados, de forma que o inadimplemento ou a judicialização (ou disputa arbitral) envolvendo determinado contrato, ambos têm o potencial de gerar efeito dominó nas demais relações jurídicas a montante e a jusante. A título de exemplo, menciona-se o setor elétrico, em que a distribuidora de energia está em uma das pontas, suprindo a demanda e arrecadando valores que serão repassados aos demais agentes, de transmissão e geração, com base em uma série de relações jurídicas que, embora muitas vezes bilaterais, são substancialmente interdependentes.

O trabalho está estruturado em quatro capítulos, além desta introdução. No segundo capítulo, são apresentados breves comentários sobre a autonomia das partes e a intervenção jurisdicional (Judiciário e arbitragem) em contratos privados. No terceiro capítulo, discutem-se o custo de transação e a incompletude dos contratos. No quarto capítulo, abordam-se os fatores apresentados pela economia comportamental e sua influência

5. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. art. 139, V, e art. 334. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

6. BRASIL. *Resolução CNJ 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. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2010]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 25 set. 2021.

na disposição das partes em renegociar. O capítulo final apresenta algumas conclusões e provocações para estudos adicionais sobre o tema, propondo uma matriz de referência com aspectos a serem considerados em futuras repactuações, com base nas análises realizadas ao longo do artigo.

2. Autonomia das partes e intervenção jurisdicional

O contrato é lei entre as partes e deve ser cumprido como tal. É o que determina o princípio *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos). Preocupa-se o Direito com a força obrigatória dos contratos. Busca-se garantir a paz social, por meio da segurança jurídica. Por outro lado, sob o ponto de vista econômico, presume-se⁷ que o cumprimento do contrato situa as partes em melhores condições, de acordo com suas próprias vontades refletidas no contrato, sem deixar qualquer parte em pior situação.⁸ Busca-se eficiência.⁹

No entanto, a autonomia das partes em contratar e sua vinculação ao contrato não são absolutos. Devem seguir normas de ordem pública relativas à formação dos contratos, admitindo-se que eventos extraordinários e imprevisíveis, cujos efeitos não possam ser evitados ou impedidos, justificam a relativização do que foi inicialmente acordado pelas partes. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro¹⁰ determina que a liberdade contratual

7. Presume-se, porque a Análise Econômica do Direito admite o inadimplemento eficiente do contrato (SHAVELL, 2005).

8. “The enforceability of a contract usually makes the parties better off, as measured by their own desires, without making anyone worse off. Making someone better off without making anyone worse off is a ‘Pareto-efficient’ change. Economic efficiency usually requires enforcing a promise if the promisor and promisee both wanted enforceability when it was made.” (COOTER; ULEN, 2012, p. 283).

9. Para uma discussão sobre execução específica ou indenização por perdas e danos em caso de descumprimento contratual, ver Shavell (2006).

10. BRASIL. *Lei Federal 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/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

será exercida nos limites da função social do contrato (art. 421) e que os contratantes também são obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422).¹¹

No que diz respeito à sua execução, admite-se intervenção jurisdicional quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução (art. 317) ou se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de eventos extraordinários e imprevisíveis (arts. 317, 478 e 479). Da mesma forma, a penalidade estabelecida em cláusula penal deve ser reduzida se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio (art. 413).

Ainda que não se trate de hipótese expressamente prevista no Código Civil, em que se admite intervenção jurisdicional, deve ser mencionada também a possibilidade de liberação da obrigação na hipótese de uma parte ser afetada por caso fortuito ou por força maior (art. 393). Em razão da amplitude do conceito — fato necessário, cujos efeitos não podiam ser evitados ou impedidos — e de seus efeitos, pleitos de força maior têm o potencial de provocar atividade jurisdicional para a solução da controvérsia.

Após breve menção a esses dispositivos do Código Civil, que não serão objeto de discussão detalhada neste artigo — foram citados apenas com a finalidade de contextualizar a força vinculante dos contratos comerciais no Direito brasileiro —, seria possível oferecer a seguinte proposição

11. Para fins de simplificação e generalidade, não serão consideradas neste artigo as regras relativas aos contratos de adesão (arts. 113, IV, 423 e 424), uma vez que esses contratos pressupõem justamente a ausência de uma negociação plenamente livre entre as partes. E haverá presunção de estarem sempre presentes os requisitos de validade dos atos jurídicos: capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Da mesma forma, inexistentes os defeitos do negócio jurídico (arts. 138 e 165), incluindo coação, estado de perigo, lesão ou dolo.

sobre esses contratos no Brasil: o contrato válido terá força obrigatória, devendo ser fielmente cumprido pelos contratantes, exceto quando esse cumprimento seja dispensado em razão de eventos cujos efeitos não possam ser impedidos ou evitados e que impeçam sua execução, ou de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que tornem as contraprestações manifestamente desproporcionais, com excessiva onerosidade para uma parte e extrema vantagem para a outra. Consta-se, assim, que há amplo espaço para escusas em relação ao cumprimento dos contratos.¹²

Recentemente, a Lei da Liberdade Econômica¹³ alterou alguns dispositivos do Código Civil, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica às relações privadas, complementando regras de interpretação (art. 113) e determinando o princípio de intervenção mínima, excepcionalidade da revisão contratual e presunção de paridade e simetria nos contratos civis e comerciais (arts. 421 e 421-A, ambos do Código Civil).

O respeito à alocação de riscos pelas partes presume que ninguém melhor que as partes contratantes, a princípio bem-informadas e conscientes de suas necessidades e interesses, para reconhecer suas limitações financeiras e as oportunidades oferecidas pelo contrato e pelo mercado (outras oportunidades). Desse modo, são capazes de sopesar os riscos e benefícios do pacto proposto, negociar e assinar o contrato, assim como repactuá-lo no futuro, se for o caso. Privilegiam-se, assim, a liberdade das partes em contratar, a segurança jurídica e a eficiência econômica.

Em seguida, veremos de que forma essa possível intervenção pode impactar as decisões sobre a repactuação.

12. Segundo Gustavo Kloh (2019, p. 311), “se, por um lado, a nova base principiológica privilegiou valores de dignidade e solidariedade antes pouco considerados, por outro lado, a ampliação dos poderes dos magistrados na modificação e revisão dos contratos significou incerteza no cumprimento do contrato”.

13. BRASIL. *Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera leis mencionadas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

3. Custos de transação e contratos incompletos

O ensino jurídico tradicional se ocupa especialmente da formação dos contratos, de seus requisitos, das hipóteses de rescisão, dos vícios, das características dos contratos típicos e de sua execução. Mas qual é sua razão de ser? O que buscam as partes contratantes?

O objetivo do contrato é regular as situações supervenientes, estabelecendo direitos e obrigações a serem observados pelas partes a partir de sua assinatura ou da data estabelecida pelas partes.¹⁴ A justificativa está no fato de que alguns negócios são imediatos, de modo que o pagamento e a entrega da coisa ocorrem ao mesmo tempo, não se fazendo necessário um contrato que regule a relação entre as partes. Outros estão sujeitos a um lapso temporal entre o pagamento e a execução (pagamento à vista e execução futura), ou vice-versa (execução anterior ao pagamento, que se dá a prazo). Nesses negócios que envolvem tempo entre a prestação de cada parte, diversos podem ser os riscos e as incertezas: capacidade financeira das partes, forma de execução (especificação da coisa ou do serviço), oportunidades de negócios mais vantajosas para uma das partes, eventos que possam afetar a execução (indisponibilidade ou custo de matéria-prima e mão de obra), entre outros.¹⁵ Esses riscos e incertezas constituem a razão de ser do contrato sob o ponto de vista econômico.¹⁶

14. O contrato poderá, excepcionalmente, regular algumas situações passadas, com efeitos retroativos. Mas, em geral, isso se dá no contexto de preocupação com a conduta das partes no futuro, seja para ratificar o que já foi executado até a celebração do contrato, enquanto as partes o negociavam, seja para evitar que se apresentem pleitos de indenização futuros, como no caso da transação.

15. *“Many exchanges occur instantly and simultaneously, as when a shopper pays cash for goods in the grocery store. In a simultaneous, instantaneous exchange, there is little reason to promise anything. The making of promises, however, typically concerns deferred exchanges — that is, transactions that involve the passage of time for their completion. For example, one party pays now and the other promises to deliver goods later (“payment for a promise”); one party delivers goods now and the other promises to pay later (“goods for a promise”); or one party promises to deliver goods later, and the other promises to pay when the goods are delivered (“promise for a promise”).”* (COOTER; ULEN 2012, p. 283).

16. Steven Shavell (2003) detalha o assunto e indica o fornecimento futuro de bens e serviços, a realocação ou o compartilhamento de riscos, a diferença entre opiniões das partes sobre os eventos subsequentes que possam influenciar o preço e o tempo de execução das obrigações.

Nesse sentido, os custos de transação desempenham papel fundamental. Em seu artigo “The Nature of the Firm”, Ronald Coase apresentou os custos de transação como justificativa para o desenvolvimento da firma, em que são consolidados os fatores de produção,¹⁷ devendo-se levar em consideração os custos de negociação e conclusão de contratos para cada operação de troca que ocorre no mercado.¹⁸

Os custos de transação envolvem, de forma simplificada, o custo de procurar uma contraparte, de negociar o contrato e de executá-lo em caso de inadimplemento.¹⁹ Para os fins deste estudo, os dois últimos são mais relevantes, pois as partes já estão vinculadas pelo contrato, o encontro já ocorreu e a relação jurídica inicial já foi estabelecida.

O processo de negociar contratos é custoso, demanda tempo, esforço das contrapartes e custos com assessores. Ainda que fosse possível que as partes previssem toda e qualquer contingência futura, o custo seria proibitivo, de modo que os contratos são incompletos.²⁰ Dessa forma, quando

17. “We may sum up this section of the argument by saying that the operation of a market costs something and by forming an organization and allowing some authority (an “entrepreneur”) to direct the resources, certain marketing costs are saved.” (COASE, op. cit., 1937, p. 392).

18. “The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account.” (COASE, op. cit., 1937, p. 390-391).

19. “What are transaction costs? Are they ever really negligible? We cannot use the Coase Theorem to understand law without answering these questions. Transaction costs are the costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you are selling or sell what you are buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners. A bargain is reached by successful negotiation, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. Enforcement involves monitoring performance of the parties and punishing violations of the agreement. We may call the three forms of transaction costs corresponding to these three steps of an exchange: (1) search costs, (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs.” (COOTER; ULEN, op. cit., 2012, p. 88).

20. “In a world where it was costless to think about, plan for, and write down provision future events, parties engaged in trade would write a “comprehensive” contract which specifies precisely what each of their obligations is in conceivable state of the world. Under these conditions, there would be any reason for the parties to modify or update their contract since everything would be anticipated and planned for in advance. Nor would any disputes ever occur since an outsider (for instance, a court) could (costlessly) determine whether one of the parties has been in breach of contract and impose an appropriate penalty.” (HART, 1988, p. 121-122).

determinadas circunstâncias ocorrem e não estão previstas no contrato, as partes precisam chegar a um novo acordo, sobre a forma como vão lidar com a nova situação. A Lei da Liberdade Econômica, ao alterar e detalhar as regras de interpretação contratual no Código Civil (art. 113), acolheu a teoria do contrato incompleto, estabelecendo que a interpretação do negócio jurídico deve atribuir-lhe o sentido que corresponder a qual *seria* (ou teria sido?) a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. E privilegiou a autonomia da vontade ao estabelecer que as partes poderão pactuar livremente as regras de interpretação, de *preenchimento de lacunas* e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.²¹

Tem-se, portanto, que as disputas contratuais não terão por objeto apenas a divergência das partes quanto ao que foi expressamente negociado e pactuado, hipótese em que caberia às partes ou a um terceiro (juiz ou árbitro) analisar o que diz o contrato e aplicar os fatos à regra contratual. As disputas também podem envolver situações não previstas no contrato, o que torna a análise ainda mais complexa, sendo necessário extrair da regra contratual qual teria sido o acordo das partes sobre a nova questão.

Essa última análise, além de mais complexa, é também menos jurídica, e coloca juízes e árbitros na difícil posição de terem de suprir a vontade das partes para preencher eventual lacuna contratual referente a uma decisão de negócio.

O contrato é o *instrumento* pelo qual se regulam direitos e obrigações das partes, e não um fim em si mesmo. O fim, ou o objeto do contrato, é o negócio jurídico — compra e venda, locação, prestação de serviços etc. As

21. Para uma discussão sobre o papel de regra padrão (norma legal) no preenchimento de lacunas em contratos incompletos, em vez de aplicar a regra “what would have”, principalmente nos casos em que as lacunas podem ter sido estratégicas, ver Ayres e Gertner, op. cit., 1989, p. 87-130).

partes negociam o contrato de acordo com seus interesses (principalmente econômicos) no negócio jurídico, o valor que atribuem ao bem ou ao serviço, o cronograma que atenda às necessidades de uma partes e que seja factível para a execução do objeto pela outra, e consideram o apetite ou a aversão das partes a riscos.

Esses interesses não são determinados pelo Direito, mas pelos objetivos comerciais e as circunstâncias de cada parte, especialmente em contratos empresariais complexos. Por essa razão, é possível afirmar que ninguém melhor do que as próprias partes para a solução de qualquer controvérsia. Não chegando a um consenso, restará o litígio, com a definição, por um terceiro, de uma regra que pode afetar a condução dos negócios das partes.

Em *The Problem of Social Cost*, Ronald Coase volta aos custos de transação e afirma, ao discutir a responsabilidade civil perante terceiros, que, *quando inexistem custos de transação* e os direitos das partes são bem definidos, a negociação entre as partes será eficiente, independentemente da alocação inicial dos direitos.²² Cita como exemplo o gado que eventualmente invade a propriedade vizinha e destrói plantações.

Uma das principais críticas ao que ficou conhecido como Teorema de Coase²³ é justamente a premissa utópica da ausência de custos de transação. Robert Ellickson examina, na prática, esse exemplo hipotético, que envolve gado e plantações, em casos reais envolvendo vizinhos em Shasta County, Califórnia, e questiona essa premissa,²⁴ além da premissa sobre a definição dos direitos por lei.

22. COASE, R. H. "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44. Disponível em: www.jstor.org/stable/724810. Acesso em: 11 jul. 2021.

23. Cooter e Ulen (2012, p. 81-85) resumem o Teorema de Coase da seguinte forma, após a ressalva de que há diferentes formulações: "When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights".

24. "Coase himself was fully aware that obtaining information, negotiating agreements, and litigating disputes are all potentially costly, and that thus his Parable might not portray accurately how rural landowners would respond to a change in trespass law. Some law-and-economics scholars, however, assume that transaction costs are indeed often trivial when only two parties are in conflict." (ELICKSON, 1986, p. 625).

Em sua pesquisa empírica,²⁵ ele conclui que estudiosos da Análise Econômica do Direito devem prestar mais atenção à forma como os custos de transação influenciam a resolução de disputas,²⁶ e que estudiosos de contratos já sabem há tempos que as normas informais tendem a ser especialmente influentes quando as partes em disputa compartilham uma relação continuada.²⁷

Os custos de transação de uma disputa envolvem as próprias custas judiciais ou arbitrais, os custos adicionais do procedimento, como eventuais perícias e traduções, honorários de advogados e outros assessores (assistente técnico, assessor contábil), além de despesas com a apresentação de documentos, viagens para prestar depoimentos e participar de audiências, apresentação de garantias financeiras, seguro-garantia ou depósitos judiciais, entre muitos outros.

Além desses custos com despesas efetivas relacionadas à disputa, há custos indiretos para as partes, como, por exemplo, o desvio das atividades normais para que seu pessoal possa tratar das questões relacionadas ao litígio nos devidos prazos processuais, danos à relação comercial com a empresa contraparte/parceira de negócios, publicidade para a disputa (exceto se o procedimento estiver sujeito a segredo de justiça ou confidencialidade) e perda de controle do processo.²⁸

Verifica-se, portanto, que muitos são os custos, financeiros e não financeiros, de um litígio. Imagina-se que as partes avaliarão, de forma racional

25. ELLICKSON, Robert C. *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*. Faculty Scholarship Series. Paper 466. 1986. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/466/. Acesso em: 10 jul. 2021.

26. “In Shasta County, the law of trespass had no apparent feedback effects on trespass norms. In no instance did the legal designation of an area as open (or closed) range effect how residents resolved a trespass or stray dispute. [...] Because it is costly to carry out legal research and to engage in legal proceedings, a rational actor often has good reason to apply informal norms, not law, to evaluate the propriety of human behavior.” (ELLICKSON, op. cit., p. 685-686).

27. Essa é também a conclusão de Cooter e Ulen (2012, p. 299).

28. MACAULAY, Stewart. “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, 1963, p. 55-67. Disponível em: www.jstor.org/stable/2090458. Acesso em: 11 jul. 2021.

e econômica, as vantagens (potenciais ganhos) e desvantagens (custos efetivos e potenciais) de um litígio em comparação a uma repactuação ou um acordo, premissa que será discutida no próximo capítulo.

4. Análise racional (ou não) entre litígio e repactuação

A Análise Econômica tem-se baseado no que se chama “teoria da escolha racional”, cuja premissa é de que as pessoas tomam decisões racionais com base em seu interesse próprio.²⁹

Essa presunção sobre o *homo economicus* deixa de considerar as limitações à racionalidade (a capacidade cognitiva humana não é infinita), à força de vontade (incapacidade de cessar a prática de atos contrários aos próprios interesses de longo prazo) e ao interesse próprio (altruísmo e senso de justiça em relação aos outros).³⁰ Não causa surpresa, portanto, que algumas decisões de se buscar o litígio, por exemplo, não sejam totalmente baseadas na análise de custo-benefício, mas, sim, no desejo de reparação por uma má conduta, uma injustiça, na intenção de penalizar a outra parte, ainda que os potenciais ganhos possam ser inferiores às potenciais perdas.³¹

29. “In our review of microeconomic theory we have followed modern microeconomists in assuming that decision makers are rationally self-interested. This theory of decision making is called rational choice theory and has served the economics profession well over the past 60 or more years in theorizing about how people make explicitly economic decisions.” (COOTER; ULEN 2012, p. 50.)

30. “How do “real people” differ from *homo economicus*? We will describe the differences by stressing three important “bounds” on human behavior, bounds that draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences, rational expectations, and optimal processing of information. People can be said to display bounded rationality, bounded willpower and bounded self-interest.” (SUNSTEIN; JOLLS; THALER, 1998, p. 1476).

31. “An ‘irrational’ factor may exert some influence on the decision to use legal sanctions. The man who controls a firm may feel that he or his organization has been made to appear foolish or has been the victim of fraud or bad faith. The law suit may be seen as a vehicle “to get even” although the potential gains, as viewed by an objective observer, are outweighed by the potential costs.” (MACAULAY, 1963, p. 55-67).

Quanto às limitações à racionalidade, a dificuldade de se obterem e de se processarem todas as informações necessárias para maximizar seus interesses, tanto em razão dos já discutidos custos de transação como das limitações humanas, leva os indivíduos a buscarem certo grau de satisfação.³² Evidências empíricas sugerem que as pessoas agem de forma até mesmo incompatível com as premissas da teoria da escolha racional.³³ Dessa forma, é possível considerar que as escolhas entre o caminho do litígio e o caminho da repactuação podem ser afetadas por vieses e heurísticas, assim como pelo contexto em que as partes se encontram, como será discutido, de forma sucinta, a seguir.³⁴

4.1 Viés da representatividade

O viés da representatividade pode ser resumido como a tendência de ignorar dados e estimar excessivamente a correlação entre o que uma situação parece representar e o que realmente significa.³⁵ Determinados estereótipos (como, por exemplo, alguém ser considerado arrojado por dirigir um carro esportivo) geram um atalho para o processo decisório e a consequência é que podem ser ignorados alguns dados probabilísticos.

No que diz respeito à propensão de negociar uma repactuação contratual, supõe-se que empresas economicamente sólidas e tradicionalmente firmes em suas posições negociais não estariam dispostas a negociar com fornecedores, clientes e parceiros de negócios. Com isso, ignora-se

32. SIMON, Herbert. A. "Rational Choice and the Structure of the Environment", *Psychological Review*, 1956, 63, p. 129-138. Disponível em: <http://digitalcollections.library.cmu.edu/awweb/awarchive?type=file&item=33544>. Acesso em: 17 jul. 2021.

33. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review*, v. 88, n. 4, 2000, p. 1055. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481255. Acesso em: 11 jul. 2021.

34. Não é objeto deste trabalho apresentar uma explicação mais detalhada desses fatores comportamentais, o que pode ser analisado a partir das referências bibliográficas.

35. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S., op. cit., p. 1086.

que a estatística-base sobre a propensão de negociar deveria ser de aproximadamente 50% (sim ou não) e que situações complexas podem exigir que diversos fatores sejam levados em consideração nessa tomada de decisão, como, por exemplo, a preocupação com rupturas em sua cadeia de suprimentos ou o encerramento de atividades de seus clientes e o risco reputacional (percepção de inflexibilidade no contexto de pandemia), a relação entre as partes, confidencialidade, entre outros.³⁶ A pandemia, utilizada como cenário para esta discussão, demonstra muito bem isso. Empresas e setores anteriormente tidos como extremamente seguros e sólidos viram-se em uma situação totalmente inusitada que representou efetiva ameaça à sua continuidade.

4.2 Viés da disponibilidade

O viés da disponibilidade está presente quando se estima, de forma excessiva, a relevância de eventos marcantes ou noticiados com destaque, ignorando-se a real probabilidade de sua ocorrência.³⁷ Exemplo clássico é o do transporte aéreo. Embora as estatísticas indiquem tratar-se de modal de transporte bastante seguro em comparação aos demais, algumas notícias sobre acidentes aéreos, eventos raros porém marcantes, tendem a aumentar o medo de voar.

Especialmente no início da pandemia, é razoável supor que poucas repactuações tenham ocorrido no universo de contratos. Não obstante, algumas notícias na imprensa sobre empresas renegociando contratos de aluguel e outros em razão da paralisação de atividades ou da desvalorização cambial tornam essa informação sobre a repactuação mais “dispo-

36. GIUSTI, Gilberto; LOBO, Marcello. “Cumprimento de contratos e resolução de controvérsias em tempos de COVID-19”. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324540/cumprimento-de-contratos-e-resolucao-de-controversias-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 17 jul. 2021.

37. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S., op. cit., p. 1087.

nível”. Uma espécie de profecia autorrealizável pode ocorrer a partir daí. A percepção, em razão dessa disponibilidade, de que as empresas estão voltando à mesa de negociações e repactuando suas obrigações faz com que outras empresas percebam uma probabilidade maior de renegociar seus contratos, sem considerar que a repactuação dependerá da capacidade da outra parte de acomodar a situação e de não estar, ela própria, necessitando de uma flexibilização em suas obrigações. Como será visto adiante, outros fatores contribuem para essa percepção de maior probabilidade, e até mesmo para o êxito de uma renegociação, como, por exemplo, o senso de justiça e a aversão à inequidade.

Outra situação que pode ter tido papel relevante no que diz respeito à “disponibilidade” na pandemia do coronavírus foi a carência concedida por bancos, públicos e privados, para o pagamentos de empréstimos, além da abertura de linhas de crédito novas e a possibilidade de renegociação de prazos. No caso das medidas adotadas pelo governo,³⁸ pode-se até mesmo dizer que desempenharam o papel de *nudge*, servindo de pequeno incentivo ou empurrão para que outros credores também fossem mais flexíveis.³⁹ Se foi essa ou não a intenção, é um tema interessante para estudo em outro artigo.

4.3 Excesso de confiança

O excesso de confiança determina que, mesmo cientes da probabilidade de determinados eventos acontecerem, há uma tendência a se pensar que os eventos bons têm maior probabilidade de acontecer, enquanto os eventos ruins têm menor probabilidade de acontecer conosco.⁴⁰ Uma das influências do excesso de confiança na conduta de alguns agentes durante a pandemia pode ter sido a postergação da iniciativa de propor ou aceitar uma

38. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/pagamentos08jul>. Acesso em: 17 jul. 2021.

39. Para uma discussão sobre *nudges*, ver Thaler e Sunstein (2019).

40. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S., op. cit., p. 1091.

renegociação contratual, por exemplo, sob a premissa de que os efeitos da pandemia e das medidas governamentais subsequentes não abalariam tão grave ou permanentemente seus negócios, seja por acreditarem no curto prazo das medidas ou em sua capacidade de rápida recuperação.

4.4 Viés confirmatório ou de autosserviço

Relacionado ao viés de excesso de confiança, o viés confirmatório ou de autosserviço se manifesta na tendência de que a interpretação de dados ocorra no sentido de reforçar os próprios interesses ou concepções sobre o assunto.⁴¹ Por exemplo, eventuais informações de que empresas de determinado setor, como o comércio, estão obtendo decisões liminares para suspender suas obrigações em contratos de aluguel podem ser interpretadas por outras empresas que buscam repactuação (serviços que podem ser prestados remotamente, por exemplo) como evidência de que a renegociação é bastante provável. Isso porque entendem tratar-se também de locação sem utilização efetiva do espaço físico, ao passo que suas contrapartes (os locadores) podem ater-se mais às diferenças setoriais e considerar que os casos são bem diferentes, não se justificando uma renegociação, em razão de esses prestadores de serviço terem a capacidade de continuar auferindo renda remotamente e, portanto, de honrar suas obrigações.

Se considerarmos que a decisão de renegociar ou não um contrato depende, em grande medida, da expectativa das partes quanto ao resultado de eventual litígio, o viés confirmatório ou de autosserviço tem grande relevância. Se cada parte chegasse a uma conclusão diferente, ainda que dispusesse dos mesmos dados que a outra, com a certeza razoável de que, em caso de litígio, prevaleceria, como seria possível chegar a um meio-termo?⁴²

41. *Ibidem*.

42. Para discussão mais detalhada e indicação de bibliografia sobre o assunto, ver Korobkin e Ulen (2000, p. 1093).

4.5 Viés de resultado ou análise retrospectiva

O viés de resultado (ou análise retrospectiva) descreve a tendência de estimar excessivamente a previsão que se tinha anteriormente sobre determinado evento após o conhecimento de que efetivamente ocorreu.⁴³ É popularmente conhecido como o fenômeno do “engenheiro da obra pronta”.

Um importante desafio com base no viés de resultado diz respeito à tomada de decisões e ao seu controle posterior. Sob o ponto de vista da governança corporativa, a decisão de renegociar ou não um contrato deve levar em consideração os custos e benefícios para a empresa, e a decisão dos administradores estará sujeita ao controle dos acionistas e credores em algum momento. Não sendo possível dispor de todas as informações e processá-las com elevado grau de precisão, o viés de resultado opera como uma sombra sobre os tomadores de decisão, podendo prejudicar a viabilidade de uma negociação, caso se revele mais seguro agarrar-se à posição contratual já estabelecida.⁴⁴ Ou seja, pode resultar em apego às cláusulas contratuais, ainda que, na prática, insistir em seus termos originais possa revelar-se danoso a ambas as duas partes.

4.6 Viés de ancoragem e ajustamento

Quando um valor é apresentado inicialmente, a tendência é que não seja ignorado, desempenhando papel relevante na análise probabilística de determinado evento ou na determinação de seu valor final.⁴⁵

No caso de renegociação, esse viés pode impactar duas questões. A primeira, e menos relevante para o tema em estudo, é que a proposta de

43. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S., op. cit., p. 1095.

44. LOBO, Marcello. “Decisões urgentes durante a Covid-19 e a responsabilidade dos administradores”. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/opiniao/decisoes-urgentes-durante-covid-19-e-responsabilidade-dos-administradores>. Acesso em: 17 jul. 2021.

45. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S., op. cit., p. 1100.

repactuação inicialmente apresentada servirá de base ou âncora para a discussão. Assim, o resultado final da negociação tende a ser diferente se a proposta de carência de pagamento, por exemplo, for de seis meses ou dois meses, ou se o percentual da obrigação a ser postergado for de 30% (trinta por cento) ou 50% (cinquenta por cento). Incorpora-se a primeira informação recebida e as decisões posteriores tendem a basear-se nela. Quem pede mais tende a receber mais.⁴⁶

O segundo impacto tem relação com o viés de disponibilidade já mencionado. Se a informação mais disponível é a de que a carência tem sido negociada em determinados contratos (aluguel, por exemplo) em três meses, a tendência é que as partes não fiquem longe desse referencial ou dessa ancoragem, embora o tipo de contrato ou o tipo de atividade possam tornar essa informação até mesmo irrelevante, justificando que seja ignorada ou ajustada.

4.7 Pontos de referência e efeito moldura

Diante de eventuais incertezas, as decisões podem ser influenciadas não só pelo valor absoluto esperado em diferentes opções, como também pela forma como as opções são apresentadas e se desviam de um ponto de referência. Quando uma decisão é percebida como um ganho, a tendência é que os agentes tenham aversão ao risco, pois não querem perder a certeza desse ganho. Quando é percebida como uma perda, a tendência é que tenham mais apetite para o risco, para não realizar a perda.⁴⁷

No contexto de uma renegociação, a aceitação da proposta pode variar, dependendo de como é apresentada. Assim, em uma situação de crise com risco efetivo de o credor não receber qualquer pagamento,

46. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria e aplicação*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 108.

47. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S., op. cit., p. 1104.

seriam percebidas de forma diferente as seguintes propostas: (i) que o devedor pague 30% do valor contratual em três meses, em comparação a uma probabilidade de êxito de 30% em favor do credor para que receba o valor contratual integral em juízo (probabilidade de ganho); e (ii) que o credor aceite um desconto de 70% do valor contratual nos mesmos três meses em comparação à probabilidade de êxito de 70% de o devedor conseguir uma liminar para suspender 100% do pagamento (probabilidade de perda). Em ambos os casos, os valores absolutos são iguais, levando em consideração as mesmas probabilidades. Todavia, a percepção com base no ponto de referência ou efeito moldura seria de maior vantagem na primeira opção.

Esse exemplo envolve uma situação de crise com risco efetivo de o credor não receber qualquer pagamento, considerando que, tipicamente, a parte autora da ação ou o requerente da arbitragem percebem as chances de êxito como potencial ganho, enquanto os réus ou as partes requeridas percebem as chances de êxito como aquilo que lhes garantiria o recebimento do montante efetivamente devido, sendo menor a propensão de os réus aceitarem acordos.⁴⁸

4.8 Efeito dotação/de reforço (*endowment effect*) e viés de *status quo*

O efeito de dotação ou reforço aponta para a tendência de se atribuir um valor maior ao que se tem do que ao que não se tem. Esse seria um efeito da tendência de se valorarem as perdas de forma superior aos ganhos equivalentes — ou aversão à perda.⁴⁹ Um bom exemplo desse efeito é o preço de imóveis ou automóveis usados, em que dificilmente alguém que tem um imóvel ou automóvel estaria disposto a pagar o mesmo valor pelo

48. *Ibidem*, p. 1106.

49. *Ibidem*, p. 1108.

qual o venderia, ainda que estivesse sob a premissa de custos de transação iguais a zero.

Considerando a relação entre esse fenômeno e o viés de *status quo*, ambos serão tratados em conjunto. O viés de *status quo* indica que as partes tendem a atribuir um valor mais elevado à situação que consideram o *status quo* do que à mesma situação que não seja identificada como o *status quo*.⁵⁰ Esse viés tem especial importância nas relações contratuais ao se considerarem as regras legais aplicáveis subsidiariamente, na ausência de acordo entre as partes. E, no contexto de uma renegociação, o próprio contrato significa o *status quo*, havendo certa resistência em modificar seus termos e condições.

4.9 Normas sociais e senso de justiça

O já citado estudo de Robert Ellickson sobre Shasta County representa muito bem a influência das normas sociais. As pessoas se sentem compelidas a seguir as normas sociais, tanto por uma questão reputacional ou de estima (perante vizinhos, nesse exemplo, ou outras empresas do setor) como por haverem internalizado as normas e considerarem que seu cumprimento é o correto a ser feito, independentemente de nunca mais transacionarem. Um bom exemplo disso é a gorjeta em restaurantes quando se está viajando e as chances de retorno àquele estabelecimento são próximas de zero.⁵¹ O senso de justiça, ou *fairness*, determina que as pessoas agirão contra seu interesse próprio, tanto pelo desejo de tratar os outros de forma justa como pelo desejo de receber um tratamento justo.⁵²

Nas renegociações de contratos ou na transação de litígios, espera-se que haja reciprocidade entre as partes, e que ambas façam concessões re-

50. Ibidem, p. 1111.

51. Ibidem, p. 1129-1130.

52. Ibidem, p. 1136.

cíprocas.⁵³ Nesse sentido, o comportamento das partes pode influenciar o êxito da repactuação. Observe-se que, enquanto um comportamento percebido como de boa-fé, razoável, ponderado, bem embasado em fatos e direitos pode favorecer o diálogo e o sucesso no acordo, o inverso tenderá a ocorrer se uma das partes agir com má-fé ou abuso de direito, ou tiver um comportamento percebido como oportunista, ainda que o acordo possa ser economicamente vantajoso a ambas as partes. Além disso, conforme já assinalado quando da discussão acerca do viés de disponibilidade, a percepção de que uma proposta de acordo é razoável e compatível com o que tem sido praticado no mercado trará a sensação de que é justa e, portanto, reveste-se de maior propensão a ser aceita.

5. Conclusão e futuras repactuações

A repactuação de contratos é tema relevante e recorrente na vida empresarial. O contrato é negociado para ser lei entre as partes e tem justamente o objetivo de regular a futura relação, trazendo segurança jurídica para os pretendidos negócios. Todavia, são incompletos por natureza, diante das eventuais mudanças nas circunstâncias. Em setores regulados, a preocupação em se evitarem inadimplementos e incentivar a autocomposição das partes deve ser ainda mais relevante, levando-se em consideração a interdependência dos contratos e a possibilidade de efeitos sistêmicos.

A decisão sobre a repactuação do contrato depende, em tese, da análise econômica (leia-se, racional) dos custos e benefícios da repactuação. Pelo menos é isso que diz a teoria da escolha racional. Ao longo deste trabalho, com apoio em estudos comportamentais, são apresentados outros fatores que podem influenciar essa decisão.

53. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria e aplicação*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 106-107.

A pandemia do coronavírus, que ainda não terminou, tornou-se um grande experimento ou balão de ensaio para a aplicação do Direito Contratual em circunstâncias extremas, em que as partes contratuais continuam a ser afetadas sem que seja possível prever, de forma razoavelmente segura, o tempo de duração e o alcance dos eventos. Enquanto alguns fatores contribuem para o êxito da negociação de uma repactuação da relação jurídica, outros podem inviabilizar qualquer acordo. A análise não é apenas racional, baseada em custos e benefícios, mas também influenciada por aspectos comportamentais, mesmo quando uma das partes tem o direito claro de exigir o cumprimento da obrigação contratual.

A esse respeito, é interessante notar que a legislação aprovada durante a pandemia⁵⁴ preocupou-se em conter excessos e comportamentos oportunistas, especialmente em relação a eventuais efeitos jurídicos retroativos de hipóteses de força maior que poderiam ser buscados de outra forma pelas partes. Também estabeleceu expressamente que não seriam considerados fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário. Não obstante a previsão legal, que se justifica plenamente pelo fato de o índice de reajuste ser acordado entre as partes considerando a organização da economia brasileira, inclusive o regime de câmbio flutuante e o histórico inflacionário, há notícias da disposição de alguns locadores de aceitar a renegociação do índice, tendo em vista a percepção de descolamento relevante do IGP-M frente ao IPCA.⁵⁵ Essa propensão parece justificar-se

54. BRASIL. *Lei nº 14.010 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, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

55. LIMA, Verônica. “Reajustar aluguel pelo IGP-M ou IPCA?: Administradores de imóveis substituem o índice nos contratos de aluguéis em 2021 para reduzir o impacto da pandemia no mercado

pelas normas sociais discutidas neste trabalho, especialmente o senso de justiça, assim como o viés de disponibilidade, reforçado por notícias na imprensa de renegociações e decisões judiciais nesse sentido.

Não se pretende, entretanto, defender que, caso uns aceitem a renegociação de determinados contratos, os demais também devam fazê-lo, seguindo uma espécie de “efeito manada”. Muito pelo contrário, entende-se que a análise pelas partes deve ser realizada caso a caso, de modo a levar em consideração os efeitos de qualquer evento para cada uma das contratantes. E, por isso mesmo, as partes devem ter consciência das limitações à racionalidade e ao interesse próprio, assim como dos fatores comportamentais que venham a influenciar seu processo decisório. O mesmo poderá ocorrer com a outra parte, juízes ou árbitros.

Com base em tais discussões, propõe-se uma matriz desses fatores comportamentais ao final deste trabalho, com vistas à consideração das partes em futuras repactuações. Espera-se, assim, que o tema seja objeto de outros estudos e discussões mais aprofundados, com o objetivo de identificar outras causas de influência no processo de decisão sobre as repactuações, para que a autocomposição das partes seja viável. Dessa forma, será possível evitar eventuais disputas judiciais ou arbitrais que, em alguns casos complexos, podem ser até mesmo comparadas a autênticas apostas ou aventuras, em razão da imprevisibilidade quanto ao resultado a ser alcançado.

Por fim, faz-se uma ressalva em relação aos aspectos comportamentais. Não se pode descartar a hipótese de as próprias análises e conclusões deste capítulo terem sido influenciadas pelos vieses apresentados, ainda que não tenha sido essa a intenção do autor.

imobiliário”, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://imoveis.estadao.com.br/aluguel/reajustar-aluguel-pelo-igp-m-ou-ipca/>. Acesso em: 17 jul. 2021. Ver também comentários de Daniele Akamine (2021), disponível em: <https://ibradim.org.br/igpm-ou-ipca-qual-indice-que-deve-corriger-os-contratos-de-locacao/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

Fator	Eventual influência na repactuação
Custos de transação	A depender de o custo de negociação da repactuação ser superior ou inferior ao custo de execução (honorários e custas judiciais ou arbitrais), assim como ao custo de se encontrar um novo parceiro de negócios e pactuação do novo contrato.
Viés da representatividade	Estereótipos podem levar a conclusões equivocadas quanto à propensão da outra parte em negociar.
Viés da disponibilidade	Informações disponíveis sobre outras repactuações ou sobre litígios podem conduzir a conclusões sobre a probabilidade e os termos da negociação, sem levar em conta a relação contratual específica.
Excesso de confiança	Postergação da negociação até que se torne inevitável, na crença de que será possível reverter os efeitos.
Viés confirmatório ou autosserviço	Excesso de otimismo quanto à probabilidade de êxito em eventual litígio a partir da interpretação enviesada dos dados, não considerando a possibilidade de decisão desfavorável ou por equidade.
Viés de resultado ou análise retrospectiva	A decisão de repactuar ou não pode ser questionada no futuro, com base no resultado, recomendando-se o registro da análise e atenção a eventual procrastinação da decisão de iniciar ou aceitar uma renegociação.
Viés de ancoragem e ajustamento	A proposta inicial pode direcionar o caminho da negociação e sua viabilidade, enquanto informações disponíveis sobre outras repactuações podem influenciar os parâmetros empregados pelas partes, ainda que se mostrem irrelevantes para o caso concreto.
Pontos de referência e efeito moldura	A forma da apresentação da proposta pode influenciar a análise de mérito, aumentando ou diminuindo a aceitabilidade pela outra parte.
Efeito dotação/de reforço (<i>endowment</i>) e viés do <i>status quo</i>	A dificuldade de renunciar ao estado de coisas original pode constituir um obstáculo ao desenvolvimento da negociação.
Normas sociais e senso de justiça	A percepção sobre o comportamento das partes (boa-fé/má-fé, legitimidade do pedido/abuso de direito ou oportunismo) influencia a abertura da outra parte para negociar. A eventual repactuação, por sua vez, preserva o relacionamento das partes e a confidencialidade das discussões; a disputa judicial ou arbitral tende a inviabilizar a cooperação e a relação futura das partes em outros negócios.

Referências

- AYRES, Ian; GERTNER, Robert. “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, n. 1, 1989, p. 87-130. Disponível em: www.jstor.org/stable/796722. Acesso em: 11 jul. 2021.
- COASE, Ronald H. “The Nature of the Firm”, *Economica*, vol. 4, n. 16, 1937, p. 386-405. Disponível em: www.jstor.org/stable/2626876. Acesso em: 10 jul. 2021.
- _____. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44. Disponível em: www.jstor.org/stable/724810. Acesso em: 11 jul. 2021.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6 ed. Boston: Pearson, 2012.
- ELICKSON, Robert C. “Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County”. Faculty Scholarship Series. Paper 466. 1986. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/466/. Acesso em: 10 jul. 2021.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria e aplicação*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 106-107.
- GIUSTI, Gilberto; LOBO, Marcello. “Cumprimento de contratos e resolução de controvérsias em tempos de COVID-19”. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324540/cumprimento-de-contratos-e-resolucao-de-controversias-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- HART, Oliver D. “Incomplete Contracts and the Theory of the Firm”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 4, no. 1, 1988, p. 119-139. Disponível em: www.jstor.org/stable/765017. Acesso em: 11 jul. 2021.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *50 Stanford Law Review* 1471 (1998). Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.
- KLOH, Gustavo. “Teoria econômica da propriedade e dos contratos”. In: PINHEIRO, Armando C. et al. (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, vol. 88, n. 4, 2000, p. 1051-1144. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481255. Acesso em: 11 jul. 2021.
- LIMA, Verônica. “Reajustar aluguel pelo IGP-M ou IPCA?: Administradores de imóveis substituem o índice nos contratos de aluguéis em 2021 para reduzir o impacto da pandemia no mercado imobiliário”, *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://imoveis.estadao.com.br/aluguel/reajustar-aluguel-pelo-igp-m-ou-ipca/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

- LOBO, Marcello. “Decisões urgentes durante a Covid-19 e a responsabilidade dos administradores”. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/opiniao/decisoes-urgentes-durante-covid-19-e-responsabilidade-dos-administradores>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- MACAULAY, Stewart. “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, vol. 28, n. 1, 1963, p. 55-67. Disponível em: www.jstor.org/stable/2090458. Acesso em: 11 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020*. [Genebra, OMS], 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> Acesso em: 31 maio 2021.
- SIMON, Herbert A. “Rational Choice and the Structure of the Environment”, *Psychological Review*, 1956, 63, p. 129-138. Disponível em: <http://digitalcollections.library.cmu.edu/awweb/awarchive?type=file&item=33544>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- SHAVELL, Steven. “Economic Analysis of Contract Law”, *Harvard Law School*, Cambridge. Fev. 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=382040>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- _____. *Is Breach of Contract Immoral?* Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 531, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=868592>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- _____. “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, *Texas Law Review*, v. 84, n. 4, março de 2006. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/Shavell-SpecPerf-06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

Cadastros públicos e risco reputacional: como estimular empresas a adotarem comportamentos socialmente desejáveis através de *nudges*

Paula da Cunha Duarte

1. Introdução

Zelar por uma reputação positiva é fundamental para que uma empresa se mantenha no mercado. Firms que têm produtos de qualidade ou prestam bons serviços criam uma imagem favorável ao alcançar as expectativas de seus clientes e, assim, atrair mais consumidores. Manter a reputação ilibada também é importante para aquelas que pretendem contratar com o Poder Público ou outros parceiros comerciais, pois, ao cumprir os compromissos e obrigações firmados, a empresa se apresenta como uma parceira confiável para futuros contratos e negócios.

No entanto, a busca pela maximização dos lucros leva muitas companhias a cometer práticas ilegais. Nesse contexto, pensar em instrumentos que ajudem a coibi-las, indo além do clássico sistema punitivo, pode revelar-se eficaz na prevenção de comportamentos indesejados. É sob essa perspectiva que se pretende estudar a utilização de *nudges* como ferramenta regulatória para estimular as empresas a não adotarem condutas prejudiciais à sociedade. Assim, serão analisados cadastros públicos capazes de trazer risco à reputação dessas empresas.

Os *nudges* são definidos como estímulos introduzidos em um ambiente de tomada de decisão que buscam influenciar o comportamento do indivíduo em determinada direção, preservando sua liberdade de escolha sem gerar proibição ou custos econômicos relevantes caso opte por outro caminho.¹ Diversos países têm incorporado esse instrumento em seus desenhos regulatórios e políticas públicas,² e sua eficácia já foi comprovada por diferentes estudos.³

1. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008, p. 6

2. Ao redor do mundo, diferentes nações criaram órgãos com foco na criação e utilização de *nudges* em políticas públicas ou regulatórias, como Reino Unido (Behavioural Insights Team ou Nudge Unit), Estados Unidos (Social and Behavioral Sciences Team), Austrália (Behavioural Economics Team of the Australian Government) e Canadá (Ontario Behavioural Insights Unit).

3. Diversos estudos comprovaram a eficácia desse instrumento em áreas como a da saúde, com o aumento do número de doadores de órgãos (HALLSWORTH et al., 2016; RITHALIA et al., 2009); educação, por meio do incentivo para encorajar o engajamento nos estudos (BIT, 2015); e meio ambiente, para promover atitudes sustentáveis (ALLCOTT et al., 2019; CARLSSON et al., 2019).

HALLSWORTH, Michael et al. "Provision of Social Norm Feedback to High Prescribers of Antibiotics in General Practice: a Pragmatic National Randomised Controlled Trial", *The Lancet*, Londres, v. 387, p. 1743-1752, 23 abr. 2016.

RITHALIA, Amber et al. "Impact of Presumed Consent for Organ Donation on Donation Rates: a Systematic Review", *The BMJ*, Londres, 14 jan. 2009.

BEHAVIOURAL INSIGHTS TEAM. *The Behavioural Insights Team's Update Report: 2015-16*. Londres, 14 set. 2016.

CARLSSON, Frederik et al. "Nudging as an Environmental Policy Instrument", *CeCAR Working Paper Series No. 4, SRRN Electronic Journal*, 25 abr. 2019.

No Brasil, os estudos sobre como o Estado pode implementar *nudges* para aprimorar políticas públicas e regulatórias ainda são escassos, mas é um campo que vem sendo gradativamente explorado.⁴

Nesse cenário, o presente artigo tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento de pesquisas sobre essa temática, a partir de uma análise descritiva e exploratória sobre a utilização de *nudges* como ferramenta regulatória pelo Estado, por meio de cadastros públicos que tenham como propósito estimular as empresas a adotarem comportamentos socialmente desejáveis. Serão examinados quatro cadastros: (i) o cadastro de empregadores, denominado “lista suja do trabalho escravo”, referente às empresas que submetem seus trabalhadores a condições análogas à escravidão, publicada pelo Ministério do Trabalho; (ii) a lista de empresas mais reclamadas, elaborada pela Secretaria Nacional do Consumidor; (iii) dois cadastros para o combate à corrupção: o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).

A pesquisa parte de uma investigação à luz de estudos comportamentais que provêm, sobretudo, da Análise Econômico-Comportamental do Direito, além de se lastrear em pesquisas de natureza bibliográfica e documental sobre a temática.

O texto está dividido em três partes, além desta introdução. No capítulo 2, abordam-se aspectos teóricos referentes à Análise Econômico-Com-

ALLCOTT, Huny; KESSLER, Judd B. “The Welfare Effects of Nudges: A Case Study of Energy Use Social Comparisons”, *American Economic Journal: Applied Economics*, Massav. 11, n. 1, jan. 2019, p. 236-76.

4. Sobre o tema, ver:

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “‘Nudge’ como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91. Acesso em: 20 jul. 2021.

SILVA, Amanda Carolina Souza; RODRIGUES, Débhora Renata Nunes; TIBALDI, Saul Duarte. “Nudges e políticas públicas: um mecanismo de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo”, *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p.266-286, 2018.

ARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas”, *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p.385-404, 2018.

portamental do Direito, sobretudo o conceito de *nudges* e seus principais aspectos teóricos. Em seguida, o capítulo 3 aborda temas relacionados ao direito à informação e ao risco reputacional, além de examinar os cadastros públicos à luz da Análise Econômico-Comportamental do Direito, momento em que se investigam os quatro exemplos de cadastros públicos brasileiros que podem ser considerados *nudges* e são utilizados para influenciar a conduta das empresas. Por fim, na última seção, tecem-se algumas considerações finais sobre o tema.

2. Análise econômico-comportamental do direito e *nudges*: breves considerações

O modelo de escolha racional no processo decisório é um dos aspectos teóricos basilares da Ciência Econômica. Pode ser definido como o processo pelo qual o indivíduo define quais opções estão disponíveis, para, somente então, escolher a que melhor se encaixa em seus critérios de interesse.⁵ Essa noção está relacionada à ideia de maximização, ou seja, de que o agente, por ser racional, busca maximizar os resultados de suas escolhas dentro dos limites impostos por determinado contexto. Os economistas assumem que os agentes sempre maximizam suas escolhas: os consumidores maximizam utilidade (ou seja, felicidade ou satisfação), as empresas maximizam lucros, os burocratas maximizam receitas etc.⁶

Esses pressupostos foram incorporados a estudos que relacionavam Direito e Economia, modificando drasticamente a interação entre esses

5. LEVIN, Jonathan; MILGROM, Paul. *Introduction to Choice Theory*. Stanford, CA: Stanford University Press, set. 2004. Disponível em: <https://web.stanford.edu/~jdlevin/Econ%20202/Choice%20Theory.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

6. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012, p. 11.

dois campos.⁷ Com isso, diversas áreas jurídicas passaram a ser influenciadas por pressupostos da seara econômica, como, por exemplo, Direito dos Contratos, Direito Penal, Direito do Consumidor etc.,⁸ dando origem à disciplina da Análise Econômica do Direito.

No entanto, esses estudos não levavam em consideração as falhas, limitações e ilusões cognitivas inerentes à mente humana, fato que resultava em uma construção teórica distante da realidade.⁹ O questionamento em relação à ideia de um comportamento puramente racional deu origem ao desenvolvimento de diversos estudos que tinham por objetivo analisar de que forma o subconsciente e as restrições cognitivas inerentes ao homem influenciavam seu julgamento e a respectiva tomada de decisão. Em meados da década de 1950, um dos primeiros acadêmicos a explorar a temática foi Herbert Simon, responsável por desenvolver a ideia de “racionalidade limitada” (*bounded rationality*),¹⁰ segundo a qual a capacidade humana de formular e resolver problemas complexos é reduzida, em virtude das limitações cognitivas dos indivíduos e das informações às quais têm acesso.¹¹

7. A origem da Análise Econômica do Direito é atribuída à publicação de dois artigos, “The Problem of Social Cost”, de Ronald Coase, em 1960, e “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, de Guido Calabresi, em 1961.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit., p. 2.

Outros autores, como Henry Manne, Gary Becker e Richard Posner, também deram força ao movimento, contribuindo para tornar a Law and Economics uma disciplina acadêmica autônoma e com inúmeros seguidores.

8. COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit., p. 2.

9. ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 8-9.

10. Herbert Simon questionou os pressupostos dos economistas clássicos antes mesmo da consolidação da Análise Econômica do Direito, ocorrida no início da década de 1960. No entanto, essa área não incorporou no processo de sua formação tais questionamentos em relação à teoria da escolha racional. Conforme Jolls, Sunstein e Thaler, as objeções ao modelo da teoria da escolha racional na Análise Econômica do Direito são quase tão antigas quanto o próprio campo.

SIMON, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*. New York: John Wiley and Sons, 1957, p. 1473.

11. *Ibidem*, p. 198.

Aprofundando ainda mais a questão da limitação humana nos processos de tomada de decisão, Daniel Kahneman e Amos Tversky contribuíram para o campo da pesquisa comportamental, ao introduzirem a ideia de heurísticas e vieses como relevantes aspectos influenciadores do julgamento de um indivíduo. Segundo os autores, as heurísticas seriam “atalhos cognitivos” por meio dos quais um indivíduo simplifica a resolução de questões complexas para tomar uma decisão. Contudo, tais heurísticas podem conduzir a erros severos e sistemáticos (vieses) e, conseqüentemente, a respostas equivocadas.¹² Heurísticas podem, por exemplo, aumentar ou diminuir a percepção individual quanto à ocorrência de um evento (é o que os autores denominam de heurística da disponibilidade). Ou seja, quanto mais fácil for lembrar de determinado acontecimento, maior será a probabilidade de acreditar que ocorrerá com mais frequência.

A partir dos estudos de heurísticas e vieses, Kahneman desenvolveu a teoria do sistema dual do pensamento, segundo a qual o julgamento e as escolhas feitas pelos indivíduos decorreriam de dois modos de pensamento, designados de Sistema 1 (ou sistema automático) e Sistema 2 (ou sistema reflexivo). O Sistema 1 é o que age de forma rápida e automática, sem despende pouco (ou até nenhum) esforço e sem percepção de controle voluntário. Já o Sistema 2 é responsável por direcionar a atenção às atividades mentais que demandam trabalho e empenho, além de concentração e controle dos impulsos.¹³ As ações humanas seriam ora conduzidas pelo sistema automático (como o ato de compreender sentenças simples ou responder à soma de “2+2”), ora pelo sistema reflexivo (por exemplo, verificar se um argumento complexo é válido ou preencher um formulário difícil).¹⁴

12. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, Science, New Series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 27 set. 1974, p. 1124.

13. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. New Haven; Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

14. *Ibidem*, p. 30-31.

Em razão dos trabalhos supracitados, Simon, Kahneman e Tverski contribuíram para a formação da Economia Comportamental, campo de estudo interdisciplinar que envolve Economia e Psicologia. Os três, portanto, são considerados expoentes nessa área.

A Análise Econômica do Direito, por recorrer a pressupostos clássicos da Economia, passou a sofrer críticas de alguns estudiosos que defendiam a necessidade de se incorporar a irracionalidade humana nos estudos de Direito e Economia. Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler foram os primeiros a contestar a utilização do modelo racional para analisar economicamente o Direito, principalmente por se tratar de uma área em que compreender o real comportamento humano faria muito mais sentido do que basear-se em premissas irreais. Esses questionamentos contribuíram para a criação da Análise Econômico-Comportamental do Direito, consistente na abordagem do Direito com fundamento nas contribuições provenientes da Economia Comportamental, a fim de obter previsões e prescrições mais precisas sobre o sistema legal e seu papel na sociedade.¹⁵

Aprofundando os estudos desse novo campo, Cass Sunstein e Richard Thaler desenvolveram a teoria sobre *nudges*, que viria a se tornar um dos pilares da AECD. O termo pode ser traduzido, de forma literal, como “cutucar”, “incentivar” e “chamar a atenção”, e consiste em um estímulo inserido no contexto de tomada de decisão do indivíduo que busca influenciar seu caminho em determinada direção, preservando sua liberdade de escolha e não gerando proibição e/ou custos econômicos.¹⁶

A ideia de *nudge* encontra fundamento em dois conceitos-chave: “paternalismo libertário” e “arquitetura de escolha”. O paternalismo libertário consiste em uma forma suave e não intrusiva de paternalismo em que

15. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. “Behavioral Approach to Law & Economics; Economics”, *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, maio 1998, p. 1474.

16. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008, p. 6.

a liberdade de escolha é preservada, mesmo que se tenha por objetivo, em última instância, influenciar o indivíduo a agir de determinada forma. Uma política é considerada paternalista caso pretenda influenciar seu público-alvo a tomar decisões (em tese) mais benéficas. Contudo, quando somada ao aspecto “libertário”, essa tentativa de influência é limitada, pois se garante o livre-arbítrio de quem irá tomar a decisão.¹⁷

O segundo conceito, a “arquitetura de escolha”, é definido como o ambiente no qual o indivíduo tomará uma decisão. Os “arquitetos de escolha” são os responsáveis por pensar na estrutura do contexto em que as decisões serão tomadas. Os detalhes que compõem esse ambiente, embora pequenos e aparentemente insignificantes, podem ter imenso impacto no comportamento das pessoas. Médicos quando apresentam as opções de tratamento aos seus pacientes; publicitários que pensam em estratégias de vendas; pais que expõem e explicam aos seus filhos as opções possíveis de faculdades.¹⁸ Todos são arquitetos de escolhas, e a forma como apresentam o assunto influenciará o indivíduo que fará a escolha — ainda que o “arquiteto” sequer se dê conta de sua influência sobre o outro.

Portanto, uma medida se caracteriza como um *nudge* quando (1) preservar a liberdade de escolha em relação às demais opções disponíveis; (2) for fácil “ignorar-la”; (3) não trazer custos materiais relevantes para o tomador da decisão.

O rol de *nudges* que podem ser adotados por formuladores de política é extenso. A seguir, destacam-se alguns dos principais tipos:¹⁹

17. SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. “Libertarian Paternalism”, *The American Economic Review*, v. 93 (2), p 175-179, 2003, p. 175 e 179.

18. THALER, Richard H.; CASS R. Sunstein; BALZ, John P. “Choice Architecture”. In: SHAFIR, Eldar (org.). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Princeton, New Jersey: University Press, 2013, p. 428-439.

19. SUNSTEIN, Cass R. “Nudging: A Very Short Guide”, *37 J. Consumer Poly* 583, 22 set. 2014, p. 3-6.

- (1) Regras/opção padrão (*default rules*): são regras/opções predefinidas que direcionam as pessoas em determinado sentido, caso elas não queiram tomar uma decisão. É o caso de inscrições automáticas em programas de aposentadoria, por exemplo;
- (2) Simplificação: a complexidade é um problema grave quando se trata de políticas. Requerer, por exemplo, o preenchimento de formulários complexos para adesão a programas sociais pode resultar na desistência por parte do indivíduo (que será o maior prejudicado nessa situação). Por isso, para que uma política atinja o maior número possível de beneficiários, é importante simplificar seus formulários, informações e regras;
- (3) Uso de normas sociais: enfatizar “o que a maioria das pessoas faz” é uma forma de induzir os demais a fazerem o mesmo. Exemplo: enviar mensagens informando que grande parte da população paga seus impostos em dia pode influenciar o receptor da mensagem a ser pontual no pagamento de seu imposto;
- (4) Divulgação (*disclosure*): políticas de divulgação de informações podem ser extremamente úteis para chamar a atenção da população, sobretudo se as informações forem objetivas e claras. Nesse tipo de *nudge*, enquadram-se os cadastros públicos, conforme será analisado adiante.
- (5) Alertas/advertências e imagens chamativas: consiste em utilizar avisos para chamar a atenção das pessoas sobre, por exemplo, os riscos de determinada substância química. Uma boa ilustração dessa situação é a imagem trazida em embalagens de cigarro para alertar quanto aos malefícios desse produto.
- (6) Provocar a implementação de intenções: os indivíduos tendem a se engajar em atividades quando são provocados a fazê-lo. Isso pode ser alcançado com simples perguntas, como, por exemplo, “você planeja votar?” ou “você planeja vacinar seu filho?”.

Essa lista está longe de ser exaustiva e pretende apenas evidenciar alguns *nudges* que podem ser introduzidos pelos gestores públicos para auxiliar nas políticas que pretendem implementar. Um bom exemplo disso são os cadastros públicos, objeto de estudo do presente trabalho. A partir dos pressupostos teóricos até então expostos, é possível tratar da abordagem específica entre cadastros e *nudges* como forma de estimular as empresas a adotarem comportamentos socialmente desejáveis. Esse é o tema da próxima seção.

3. Direito à informação e cadastros públicos

A Constituição Federal de 1988 estabelece o direito à informação pessoal, coletiva e de interesse geral, que deve ser prestado pelos órgãos públicos, sob pena de responsabilidade.²⁰ Esse direito está intrinsecamente ligado aos princípios da transparência e da publicidade, os quais, por sua vez, costumam ser associados ao dever do Estado de prestar contas à população sobre como os recursos públicos estão sendo gastos e quais resultados estão sendo alcançados.²¹

No entanto, é possível ir além do funcionamento da máquina pública e analisar o direito à informação sob outra perspectiva: o dever do Poder

20. “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. (BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.)

21. MARTINS, Humberto. “Lei da transparência e sua aplicação na administração pública: valores, direito e tecnologia em evolução”. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001182/LEI%20DA%20TRANSPAR%C3%8ANCIA%20E%20SUA%20APLICAC%C3%87%C3%83O%20NA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA%20VALORES,%20DIREITO%20E%20TECNOLOGIA%20EM%20EVOLU%C3%87%C3%83O.pdf. Acesso em: 29 jul. 2021, p. 3.

Público de divulgar informações relevantes sobre empresas que, de alguma forma, estão adotando condutas contrárias ao interesse público. É esse recorte que permite a análise dos cadastros públicos como ferramenta a ser utilizada pelo Poder Público para induzir as empresas a adotarem comportamentos desejados pela coletividade.

Conforme exposto na Introdução, esses cadastros serão examinados à luz da Análise Econômico-Comportamental do Direito. Contudo, antes, é relevante fazer uma breve exposição de alguns tópicos pertinentes a esse tema.

3.1 lei de acesso à informação e transparência ativa

Em 18 de novembro de 2011, foi editada a Lei nº 12.527, popularmente conhecida como Lei de Acesso à Informação (ou Lei da Transparência), para regular os dispositivos constitucionais sobre o direito à informação.²² Esse diploma legal estabelece como algumas de suas diretrizes (i) a observância da publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção; (ii) a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação; e (iii) a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação.²³

A lei estabelece ainda o direito da população de obter informação primária, íntegra, autêntica e atualizada, bem como informações relativas

22. Esses dispositivos são: artigo 5º, inciso XXXIII; artigo 37, § 3º, inciso II; e artigo 216, § 2º da Constituição Federal.

23. “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”. (BRASIL.

Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

à implementação, ao acompanhamento e aos resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos.²⁴ Determina também como dever dos órgãos e entidades públicas a promoção, independentemente de requerimento, da divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral.²⁵ As informações divulgadas devem ser constantemente atualizadas, além de se revestir de objetividade, transparência, clareza e linguagem de fácil compreensão.²⁶

24. “Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...)

IV – informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

(...)

VII – informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos”. (BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.)

25. “Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.” (BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 29 jul. 2021.)

26. “Art. 8º. (...) § 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

(...)

I – conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

(...)

VI – manter atualizadas as informações disponíveis para acesso”. (BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.)

Através de suas previsões legais, a Lei de Acesso à Informação consagra a transparência ativa nos órgãos públicos, ou seja, a divulgação de informações por iniciativa do Estado, sem que o administrado tenha de solicitá-las.²⁷ Esse tipo de iniciativa justifica a criação dos mais diversos tipos de cadastros públicos, que podem apresentar-se como uma importante ferramenta para a consagração dos direitos dos administrados, como dignidade da pessoa humana, defesa e proteção dos consumidores e combate à corrupção.

Ao estabelecer as regras e diretrizes para a formulação de cadastros públicos, a Lei de Acesso à Informação cria uma autorização legal para a implementação de *nudges* pelo Poder Público. Com isso, o passo seguinte é desenvolver o desenho regulatório desses cadastros, de forma que sejam eficientes e alcancem os propósitos para os quais foram criados: evitar que empresas optem por adotar práticas nocivas.

3.2 Cadastro público e as categorias de *nudges*

Risco reputacional pode ser definido como o resultado que uma publicidade negativa referente às práticas de uma instituição (sejam elas verdadeiras ou não) causa em sua carteira de clientes, com custos legais e redução de receita.²⁸ As empresas buscam lucro, e as repercussões negativas advindas dos riscos à sua imagem podem ser prejudiciais aos negócios.

27. A transparência ativa se contrapõe à transparência passiva, que consiste na obtenção de informações apenas mediante solicitação pelo particular. (LIMA, Melina Pompeu de; ABDALLA, Márcio Moutinho; OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. “A avaliação da transparência ativa e passiva das universidades públicas federais do Brasil à luz da Lei de Acesso à Informação”, *Revista do Serviço Público*. Brasília 71 (especial – 3), p. 232-263, dez. 2020.

28. FEDERAL RESERVE SYSTEM. Risk Management Processes and Internal Controls of Firms Having \$50 Billion or More in Total Assets (Section 4012). *The Federal Reserve System Commercial Bank Examination Manual*. Maio 2019. Washington, DC. p. 1. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/publications/files/cbem.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Esse é o principal fator que os cadastros públicos podem utilizar como forma de “barganha” para evitar que as empresas adotem comportamentos prejudiciais aos indivíduos e à coletividade. Mas os gestores públicos responsáveis pela formulação desses cadastros devem avaliar o melhor desenho regulatório a ser criado para, de fato, modificar a situação em que pretendem intervir, o que demanda a elaboração de uma arquitetura de escolha adequada. Daí a importância dos estudos comportamentais sobre o tema, bem como do conhecimento acerca dos tipos de *nudges* que podem ser adotados (regras/opção padrão, uso de normas sociais etc.).

Considerando as categorias de *nudges* apresentadas no segundo capítulo deste artigo, os cadastros públicos podem ser qualificados como “*nudges* de divulgação” (*disclosure nudge*), em virtude do objetivo indutor que pretendem instituir com a publicização das informações. A intenção de “sujar” a imagem da empresa transgressora perante a sociedade tem por objetivo estimular outras empresas a não adotarem as mesmas posturas indesejáveis. Caso contrário, seus nomes também serão incluídos no cadastro, o que lhes poderá gerar um risco reputacional.

No entanto, o desenho do cadastro deve utilizar também “*nudges* de simplificação”, ou seja, o público deve ser capaz de acessá-lo facilmente, sem dificuldade para compreender as informações ali presentes, ou seja, é preciso prezar pela simplicidade, objetividade e clareza no conteúdo disponibilizado. Esses aspectos estão, inclusive, presentes na Lei de Acesso à Informação como diretrizes e requisitos a serem seguidos pelo Poder Público, conforme apresentado na seção anterior.

Há ainda outro detalhe importante relacionado à formulação de cadastros públicos: a forma pela qual se dará publicidade ao cadastro, ou seja, a forma como a população tomará conhecimento de sua existência. O desenho ruim quanto à divulgação de uma ação governamental pode significar seu fracasso, em razão de o emissor (Estado) não conseguir fazer chegar sua mensagem (política/programa/ação) ao receptor (sociedade ou público-alvo).

Essa perspectiva mescla a necessidade de se implementarem dois tipos de *nudges*. O primeiro seria uma nova faceta do “*nudge* como divulgação” (*disclosure nudge*), pois, dessa vez, o objetivo é estabelecer uma ponte entre o cadastro público e a população, a fim de dar ciência à sociedade sobre a criação de determinado cadastro público. Já o segundo seriam os “*nudges* como alerta/aviso”, com o propósito de atrair a atenção das pessoas. Isso pode ser feito a partir do envio de mensagens eletrônicas, cartazes nas ruas ou alertas chamativos em páginas da internet. Em outras palavras, é a utilização de *nudges* como instrumento de comunicação. Além disso, uma forte aliada do Poder Público nessa tarefa é a imprensa, que poderá ajudar na disseminação e na visibilidade dos cadastros.

Feita essa análise sobre o desenho regulatório dos cadastros públicos, passa-se à exposição e ao exame de alguns exemplos existentes no contexto brasileiro.

3.3 Experiência brasileira: análise de cadastros públicos para influenciar as condutas de empresas

Esta seção dedica-se à análise de quatro cadastros públicos: (i) cadastro de empregadores denominado “lista suja do trabalho escravo”, referente às empresas que submetem trabalhadores a condições análogas à escravidão, publicada pelo Ministério do Trabalho; (ii) a lista de empresas mais reclamadas, elaborada pela Secretaria Nacional do Consumidor; (iii) dois cadastros para o combate à corrupção, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).

A criação desses cadastros encontra guarida na Constituição em razão do direito fundamental à informação, além de atender a alguns preceitos legais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Também são consagrados, com sua criação, princípios alguns importantes, como a transparência e a pu-

blicidade, aproximando a população do Poder Público na busca do interesse público e dos direitos da coletividade.

Estudá-los por uma perspectiva interdisciplinar proveniente dos estudos comportamentais sobre Economia, Direito e Psicologia permite avaliar o potencial desses instrumentos para a concretização dos objetivos que pretendem alcançar.

3.3.1 Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo: “lista suja do trabalho escravo”

O Cadastro de Empregadores (pessoas físicas ou jurídicas) que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à escravidão foi criado pela Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004, do (atualmente extinto) Ministério do Trabalho e Emprego, mas foi revogada pela Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016, do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) e do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos.

Esse Cadastro, popularmente conhecido como “lista suja”, é divulgado no *site* oficial do Ministério do Trabalho²⁹ e publica informações como o CNPJ e o CPF do empregador, o ano de fiscalização em que ocorreram as autuações e o número de pessoas encontradas em condição análoga à de escravidão.³⁰ O nome do empregador permanece por dois anos nessa lis-

29. O Cadastro pode ser acessado através do link: https://www.gov.br/trabalho/pt-br/assuntos/fiscalizacao/combate-ao-trabalho-escravo/cadastro_de_empregadores.pdf.

30. “Artigo 2º. O Cadastro de Empregadores será divulgado no sítio eletrônico oficial do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), contendo a relação de pessoas físicas ou jurídicas autuadas em ação fiscal que tenha identificado trabalhadores submetidos à condições análogas à de escravo. (...) § 4º A relação a ser publicada conterá o nome do empregador, seu número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) ou no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), o ano da fiscalização em que ocorreram as autuações, o número de pessoas encontradas em condição análoga à de escravo, e a data decisão definitiva prolatada no processo administrativo do auto de infração lavrado”. (BRASIL. *Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4 de 11 de maio de 2016*. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham

ta, período em que a Inspeção do Trabalho irá monitorar a regularidade das condições de trabalho. Caso o empregador permaneça submetendo os trabalhadores a condições análogas à escravidão, seu nome será mantido por mais dois anos no cadastro.³¹

A constitucionalidade da “lista suja” foi questionada no Supremo Tribunal Federal através da ADPF 509/2018,³² ajuizada pela Associação Bra-

submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=320458>. Acesso em: 29 jul. 2021.)

31. Artigo 3º. “O nome do empregador permanecerá divulgado no Cadastro por um período de 2 (dois) anos, durante o qual a Inspeção do Trabalho realizará monitoramento a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho.

Parágrafo único. Verificada, no curso do período previsto no caput deste artigo, reincidência na identificação de trabalhadores submetidos à condições análogas à de escravo, com a prolação de decisão administrativa irrecurável de procedência do novo auto de infração lavrado, o empregador permanecerá no Cadastro por mais 2 (dois) anos, contados a partir de sua reinclusão” (BRASIL. *Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4 de 11 de maio de 2016*. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=320458>. Acesso em: 29 jul. 2021.)

32. “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL — CABIMENTO — SUBSIDIARIEDADE. A adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pressupõe inexistência de meio jurídico para sanar lesividade — artigo 4º da Lei nº 9.882/1999. PORTARIA — CADASTRO DE EMPREGADORES — RESERVA LEGAL — OBSERVÂNCIA. Encerrando portaria, fundamentada na legislação de regência, divulgação de cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, sem extravasamento das atribuições previstas na Lei Maior, tem-se a higidez constitucional. CADASTRO DE EMPREGADORES — PROCESSO ADMINISTRATIVO — CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA — OBSERVÂNCIA. Identificada, por auditor-fiscal, exploração de trabalho em condição análoga à de escravo e lavrado auto de infração, a inclusão do empregador em cadastro ocorre após decisão administrativa irrecurável, assegurados o contraditório e a ampla defesa. CADASTRO DE EMPREGADORES — NATUREZA DECLARATÓRIA — PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. Descabe enquadrar, como sancionador, cadastro de empregadores, cuja finalidade é o acesso à informação, mediante publicização de política de combate ao trabalho escravo, considerado resultado de procedimento administrativo de interesse público”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 509/DF*. Requerente: Associação Brasileira De Incorporadoras Imobiliárias — Abrainc. Intimados: Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social; Ministra de Estado das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Relatora: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344589335&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021.)

sileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc), sob o argumento de que o cadastro teria caráter sancionatório e restritivo de direitos, razão pela qual só poderia ter sido editado por lei (violação ao princípio da reserva de lei). No entanto, o relator da ação, Ministro Marco Aurélio de Melo, entendeu que o cadastro dá efetividade à Lei de Acesso à Informação, que tem como uma de suas diretrizes preservar a publicidade como regra e o sigilo como exceção. Destacou ainda o fato de essa lei ser regida pelo princípio da “transparência ativa”, segundo o qual cabe à Administração Pública o dever de promover e divulgar informações de interesse público, independentemente de solicitação.³³ Dessa forma, o cadastro, por ter função eminentemente informativa, não representaria qualquer espécie de sanção ao empregador, mas tão somente a publicidade de ato contra o qual não cabe mais recurso.³⁴

A “lista suja”, considerada “boa prática” pela Organização Internacional do Trabalho,³⁵ pode ter seu potencial constatado a partir de alguns exemplos em que negócios foram rompidos após a inclusão do empregador no cadastro. Em 2006, a Corporação Financeira Internacional (IFC, na sigla em inglês), setor do Banco Mundial responsável por conceder empréstimos aos setores privados dos países em desenvolvimento, como o Brasil, incluiu a “lista suja” como um dos critérios para a concessão ou não de empréstimos. Na mesma linha, em 2005, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) passou a recomendar que seus associados consultassem a “lista suja” antes de conceder crédito.³⁶ Além disso, destaca-se que veículos de comunicação

33. *Ibidem*, p. 33.

34. *Ibidem*, p. 46.

35. INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. COSTA, Patrícia Trindade Maranhão Costa. *Fighting Forced Labour: the Example of Brazil*. Geneva, 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_111297.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.

36. CAMARGO, Beatriz; SCHULZE-FIELITZ, Friedemann. “Banco Mundial utiliza ‘lista suja’ antes de conceder empréstimos”, *Repórter Brasil*. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2006/09/banco-mundial-utiliza-lista-suja-antes-de-conceder-emprestimos/>. Acesso em: 22 jul. 2021. Outros casos podem ser encontrados no relatório da Organização Internacional do Trabalho, citado em nota de rodapé anterior, p. 96-97.

comumente divulgam notícias sobre o cadastro e suas atualizações, o que é fundamental para ampliar suas visibilidade e influência sobre os mais diversos setores da sociedade.

3.3.2 *Cadastro das empresas mais demandadas por consumidores*

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1998) estabeleceu a necessidade de se criar um cadastro de reclamações contra fornecedores e produtores de serviços para auxiliar na defesa e na proteção dos consumidores (artigo 44),³⁷ razão pela qual o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, dispôs sobre o dever dos órgãos públicos de fazê-lo, determinando ainda que se assegurassem a publicidade, a contabilidade e a continuidade (artigo 57),³⁸ com informações objetivas, claras e verdadeiras (artigo 59, § 2).³⁹

Nesse cenário, em 2006 foi criado o primeiro Cadastro Nacional de Reclamações, que, desde então, foi se desenvolvendo e evoluindo até in-

37. “Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor”. (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.)

38. “Art. 57. Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores constituem instrumento essencial de defesa e orientação dos consumidores, devendo os órgãos públicos competentes assegurar sua publicidade, contabilidade e continuidade, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.078, de 1990.” (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 20 jul. 2021.)

39. “Art. 59. Os órgãos públicos de defesa do consumidor devem providenciar a divulgação periódica dos cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores. (...) § 2º O cadastro será divulgado anualmente, podendo o órgão responsável fazê-lo em período menor, sempre que julgue necessário, e conterà informações objetivas, claras e verdadeiras sobre o objeto da reclamação, a identificação do fornecedor e o atendimento ou não da reclamação pelo fornecedor.” (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 20 jul. 2021.)

cluír e integrar as informações provenientes dos Procons.⁴⁰ Atualmente, o Cadastro é mantido pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que divulga anualmente uma lista com as duzentas empresas que mais receberam reclamações nos Procons naquele ano, através do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec).⁴¹ Esse Sistema registra as demandas individuais de consumidores que recorrem aos Procons, formando, assim, um banco nacional de informações sobre os problemas enfrentados, o que pode ser usado para subsidiar e definir políticas públicas direcionadas à defesa do consumidor.⁴²

Outro importante detalhe desse sistema é o aumento da transparência, nos moldes da “lista suja”, vista na seção anterior. A divulgação das empresas que mais recebem demandas de reclamações tem por objetivo contribuir para uma tomada de decisão mais consciente por parte dos consumidores, pois aumenta o exercício de seu poder de escolha.⁴³ Importante destacar ainda que a facilidade de acesso a esse cadastro, bem como a clareza, a simplicidade e a objetividade nas informações. Destaca-se ainda que os veículos de comunicação, sobretudo os próprios Procons, apresentam grande divulgação em relação aos dados ali presentes.

Apesar de ainda haver muitas queixas feitas pelos consumidores aos Procons, algumas empresas buscaram estabelecer metas de melhoria para lidar com essa questão, sendo possível observar, em alguns casos, efetiva redução no quantitativo de reclamações.⁴⁴

40. BRASIL. Ministério da Justiça. *Balço Social do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor* — SINDER — 2003 — 2010. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/8ff7032a-d6db-452b-89fi-d860eb6965ff/resource/999684ce-f398-4020-8c5e-643261e8aed3/download/2010balancosocialsindec.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021. p. 19.

41. Essa lista pode ser acessada em: <https://sindecnacional.mj.gov.br/report/Empresas>.

42. BRASIL. Ministério da Justiça. *Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor* — SINDEC. Disponível em: <https://sindecnacional.mj.gov.br/sobre>. Acesso em: 21 jul. 2021.

43. Disponível em: <https://sindecnacional.mj.gov.br/sobre>. Acesso em: 21 jul. 2021.

44. PROCON — ESTADO DE GOIÁS. *Procon Goiás divulga ranking de reclamações de agosto*. Disponível em: <https://www.procon.go.gov.br/noticias/procon-goias-divulga-ranking-de-agosto>.

3.3.3 Cadastros para combate à corrupção

A Lei Anticorrupção (nº 12.846, de 1º de agosto de 2013) determinou a criação de dois cadastros para auxiliar no combate à corrupção: o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP)⁴⁵ e o Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).⁴⁶ Em 22 de julho de 2016, a Controladoria-Geral da União editou a Portaria nº 1.332 para regulamentar esses cadastros.

O CNEP tem por objetivo reunir e dar publicidade às sanções aplicadas no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário em todas as esferas de governo. O cadastro contém informações sobre os acordos de leniência firmados, o CNPJ e o tipo de sanção aplicado à empresa, bem como a data de aplicação e a data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção.⁴⁷

html. Acesso em: 22 jul. 2021. Além disso, também em 2012, o governo apresentou o projeto “Indicadores”, que revelava a introdução de metas de melhoria para o atendimento por parte de algumas empresas entrevistadas. Contudo, não foi possível encontrar dados mais recentes do que os aqui apresentados.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Projeto Indicadores Públicos. 12/06/2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/sindec/arquivo>. Acesso em: 22 jul. 2021.

45. O cadastro pode ser acessado em: <http://portaldatransparencia.gov.br/sancoes/cnep?ordenarPor=nome&direcao=asc>.
46. O cadastro pode ser acessado em: <http://portaldatransparencia.gov.br/sancoes/ceis?ordenarPor=nome&direcao=asc>
47. “Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei. (...)”

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas: I – razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; II – tipo de sanção; e III – data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.” (BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras pro-

Já o CEIS objetiva a consolidação da lista de empresas e pessoas físicas que tenham sofrido sanção restritiva do direito de participar de licitação ou celebrar contrato com a Administração Pública.

Assim como os outros dois cadastros analisados nas seções anteriores, o CEIS e o CNEP têm acesso e visualização fáceis. Seus dados são claros e objetivos, o que permite verificar o cumprimento dos requisitos elencados na Lei de Acesso à Informação e na Lei Anticorrupção, além das “exigências” previstas, para que sejam considerados *nudges* adequados.

A Controladoria-Geral da União desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, e é responsável por sua manutenção e normatização, mas cabe aos órgãos e entidades dos três poderes de todas as esferas informar e manter atualizados ambos os cadastros.⁴⁸ O CEIS e o CNEP são mais dois exemplos de cadastros públicos que buscam dar transparência à população, de modo a influenciar o comportamento dessas empresas a partir de uma publicidade negativa que possa afetar sua reputação.

Não foram encontradas informações sobre as repercussões desses dois cadastros. Mas, considerando, sobretudo, os efeitos da “lista suja do trabalho escravo”, defende-se que, sendo promovido um alcance significativo para dar conhecimento de seu conteúdo, eles poderão cumprir o propó-

vidências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.)

48. “Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.” (BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.)

sito de influenciar as empresas a adotarem condutas positivas, evitando, assim, eventuais riscos à sua credibilidade.

4. Considerações finais

Este artigo buscou examinar a utilização de *nudges* pelo Estado como ferramenta regulatória para a concretização de objetivos legais e constitucionais. Nesse contexto, analisou quatro cadastros públicos que induzem as empresas a adotarem comportamentos socialmente desejáveis, os quais podem ser considerados verdadeiros *nudges* — a “lista suja”, o Cadastro das Empresas mais Reclamadas por Consumidores e, por fim, os dois cadastros voltados ao combate à corrupção: CEIS e CNEP.

Diante do risco reputacional que a inclusão nesses cadastros pode ocasionar, espera-se que as empresas mudem suas condutas quando se mostrarem nocivas à coletividade. Se não decidirem agir por consciência social, espera-se, ao menos, que, após uma análise de custo-benefício, sejam influenciadas pelos possíveis prejuízos econômicos decorrentes de comportamentos reprováveis (como constatado na dificuldade de obtenção de crédito por empresas incluídas na “lista suja do trabalho escravo”).

Os *nudges* têm a vantagem de não demandar altos gastos e preservar a liberdade de escolha de quem se pretende influenciar (no caso dos cadastros públicos, os administrados), além de serem alternativas a abordagens exclusivamente sancionatórias. Por óbvio, a implementação desse instrumento como ferramenta regulatória não pode ser considerada uma panaceia, mas é capaz de auxiliar na concretização de valores caros à sociedade, desde que sua implementação seja pensada em conjunto com outras ações governamentais (no caso da “lista suja”, por exemplo, criar oportunidades ou conceder auxílio aos trabalhadores resgatados são resultados importantes, de modo que eles possam trabalhar em condições dignas).

Nesse sentido, o trabalho buscou evidenciar a importância de o Estado elaborar instrumentos regulatórios sob uma ótica interdisciplinar — no caso, Direito, Economia e Psicologia —, com vistas a fazer frente às suas obrigações perante a sociedade. Conforme já ressaltado, o gestor público deve partir de premissas reais para desenhar um contexto adequado de tomada de decisão (arquitetura de escolha). Além disso, pesquisas com esse tipo de abordagem transversal entre diferentes campos do conhecimento podem trazer grande contribuição para a formulação de políticas nas mais diversas áreas (saúde, educação, meio ambiente etc.).

Por isso, é importante trazer luz a essa questão, tendo em vista que o tema ainda possui muito terreno a ser explorado, principalmente no Brasil. Este artigo, portanto, é uma forma de contribuir para estimular o debate e a discussão de pesquisadores, gestores e demais interessados em aprofundar o assunto.

Referências

- ALLCOTT, Huny; KESSLER, Judd B. “The Welfare Effects of Nudges: A Case Study of Energy Use and Social Comparisons”, *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 11, n. 1, p. 236-276, jan. 2019.
- ARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: *nudge* ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas”, *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, p. 385-404, 2018.
- BEHAVIOURAL INSIGHTS TEAM. *The Behavioural Insights Team’s Update Report: 2015-16*. Londres, 14 set. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.
- _____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras

- providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.
- _____. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.
- _____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.
- _____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto Indicadores Públicos*. 12/06/2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/sindec/arquivo>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- _____. Ministério da Justiça. *Balanco Social do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor — SINDER — 2003 — 2010*. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/8ff7032a-d6db-452b-89f1-d860eb6965ff/resource/999684ce-f398-4020-8c5e-643261e8aed3/download/2010balancosociaisindec.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- _____. *Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4 de 11 de maio de 2016*. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=320458>. Acesso em: 29 jul. 2021.
- _____. Ministério Da Justiça. *Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor — SINDEC*. Disponível em: <https://sindecnacional.mj.gov.br/sobre>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 509/DF*. Requerente: Associação Brasileira De Incorporadoras Imobiliárias — Abrainc. Intimados: Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social; Ministra de Estado das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Relatora: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344589335&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021.
- CAMARGO, Beatriz; SCHULZE-FIELITZ, Friedemann. “Banco Mundial utiliza ‘lista suja’ antes de conceder empréstimos”, *Repórter Brasil*. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2006/09/banco-mundial-utiliza-lista-suja-antes-de-conceder-emprestimos/>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- CARLSSON, Frederik et al. “Nudging as an Environmental Policy Instrument”, *CeCAR Working Paper Series No. 4, SRRN Electronic Journal*. 25 abr. 2019.

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012.
- COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91. Acesso em: 20 jul. 2021.
- FEDERAL RESERVE SYSTEM. “Risk Management Processes and Internal Controls of Firms Having \$50 Billion or More in Total Assets (Section 4012)”. *The Federal Reserve System Commercial Bank Examination Manual*. Maio 2019. Washington, DC. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/publications/files/cbem.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- HALLSWORTH, Michael et al. Provision of Social Norm Feedback to High Prescribers of Antibiotics in General Practice: a Pragmatic National Randomised Controlled Trial”, *The Lancet*, Londres, v. 387, p. 1743-1752, 23 abr. 2016.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. COSTA, Patrícia Trindade Maranhão Costa. *Fighting Forced Labour: the Example of Brazil*. Geneva, 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_111297.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. “Behavioral Approach to Law & Economics: Economics”, *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, maio 1998.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. New Haven/Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LEVIN, Jonathan; MILGROM, Paul. *Introduction to Choice Theory*. Stanford, CA: Stanford University Press. Set. 2004. Disponível em: <https://web.stanford.edu/~jldlevin/Econ%20202/Choice%20Theory.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- LIMA, Melina Pompeu de; ABDALLA, Márcio Moutinho; OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. “A avaliação da transparência ativa e passiva das universidades públicas federais do Brasil à luz da Lei de Acesso à Informação”, *Revista do Serviço Público*, Brasília 71 (especial – 3), p. 232-263, dez. 2020.
- MARTINS, Humberto. “Lei da transparência e sua aplicação na administração pública: valores, direito e tecnologia em evolução”. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001182/LEI%20DA%20TRANSPAR%C3%8ANCIA%20E%20SUA%20APLICA%C3%87%C3%83O%20NA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA%20VALORES,%20DIREITO%20E%20TECNOLOGIA%20EM%20EVOLU%C3%87%C3%83O.pdf. Acesso em: 29 jul. 2021.

- PROCON — ESTADO DE GOIÁS. “Procon Goiás divulga *ranking* de reclamações de agosto”. Disponível em: <https://www.procon.go.gov.br/noticias/procon-goias-divulga-ranking-de-agosto.html>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- RITHALIA, Amber et al. “Impact of Presumed Consent for Organ Donation on Donation Rates: a Systematic Review”, *The BMJ*, Londres, 14 jan. 2009.
- SILVA, Amanda Carolina Souza; RODRIGUES, Débhora Renata Nunes; TIBALDI, Saul Duarte. “*Nudges* e políticas públicas: um mecanismo de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo”, *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, p. 266-286, 2018.
- SIMON, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*. New York: John Wiley and Sons, 1957.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. “Libertarian Paternalism”, *The American Economic Review*, v. 93 (2), p. 175-179, 2003.
- SUNSTEIN, Cass R. “Nudging: A Very Short Guide”, *Consumer Policy* 583, 22 set. 2014.
- THALER, Richard H.; CASS R. Sunstein; BALZ, John P. “Choice Architecture”. In: SHAFIR, Eldar (org.). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Princeton, New Jersey: University Press, 2013, p. 428-439.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, v. 185, p. 1124-1131, 27 set. 1974.
- ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

Conflitos de interesses nos FIDCs: uma análise do ponto de vista da eficiência econômica

Rafael Viana de Figueiredo Costa

1. Introdução

O presente artigo visa investigar a regra do artigo 39, §2º, da ICVM 356/01¹ e a respectiva proposta de reforma da CVM, expressa na Audiência Pública SDM 08/2020, à luz da eficiência econômica.

1. “Art. 39. A instituição administradora pode, sem prejuízo de sua responsabilidade e do diretor ou sócio-gerente designado, mediante deliberação da assembleia geral de condôminos ou desde que previsto no regulamento do fundo, contratar serviços de:
I — consultoria especializada, que objetive dar suporte e subsidiar o administrador e, se for o caso, o gestor, em suas atividades de análise e seleção de direitos creditórios para integrarem a carteira do fundo;
II — gestão da carteira do fundo com terceiros autorizados pela CVM de acordo com o disposto na regulamentação aplicável aos administradores de carteiras de valores mobiliários;
III — custódia; e
IV — agente de cobrança, para cobrar e receber, em nome do fundo, direitos creditórios inadimplidos, observado o disposto no inciso VII do art. 38.

Pois bem, como dispõe o *caput* do supramencionado artigo, a instituição administradora do Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) pode contratar serviços de consultoria especializada, gestão de carteira, custódia e agente de cobrança. A regra que nos interessa, sem prejuízo, consta do parágrafo segundo, determinando ser vedado ao administrador, ao gestor, ao custodiante e ao consultor especializado, ou a partes a eles relacionadas, ceder ou originar, direta ou indiretamente, direitos creditórios aos fundos nos quais atuem.

A regra tem forte viés paternalista, na medida em que impõe *ex ante* uma restrição à liberdade dos indivíduos com o intuito de protegê-los.² Aqui, a lógica é que o administrador, ou gestor, de um FIDC não pode atuar como contraparte de uma operação do fundo de investimento, cedendo ou originando um direito creditório que será adquirido por um prestador de serviço, em nome do fundo de investimento.

É importante notar que a opção pela vedação *absoluta* da transação por potencial conflito de interesses não é a única opção regulatória possível. Mesmo no âmbito da regulação dos fundos de investimento, permite-se, por exemplo, que um fundo de investimento regulado pela Instrução CVM nº 555, de 17 de dezembro de 2014, conforme alterada (ICVM nº 555/14), destinado a investidores em geral, adquira até 20% de seu patrimônio líquido em ativos financeiros ou valores mobiliários de emissão do administrador, do gestor ou de empresas a eles ligadas. Se o fundo de investimento em questão destinar-se a investidores profissionais, a aloca-

§ 1º Caso o administrador acumule as funções de gestão e de custódia do FIDC, deve manter total segregação de tais atividades nos termos da regulamentação aplicável aos administradores de carteira de valores mobiliários.

§ 2º É vedado ao administrador, gestor, custodiante e consultor especializado ou partes a eles relacionadas, tal como definidas pelas regras contábeis que tratam desse assunto, ceder ou originar, direta ou indiretamente, direitos creditórios aos fundos nos quais atuem.”

2. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 234.

ção em tais ativos financeiros ou valores mobiliários pode ser realizada até a totalidade do patrimônio líquido (art. 102, I, ICVM 555/14). No caso dos fundos de investimentos imobiliários, a Instrução CVM nº 472, de 31 de outubro de 2008, conforme alterada (ICVM 472/08), prevê que a assembleia-geral de cotistas pode aprovar atos específicos que configuram potenciais conflitos de interesses (art. 18, XII, ICVM 472/08). Portanto, parece-nos relevante a preocupação de tentar compreender se a justificativa utilizada pela CVM para a estratégia regulatória³ do *banimento* desse tipo de operação no âmbito dos FIDCs, independentemente do público-alvo, é adequada, à luz da eficiência econômica.

O presente capítulo buscará, assim, em primeiro lugar, (i.a) revisar o conceito de eficiência econômica e regulação eficiente na Análise Econômica do Direito, para, em seguida, (i.b) destrinchar quais são os deveres fiduciários dos prestadores de serviços de fundos de investimento, com fulcro na teoria da agência, e (i.c) discutir a lógica econômica das regras de prevenção e mitigação dos conflitos de interesses. Posteriormente, analisará (ii.a) o panorama histórico da edição da ICVM nº 356/01; (ii.b) e o caso do pedido de dispensa no PA CVM nº 19957.003447/2020-II, para depois (iii) avaliarmos a proposta da CVM na Audiência Pública SDM 08/2020, à luz dos tópicos antes discutidos, e, finalmente, (iv) esboçarmos algumas conclusões sobre a estratégia regulatória adotada pela CVM na ICVM nº 356/01 e na proposta da CVM na Audiência Pública SDM nº 08/2020 no que concerne ao tópico objeto da presente análise.

3. Ao longo do presente trabalho, a expressão “estratégia regulatória” será utilizada conforme proposta por Baldwin, Cave e Lodge, ou seja, como diferentes arranjos institucionais de que o Estado pode valer-se para regular determinado mercado. Por exemplo, o Estado pode atuar diretamente ou deixar que o mercado se autorregule. Se atuar diretamente na regulação, pode adotar regras de comando e controle, de fomento, de “direcionamento de mercados” (p. ex., anticompetitivas, licenças públicas), informativas (p. ex., mandatos de *disclosure*), atuar diretamente com instrumentos autoexecutórios e conferir direitos para criar incentivos e restrições. Vide BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. New York: Oxford University Press Inc., 2012, p. 105.

1.1 O conceito de regulação eficiente na Análise Econômica do Direito e os fundos de investimentos

Para fins do presente artigo, considera-se o conceito de eficiência econômica de Kaldor-Hicks. À luz desse critério, uma mudança no *status quo* é eficiente se aqueles que dela se beneficiam puderem compensar os que foram por ela prejudicados. A adoção do critério de Kaldor-Hicks como premissa para uma Análise Econômica do Direito normativa se justifica na medida em que o critério de Pareto é notoriamente inexecutável do ponto de vista político.⁴ Ademais, adotar-se-á, em boa parte, o conceito de “regulação” conforme proposto por Armando Castelar, ou seja, regulação como um conjunto de normas impostas pelo Estado que limita a liberdade de ação e escolha de empresas e profissionais liberais nos mais diversos campos de atividades, com vistas a corrigir eventuais falhas de mercado.⁵ Nesse último caso, faz-se apenas uma breve ressalva para anotar que boa parte da finalidade regulatória de novas regras estatais limitadoras da liberdade de ação e escolha visa não apenas corrigir falhas de mercado, como também falhas de escolha, conforme preconizado pela economia comportamental (*behavioral economics*). A ideia principal por trás dessa finalidade alternativa de regulação é que indivíduos e/ou empresas podem agir de forma irracional com mais frequência do que se supõe a teoria econômica clássica,⁶ de modo que a regulação pode ser desejável para impedir ou, pelo menos, dificultar que tais pessoas ou empresas tomem decisões danosas nesse sentido.

Unindo ambos os conceitos, entenderemos como regulação eficiente aquela capaz de, precipuamente, eliminar ou mitigar falhas de mercado

4. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Bem-estar social e o conceito de eficiência”, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020.

5. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 255.

6. PORTO, Antônio José Maristrello; THEVENARD, Lucas. “Economia comportamental e contratos de adesão”, *Revista Direito Empresarial*, Curitiba, v. 1, p. 51-76, 2012, p. 51.

na indústria de fundos de investimento em direitos creditórios ao custo mais baixo possível, mas que também seja capaz de eliminar ou mitigar falhas de escolha dos investidores, ao custo mais baixo possível, e desde que a intervenção seja o menos invasiva possível em relação à autonomia dos agentes regulados (*libertarian paternalism*).⁷ A utilização de conceitos da economia comportamental permeia o presente trabalho, principalmente em virtude do pressuposto que dá fundamento à categorização de três tipos de investidores pela CVM, *i.e.*, investidores em geral, investidores qualificados e investidores profissionais, com regimes jurídicos distintos aplicáveis a essas categorias.⁸ Ou seja, o fundamento da segmentação dos investidores nessas três categorias é justamente o pressuposto de que os investidores menos sofisticados têm menor capacidade de processamento de informações complexas sobre os ativos,⁹ na medida em que são menos

7. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 237.

8. De acordo com a Resolução CVM nº 30, de 11 de maio de 2021: (a) os investidores profissionais são: I — instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil; II — companhias seguradoras e sociedades de capitalização; III — entidades abertas e fechadas de previdência complementar; IV — pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) V — fundos de investimento; VI — clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por administrador de carteira de valores mobiliários autorizado pela CVM; VII — agentes autônomos de investimento, administradores de carteira de valores mobiliários, analistas de valores mobiliários e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios; e VIII — investidores não residentes e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor profissional mediante termo próprio, de acordo com o Anexo A; os investidores qualificados são: I — investidores profissionais; II — pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio, de acordo com o Anexo B; III — as pessoas naturais que tenham sido aprovadas em exames de qualificação técnica ou possuam certificações aprovadas pela CVM como requisitos para o registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira de valores mobiliários, analistas de valores mobiliários e consultores de valores mobiliários, em relação a seus recursos próprios; e IV — clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por um ou mais cotistas, que sejam investidores qualificados

9. Nesse sentido, Larissa Lee explica o seguinte: “*The standard was adopted in an effort to ensure that those who need the protection of the securities laws the most are covered, and those who do not may take*

educados¹⁰ sobre o mercado em que consomem/atuam e têm menor capacidade financeira.¹¹ Por isso tem-se a proteção em níveis distintos, a depender da categoria do investidor.¹²

Sem embargo, é importante ter em mente que a regulação atual do parágrafo 2º do artigo 39 da ICVM nº 356/01 veda a administrador, gestor, custodiante e consultor especializado ou a partes a eles relacionadas a realização de operações de cessão ou originação de direitos creditórios para os fundos nos quais atuem. Trata-se de uma vedação absoluta para fundos destinados a investidores qualificados ou profissionais.¹³

Dessa forma, seria o fundamento econômico dessa regra a existência de uma grave assimetria informacional entre os investidores e os prestadores de serviços do fundo de investimentos, independentemente da categoria do investidor (*i.e.*, se profissional, qualificado ou em geral)? Posto de outra forma, se o fundamento da regra proibitiva for a existência de uma grave assimetria informacional, bastaria que os investidores tivessem acesso à informação sobre o momento em que as transações entre fundo de inves-

high risks with the potential of high returns. The SEC explained that its “considerable regulatory experience with the use of the term ‘accredited investor’ leads us to believe it strikes the appropriate balance between the necessity for investor protection and meaningful relief for issuers offering securities, especially small businesses [...]”. Ver: LEE, Larissa. “The Ban Has Lifted: Now Is the Time to Change the Accredited-Investor Standard”, *Utah Law Review*, 2014, n. 2. Disponível em: <https://dc.law.utah.edu/ulr/vol2014/iss2/4>. Acesso em: 26 jun. 2021.

10. Pode ser que ser “mais educado” financeiramente signifique ter a capacidade de processar informações complexas por si (caso dos administradores de carteiras de valores mobiliários) ou ter uma situação financeira que possibilite a atuação no mercado de capitais assessorado por quem a tenha (caso dos investidores que possuem mais de R\$ 10.000.000,00 investidos no mercado financeiro).
11. BAR-GILL, Oren; EPSTEIN, Richard A. “Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics”, *NYU Law and Economics Research Paper No. 07-17, Minnesota Law Review*, v. 92, 2007-2008, p. 35, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=982527>. Acesso em: 2 maio 2021.
12. GENDRON, Étienne. *Behavioral Economics and Securities Laws: The Theoretical Underpinnings of our Regulatory System and Their Application to Investor Sophistication*, 2018, University of Toronto, Faculty of Law, Toronto, p. 50. Disponível em: https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/91758/3/Gendron_Etienne_201811_LLM_thesis.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.
13. Atualmente, os FIDCs não podem ser acessados pelos investidores em geral.

timentos e seus prestadores de serviço, em outra ponta, são realizadas com preços fora dos parâmetros de mercado.

Sem prejuízo da plausibilidade do racional acima, é possível dizer, alternativamente, que a impossibilidade de aprovação prévia, informada e específica em assembleia-geral de cotistas de determinada operação potencialmente conflitada, no caso dos FIDCs, é uma estratégia regulatória que, *a priori*, parece mais próxima de ter seu fundamento nas premissas da economia comportamental. Isso porque a regra de vedação absoluta assume que os investidores — mesmo que pudessem aprovar livremente esse tipo de operação e mesmo que fossem informados previamente — experimentaríamos mais prejuízos do que benefícios. A aprovação prévia, informada e específica da operação conflitada seria pontual, de sorte que um simples mandato de *disclosure* poderia fazê-los ter acesso às informações necessárias.¹⁴ Parece haver um fundamento protecionista, com alicerce na ideia de que os investidores não poderiam, ainda que bem-informados, tomar a melhor decisão para si nas circunstâncias do mercado de FIDC.

Em suma, o pressuposto implícito da regra do parágrafo segundo do artigo 39 da ICVM 555/14, na verdade, é a existência de uma capacidade (muito) limitada dos investidores em processar as informações disponíveis para aprovar ou desaprovar a operação específica em assembleia. Assim, a CVM parece ter entendido que haveria insuficiência na escolha por uma estratégia regulatória de simples mandato de *disclosure* aos prestadores de serviços do fundo de investimento em direitos creditórios, com a possibilidade de aprovação ou rejeição pelo investidor. Ao contrário, a opção foi por *banir* esse tipo de operação em potencial conflito de interesses entre os cotistas e os prestadores de serviço do FIDC, quando estes últimos estivessem na contraparte da transação.

14. Não haveria, portanto, custos de monitoramento elevados, desde que a regulação determinasse que a aprovação não fosse genérica, como em uma autorização “guarda-chuva” para a realização de uma série de cessões por preços e condições variáveis.

A opção regulatória pelo *banimento* de determinado produto, contrato ou serviço não encontra abrigo na teoria econômica clássica,¹⁵ a qual (1) entenderia que o investidor, desde que plenamente informado, seria capaz de avaliar se a aprovação específica de determinada operação potencialmente conflitada em concreto seria benéfica a si ou não; e (2) que eventuais desvios ao padrão de comportamento racional seriam excepcionais — para todos os grupos de investidores —, desde que as informações pertinentes estivessem plenamente disponíveis.

Na verdade, a estratégia de *banimento* normalmente tem fundamento de caráter moral, e seria razoável supor que até mesmo autores que são adeptos da economia comportamental defenderiam soluções de paternalismo *soft* para essa questão, tendo em vista o peso da autonomia privada no modelo de economistas como Richard Thaler e Cass Sunstein, por exemplo. Claro, os partidários da economia comportamental teriam como pressuposto a ideia de que os investidores *menos* educados e com *menos* recursos são, na média, mais propensos a tomar decisões pouco racionais e prejudiciais, ao aprovar esse tipo de operação potencialmente conflitada para a carteira de determinado FIDC do qual sejam cotistas, independentemente de terem tido acesso às informações pertinentes.

Um bom exemplo de estratégia regulatória calcada no paternalismo *soft* para esse caso seria a criação de uma norma que exigisse a aprovação prévia dos cotistas para esse gênero de transação. Além de prévia, a aprovação teria de ser específica e, por fim, com o devido destaque dos riscos subjacentes da aprovação, quando da deliberação que decidir sobre o tema.¹⁶ A ideia é que os investidores tivessem o devido destaque não apenas de que estariam aprovando uma operação potencialmente conflitada, mas também de todos os *riscos* na aprovação de uma operação desse tipo.

15. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010, p. 162.

16. BAR-GILL, Oren; EPSTEIN, Richard A., op. cit., p. 32.

1.2 Deveres fiduciários dos prestadores de serviços de fundos de investimento e a teoria da agência

Antes de evoluir na discussão específica, é importante revisar, preliminarmente, qual seria o papel dos prestadores de serviços dos fundos de investimento. Existe literatura acadêmica a catalogar esses *players* como agentes (*agents*) que devem agir em nome e no melhor interesse de um principal (*principal*), ou seja, no caso, o(s) cotista(s).¹⁷ Essa ideia faz sentido, na medida em que os prestadores de serviços dos fundos de investimentos têm uma série de *deveres fiduciários* em relação aos cotistas, bem similares aos deveres do administrador de uma companhia em relação aos acionistas.

Nas companhias, há vasta literatura acadêmica a demonstrar que um dos principais objetivos das regras societárias deve ser o alinhamento dos interesses do agente e do principal, de modo que o agente não tenha incentivos perversos para agir em seu interesse próprio. A ideia é que o agente, na condição de mandatário do “dono do capital”, não pode agir com o objetivo apenas de maximizar seus próprios recursos em detrimento do melhor interesse dos principais — por exemplo, assumindo poucos riscos para não ser responsabilizado ou utilizando os recursos de determinada sociedade anônima em benefício próprio.

Portanto, nos fundos de investimentos, esse tipo de problema *principal-agent* também existe, vez que há uma série de prestadores de serviços (por exemplo, gestor, administrador, consultor) que devem agir em nome e no melhor interesse dos “donos do capital”, ou seja, dos cotistas.¹⁸ A regulamentação da CVM se preocupa em estabelecer uma boa dose de *standards*

17. ROQUETE, Raphael Moses et al. “O Problema de Agência Aplicado aos Fundos de Investimento Multimercados”, *Revista de Finanças Aplicadas*, v. 7, n. 1, p. 1-21, 2016, p. 5. Disponível em: <http://www.financasaplicadas.net/index.php/financasaplicadas/article/view/244/pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

18. FINKELSTEIN, Maria. “Assimetria de informações no mercado de capitais”, *RJLB*, Ano, v. 1, p. 1025-1049, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_1025_1049.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

e incentivos para que os interesses dos cotistas e dos prestadores de serviços do fundos de investimento estejam o mais alinhados possível, por meio, essencialmente, de (1) normas de conduta, (2) restrições *ex ante* à tomada de decisão do prestador de serviço em nome do fundo de investimento e (3) normatização e sistematização de incentivos econômicos padronizados (por exemplo, taxa de *performance*).

Quanto às normas de conduta, é possível citar, como regra geral, os incisos I a III do artigo 92 da ICVM nº 555/14, ao determinar que o administrador e o gestor de um fundo de investimento devem: (1) exercer suas atividades buscando sempre as melhores condições para o fundo, empregando o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma dispensar à administração de seus próprios negócios, atuando com lealdade em relação aos interesses dos cotistas e do fundo, evitando práticas que possam ferir a relação fiduciária com eles mantida e respondendo por quaisquer infrações ou irregularidades que venham a ser cometidas sob sua administração ou gestão, (2) exercer, ou diligenciar para que sejam exercidos, todos os direitos decorrentes do patrimônio e das atividades do fundo, ressalvado o que dispuser a política relativa ao exercício de direito de voto do fundo, e (3) empregar, na defesa dos direitos do cotista, a diligência exigida pelas circunstâncias, praticando todos os atos necessários para assegurá-los e adotando as medidas judiciais cabíveis.

Como restrições *ex ante* à tomada de decisão do prestador de serviço em nome do fundo, é possível citar os limites por modalidade de ativo financeiro e por emissor (arts. 102 e 103, ICVM nº 555/14), com o estabelecimento de punições ao gestor e ao administrador em caso de inobservância desses limites expressos na regulamentação e/ou no regulamento do fundo de investimento (art. 104, ICVM nº 555/14). Nessa seara, vale mencionar que a regra geral da ICVM nº 555/14 é a permissão da aplicação pelo fundo de investimento — representado por seu administrador ou gestor, conforme o caso — em títulos ou valores mobiliários de emissão do administrador, do gestor ou de empresas a eles ligadas até o limite de 20% do patrimônio

líquido do respectivo fundo. Sem prejuízo, se o fundo de investimento regido pela ICVM nº 555/14 destinar-se a investidores profissionais, esse limite pode ser ampliado no regulamento até 100% do patrimônio líquido do respectivo fundo de investimento. Nesse último caso, portanto, não haveria restrição, mas permissão *ex ante* para a tomada deste tipo de decisão de investimento pelo administrador ou pelo gestor do fundo.

Por fim, o principal exemplo do esforço da CVM no sentido da normatização e da sistematização dos incentivos econômicos para o alinhamento de interesses entre os investidores e os prestadores de serviço é a possibilidade de o regulamento do fundo de investimento estabelecer a cobrança de uma taxa de *performance*, que nada mais é que um prêmio econômico ao gestor dos recursos pela superação de uma meta de rentabilidade (i.e., o *benchmark* do fundo). Atingida e superada essa meta, o gestor tem direito a perceber a taxa de *performance*. A CVM, no entanto, lista uma série de critérios para que seja lícita a cobrança da taxa de *performance* (art. 86, §1º, ICVM 555/14),¹⁹ restringindo a liberdade das partes para pactuar livremente sobre tal tema no regulamento, sendo certo que as restrições diminuem gradualmente conforme o público-alvo do fundo de investimento,²⁰ ou seja, conforme o fundo se destine aos investidores em geral, qualificados ou profissionais.

1.3 A lógica econômica das regras de prevenção e a mitigação dos conflitos de interesse

Antes do início da discussão deste tópico, vale um esclarecimento: apesar de o presente capítulo tratar de uma regra destinada aos FIDCs, até aqui foram discutidas também as normas gerais da ICVM nº 555/14, porque os comandos normativos de tal instrução se aplicam a todo e qualquer

19. Por exemplo, o período de cobrança deve ser, no mínimo, semestral, a taxa de *performance* deve ser vinculada à superação de um índice de referência verificável e originado por fonte independente e compatível com a política de investimento do fundo de investimento.

20. Sobre o tema, ver artigo 125, III, da ICVM 555/14.

fundo de investimento registrado junto à CVM (aplicação subsidiária), a despeito da regulação específica para cada tipo de fundo.²¹ Assim, mesmo os fundos de investimentos estruturados, ou seja, aqueles que investem em ativos financeiros mais complexos, normalmente com menor liquidez, e que contam com regulação específica da CVM (por exemplo, FIDC, FIP, FII), sujeitam-se às regras gerais da ICVM nº 555/14 e, em maior ou menor grau, à lógica regulatória do problema de agência — e, conseqüentemente, dos deveres fiduciários aplicáveis aos prestadores de serviços enquanto agentes de um principal —, além da segmentação dos cotistas em categorias distintas de investidores, conforme já discutido.

Como vimos anteriormente, a ICVM nº 555/14 permite que o fundo de investimento aplique até 20% de seu patrimônio líquido em ativos de emissão do administrador, do gestor ou de pessoas a eles ligadas. Para os fundos de investimentos estruturados, contudo, as regras de mitigação aos conflitos de interesses costumam ser mais rígidas. No caso dos fundos de investimentos imobiliários, por exemplo, compete privativamente à assembleia-geral de cotistas deliberar sobre atos que configurem *potencial* conflito de interesses (art. 18, XII, ICVM nº 472/08). O parágrafo primeiro do artigo 34 da ICVM nº 472 elenca ainda uma série de hipóteses exemplificativas de situações de conflitos de interesse, entre as quais destacam-se: (i) aquisição, locação, arrendamento ou exploração do direito de superfície, pelo fundo, de imóvel de propriedade do administrador, gestor, consultor especializado ou de pessoas a eles ligadas (art. 34, §1º, I, ICVM nº 472/08) ou (ii) aquisição, pelo fundo, de valores mobiliários de emissão do administrador, gestor, consultor especializado ou pessoas a eles ligadas (art. 34, §1º, V, ICVM nº 472/08). Também há norma proibitiva que impede o administrador, no exercício das funções de gestor do FII, de realizar operações com cotistas que representem conflitos de interesses com cotistas que representem mais de

21. Artigo 1º, ICVM 555/14.

10% do patrimônio líquido do fundo, salvo mediante aprovação prévia e específica da assembleia-geral de cotistas.²²

No caso dos fundos de investimentos em participações (FIPs), também compete à assembleia-geral deliberar sobre a aprovação de atos que configurem conflitos de interesses entre o fundo e seu administrador, gestor ou entre o fundo e qualquer cotista ou grupo de cotistas que detenham mais de 10% das cotas subscritas (art. 24, XII, ICVM nº 578/16). Ademais, o artigo 44, parágrafo primeiro, da instrução normativa que rege os fundos de investimentos em participações também veda a realização de operações, pelo fundo, em que este figure como contraparte do administrador, do gestor, dos membros de comitês dos fundos e de cotistas ou grupo de cotistas com mais de 5% (cinco por cento) do patrimônio do fundo (art. 44, §1º, ICVM nº 578). No caso dos FIPs, a necessidade de aprovação prévia desse tipo de ato em potencial conflito de interesses já constava da Instrução CVM nº 391, de 2003.²³

Com efeito, os regramentos aplicáveis aos FIIs e dos FIPs são mais rigorosos do que aquele dos fundos de investimento regidos pela ICVM nº 555/14, especialmente se considerarmos que os fundos de investimentos líquidos que se destinam a investidores profissionais podem investir até a totalidade de seu patrimônio líquido em ativos emitidos pelo administrador ou pelo gestor, sem necessidade de qualquer aprovação prévia da assemblear.

A estratégia regulatória adotada pela CVM no caso dos FIDCs, contudo, é peculiar. Como vimos, para os FIDCs, a regra atual da ICVM nº 356/01 veda a administrador, gestor, custodiante e consultor especializado, ou partes a eles relacionadas, da forma como definidas pelas regras contábeis que tratam desse assunto, ceder ou originar, direta ou indiretamente, direitos creditórios aos fundos em que atuem como prestadores de serviço, sem qualquer possibilidade de aprovação prévia e específica assemblear. Des-

22. Referida regra foi incluída pela Instrução CVM nº 571, de 25 de novembro de 2015.

23. Edital de Audiência Pública SDM nº 05/2015.

tarte, hipoteticamente, ainda que todos os cotistas de um FIDC destinado a investidores profissionais aprovassem prévia e especificamente a compra de um direito creditório a ser cedido por uma parte relacionada ao administrador do FIDC, não haveria possibilidade de essa compra ser realizada, sob pena de cometimento de uma infração administrativa pelo prestador de serviço do fundo responsável pela decisão de investimento. A estratégia regulatória aqui, portanto, consistiu em estabelecer vedação *absoluta* à realização de tal tipo de operação, independentemente (i) do público-alvo do fundo e (ii) da vontade dos cotistas e dos prestadores de serviço do fundo.

2. Panorama geral e contexto histórico da regra do artigo 39, §2º, instrução CVM nº 356/01

A versão original da ICVM nº 356/01 não previa proibição da aquisição, pelo FIDC, de direitos creditórios cedidos ou originados pelo gestor, administrador ou partes a eles relacionadas. O novo regramento proibitivo foi introduzido na regulamentação aplicável por meio da Instrução CVM nº 531, de 2012, de 6 de fevereiro de 2013 (ICVM nº 531/13), tendo origem na Audiência Pública SDM nº 05/2012.

Pela leitura do relatório da Audiência Pública SDM nº 05/2012, nota-se que a CVM buscava combater problemas práticos de conflitos de interesse que vinham ocorrendo na indústria dos FIDCs. Nesse sentido, a referida autarquia optou por rejeitar diversas propostas para a não adoção da rígida vedação absoluta do que viria a ser o parágrafo 2º do artigo 39, alegando que os problemas ocorridos afetavam não apenas os cotistas, mas também a imagem das instituições envolvidas e a credibilidade de todo o mercado em torno dos FIDCs.²⁴ No edital da audiência pública, a CVM já comentava que a vedação inibiria a ocorrência de estruturas do tipo “originar para

24. Relatório de Audiência Pública SDM 05/2012, item 3.5.4.

distribuir” entre partes pertencentes ao mesmo grupo econômico e teria o condão de evitar situações de desalinhamento de interesses e incentivos entre os diversos participantes da montagem e venda da operação de securitização e os investidores finais.

A Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA), na referida audiência pública, sugerindo que a regra proibitiva deveria contar com algumas exceções, quais sejam: (1) para os fundos regulados pela Instrução CVM nº 444 (que são os FIDC-NP, destinados necessariamente a investidores profissionais); (2) para os fundos enquadrados nos incisos I e II do artigo 23-A da ICVM nº 356/01 (fundos destinados a único cotista ou cotistas unidos por interesse único e indissociável); e (3) para os fundos que tenham aplicação inicial de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e que sejam ofertados publicamente nos termos da Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003, evidenciando, no prospecto da oferta pública, o conflito de interesses entre o cedente e os prestadores de serviço do fundo.

É interessante notar como a terceira hipótese das exceções acima, propostas pela ANBIMA, está relacionada com duas premissas: uma mais ligada à economia clássica e outra mais ligada à economia comportamental. Ou seja, por um lado, a suposição de que existe uma assimetria informacional entre os investidores e os prestadores de serviço do fundo — enquanto os “vendedores” do produto/serviço — que pode ser corrigida pela regulamentação com mandatos de *disclosure*.²⁵ E, por outro lado, a ideia de que investidores mais “sofisticados” (nesse caso, com mais de R\$

25. Sobre o tema, Baldwin, Cave e Lodge explicam que a estratégia regulatória do *disclosure* permite com que os consumidores dos produtos ou serviços (no caso, os investidores) tomem decisões com base na aceitabilidade do processo empregado na produção desses bens ou serviços. Na hipótese investigada no presente trabalho, por meio do *disclosure*, os investidores seriam capazes de avaliar se desejam aprovar a operação potencialmente conflitada mesmo diante de todos os riscos subjacentes: “[...] *Disclosure regulation allows the consumers of products and services (or even voters more generally) to make decisions on the acceptability of the processes employed in producing those products or services*”. Ver: BALDWIN, Robert et al., op. cit., p. 119.

1.000.000,00 para investir) são capazes de entender ou processar melhor as informações disponíveis.

A despeito da proposta da ANBIMA e de outras similares recebidas na audiência pública que acabou por resultar na reforma da ICVM nº 356/01, por meio da edição da ICVM nº 531/13, a CVM acabou por vedar por completo operações do tipo “originar para distribuir”, ou seja, a aquisição por FIDCs de direitos creditórios originados ou cedidos por partes relacionadas aos principais prestadores de serviço do fundo.

2.1 O caso do pedido de dispensa no PA CVM nº 19957.003447/2020-11²⁶

O caso aqui analisado se referia a um pedido de dispensa do Banco Daycoval S.A. (Daycoval), como futuro administrador fiduciário de um FIDC, cujo objetivo principal seria a aquisição de direitos creditórios decorrentes da comercialização de energia no mercado livre entre a Delta Fund II Comercializadora de Energia S.A. (ou outra sociedade do Grupo Delta) e seus clientes, pessoas jurídicas.

Na estrutura idealizada pelo Daycoval, o fundo seria gerido pela Delta Energia Administração de Recursos Ltda., o que estaria em desacordo com o dispositivo que veda a parte relacionada ao gestor de ceder ou originar, direta ou indiretamente, direitos creditórios aos fundos nos quais atuem. A oferta das cotas do fundo de investimento em questão seria realizada por meio da Instrução CVM nº 476/09, destinada, portanto, somente a investidores profissionais, tendo a possibilidade subsequente de negociação das cotas no mercado secundário.

Como justificativa do pedido de dispensa, o administrador do fundo de investimento em questão destacava que: (I) a comercializadora teria como objeto social e propósito exclusivo a realização de operações no mercado de

26. Apreciado pelo Colegiado da CVM, na reunião de 21 de julho de 2020.

energia nos exatos termos indicados e aprovados pela gestora; (2) a comercializadora não poderia realizar qualquer outra operação que não tivesse sido aprovada pela gestora; (3) todos os direitos creditórios e os resultados da comercializadora seriam repassados integralmente ao fundo; assim, a comercializadora seria tão somente um veículo para que o fundo possa acessar ao mercado de compra e venda de energia por meio da aquisição de direitos de crédito decorrentes de contratos de venda de energia originados pela comercializadora. Além disso, a administradora fiduciária também solicitava que o fundo pudesse adquirir notas promissórias ou debêntures emitidas pela própria comercializadora com o objetivo de adiantar os recursos necessários para a compra de energia e ser posteriormente vendida a terceiros. Por fim, o Daycoval também propunha submeter a aquisição desses direitos creditórios à deliberação dos cotistas do FIDC.

A área técnica da CVM²⁷ entendeu, em resumo, que: (1) o Grupo Delta possui pelo menos mais duas comercializadoras de energia cadastradas na ANEEL; (2) apesar dos mitigadores propostos, continuaria a haver conflito de interesses, pois o grupo Delta estaria atuando nas duas partes do processo, ou seja, interessado em originar contratos de comercialização de energia e cedê-los ao maior preço possível (para maximizar o retorno dos seus acionistas), e, de outro lado, interessado na taxa de gestão do fundo e na compra dos ativos pelo menor preço possível (para maximizar a performance do fundo); (3) diante dessa circunstância, perderia o efeito do compromisso prestado pelo grupo de que todos os direitos creditórios originados pela comercializadora seriam cedidos em regime de exclusividade ao fundo; (4) o conflito de interesses seria agravado pelo fato de o gestor pretender adquirir notas promissórias ou debêntures da comercializadora com o intuito de adiantar os recursos necessários para compras de energia, sendo que o gestor poderia usar o fundo para financiar diretamente

27. No caso, a Gerência de Investimentos Estruturados (GIES), ligada à Superintendência de Relações com Investidores Institucionais (SIN).

projetos de interesse de seu grupo econômico em potencial conflito com a sua atuação fiduciária perante os cotistas; (5) a aprovação de um contrato “guarda-chuva” pela assembleia-geral de cotistas, contendo os parâmetros a serem observados em todas as cessões de direitos creditórios, mas os cotistas não estariam aprovando cada uma das aquisições concretas, e tal contrato, inclusive, traz parâmetros que poderiam ser descritos como critérios de elegibilidade no regulamento do fundo.

O Colegiado da CVM acabou por concordar com a conclusão do parecer da GIES-SIN, a qual destacava (1) que a estrutura não mitiga os potenciais conflitos de interesse *buy-side vs. sell-side*, que foi a motivação da edição da Instrução CVM 351, e (2) que a estrutura apresentada não se enquadrava nos precedentes de exceção do Colegiado, os quais exigiam (2.a) a constituição de um FIDC-NP, (2.b) a vedação da possibilidade de negociação das cotas em mercados e (2.c) a existência de cotista único ou vinculados por interesse único e indissociável, devendo figurar como sócio de um dos prestadores de serviço do fundo.

2.1.1 Argumentos no artigo analítico publicado no portal “Capital Aberto”

Em artigo publicado no portal Capital Aberto, alguns advogados²⁸ criticaram a decisão da CVM, qualificando-a como “conservadora e prejudicial à evolução do setor no mercado de capitais brasileiro”. Argumentam os autores do artigo que, na prática, a estrutura proposta — a qual foi rejeitada pela CVM — poderia representar ganho de sinergia na cessão de direitos creditórios, uma vez que os custos de transação da cessão seriam virtualmente eliminados, considerando a inexistência de pluralidade de agentes, a eliminação dos custos e os riscos associados à assimetria de informações no âmbito da cessão, o que levaria ao exaurimento de qualquer possibilidade de seleção adversa (*moral hazard*).

²⁸. Não há informações públicas sobre a atuação dos advogados autores do artigo no caso.

Os autores argumentaram que todos os investidores do fundo seriam profissionais, as aquisições dos direitos creditórios seriam transparentes, sendo a aprovação dos investidores requisito para a validade e a exequibilidade do contrato de cessão. A estrutura permitiria aos investidores profissionais acesso a um ativo complexo, mas transparente, que ofereceria ganhos de eficiência e redução de custos de estruturação, ao mesmo tempo que proveria ao cotista poder de veto e monitoramento da estrutura.

Uma análise mais aprofundada sobre os méritos e/ou deméritos da estratégia regulatória da norma do parágrafo segundo do artigo 39 será realizada no capítulo três do presente estudo. Não obstante, de fato, em um primeiro olhar, é impossível não deixar de perceber que a estratégia regulatória que resulta no *banimento* desse tipo de operação potencialmente conflitada — em um fundo de investimento no qual os cotistas seriam todos investidores profissionais e haveria a possibilidade de aprovação prévia e informada em sede de assembleia-geral de cotistas — não parece conversar com as demais instruções normativas da CVM. Mesmo no caso de outros fundos estruturados, como os FIPs e os FIIs, os normativos não são tão rígidos, conforme já visto. Desse modo, importa saber qual o racional econômico por trás de um tratamento regulatório tão diferenciado para os FIDCs, a ponto de justificar vedação absoluta a um tipo de operação potencialmente conflitada.

3. A proposta da CVM na audiência pública SDM nº 08/2020

Com o advento da Lei nº 13.874/19, a CVM está em processo de atualização do arcabouço regulatório aplicável aos fundos de investimento. A minuta de resolução constante do Anexo II, relativa, especificamente, aos fundos de investimentos em direitos creditórios da Audiência Pública SDM nº 08/2020, propõe a seguinte regra:

Art. 45. O regulamento pode admitir a aquisição pelo FIDC de direitos creditórios originados ou cedidos pelo administrador, gestor, consultoria especializada ou partes a eles relacionadas, desde que:

I — o administrador, gestor, consultor e entidade registradora não sejam partes relacionadas entre si; e

II — a registradora dos direitos creditórios não seja parte relacionada ao originador ou cedente.

Parágrafo único. O disposto no inciso I não se aplica ao FIDC destinado exclusivamente a investidores profissionais.

Aqui é importante esclarecer, em primeiro lugar, que a regulamentação atual da CVM não permite que investidores em geral tenham acesso aos FIDCs, estando tal veículo de investimento limitado a investidores qualificados ou profissionais, a depender do público-alvo descrito no regulamento do respectivo fundo. A nova norma proposta pela CVM passaria a permitir a aquisição dos FIDCs por cotistas que se classifiquem como “investidores em geral”, porém cumpre salientar que a nova proposta normativa da CVM seguiria com uma vedação absoluta aplicável somente aos FIDCs destinados a investidores em geral. Ou seja, para esse público-alvo, seguiria vedada a aquisição de direitos creditórios cedidos por partes relacionadas aos prestadores de serviço do fundo (art. 14, V, “b”, Anexo II, AP SDM nº 08/2020).

Para os FIDCs destinados a investidores qualificados ou profissionais, a inovação da regra do artigo 45 acima exposta seria: (1) passar a permitir que o FIDC destinado a investidores qualificados adquirisse direitos creditórios cedidos ou originados por partes relacionadas aos prestadores de serviço do fundo acima destacados, desde que (1.a) o administrador, o gestor, o consultor e a entidade registradora não sejam partes relacionadas entre si e (1.b) a registradora dos direitos creditórios não seja parte relacionada ao originador ou cedente; e (2) passar a permitir que FIDCs destinados a investidores profissionais possam adquirir direitos creditó-

rios nas condições citadas no item (I) acima, sem a necessidade de cumprimento do requisito mencionado em (I.a).

Além disso, cumpre observar que o registro dos direitos creditórios que façam parte da carteira do FIDC em entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil seria uma nova exigência — exigência que passaria a constar da regulamentação caso aprovado o texto proposto de início pela CVM.

A regra representaria, portanto, uma mudança de estratégia regulatória bastante assertiva, pois passaria a ser possível que investidores qualificados e profissionais acessassem FIDCs cujos regulamentos permitissem operações potencialmente conflitadas, ao passo que, ainda em 2020, o Colegiado da CVM nem sequer dava indicativos de uma eventual necessidade de mudança na regulamentação vigente, quando da decisão paradigmática no PA CVM nº 19957.003447/2020-II.

3.1 A regra do art. 39, §2º, da ICVM nº 356/01 é eficaz do ponto de vista da eficiência econômica?

Como já visto, a vedação absoluta da existência de determinado mercado, consubstanciada, por exemplo, na proibição da produção ou circulação de determinado produto, ou prestação de determinado serviço, costuma ter por base fundamentos morais e não econômicos.²⁹ No caso, a vedação absoluta à “venda” de um FIDC cujo regulamento permitisse a aquisição de direitos creditórios cedidos, digamos, pelo seu gestor, teria qual fundamento?

29. Para alguns autores, como, por exemplo, Richard Posner, a maximização da riqueza pode ser um valor filosófico em si, com alguma proximidade com o utilitarismo, a despeito das diferenças: “[...] *Wealth maximization is a more effective instrument for attaining the goals of utilitarianism than utilitarianism itself. Stated otherwise, wealth maximization is the correct rule of decision in a system of rule utilitarianism. (...) The free-wheeling redistributions of a utilitarian society are ruled out. This is also a mark in favor of wealth maximization*”. Veja POSNER, Richard A. “Wealth Maximization Revisited, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 85, 1985. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2826&context=journal_articles. Acesso em: 25 abr. 2021.

É possível associar esse tipo de proibição a determinada conduta ou atividade dentro da estratégia regulatória (*regulatory strategy*) de comando e controle.³⁰ As regras de comando e controle têm como característica principal o estabelecimento de *standards* de comportamento que, caso venham a ser descumpridos, são sancionados com punições administrativas ou criminais. Não obstante, o banimento é uma versão extrema da abordagem de comando e controle. Na doutrina nacional, por exemplo, Gustavo Binenbojm defende que nem sequer deveriam ser banidas drogas nocivas à saúde cujos efeitos não sejam “imediatos e irreversíveis”, argumentando que, em casos tais, a regulação por preços, qualidade e quantidade seria apta a respeitar a autonomia privada e alcançar o bem-estar social.³¹ Assim, há de se discutir se a autorização pelos cotistas para que o FIDC invista em créditos potencialmente conflitados em relação aos prestadores de serviço do fundo é um mercado que deveria ser banido.

Nessa esteira, ao tratarem do “fechamento” de mercados de valores mobiliários sob o pretexto de proteger os investidores de suas próprias decisões de investimento, Stephen Choi e Adam Pritchard comentam que as regulações que retiram do investidor seu poder de escolha também correm o risco de ser irreversíveis. Os autores anotam que os mercados não podem funcionar se a regulação os estrangular, enfatizando que as habilidades de tomada de decisão dos investidores podem atrofiar se as regulações simplesmente substituírem o mercado.³²

30. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, op. cit., p. 106.

31. BINENBOJM, Gustavo, op. Cit., p. 214.

32. *In verbis*: “[...] Finally, regulations that remove choice from investors also risk the oneway ratchet effect. Markets work, but not if regulation chokes them. Once regulations supplant the market, investors’ decisionmaking skills may atrophy. Intermediaries that aid investors may exit the market. If regulations leave investors incapable of protecting themselves and thwart institutions that could help, regulatory protections that were originally unwarranted may become essential. Before regulators trigger this self-fulfilling scenario of investor dependency, regulators should overcome a strong presumption against interventions that remove choice”. Veja: CHOI, S. J.; PRICHARD, Adam. “Behavioral Economics and the SEC”, *Stanford Law Review* 56, n. 1, 2003, p. 1-73.

Em um enfoque mais amplo, Richard Epstein, ao se debruçar sobre os motivos pelos quais seria legítimo restringir a alienação de diversos bens, argumentava que restrições legais desse tipo podem ter como fundamento a mitigação de danos exteriores, o que, eventualmente, se traduz (1) no uso impróprio de “coisas perigosas”, capazes de causar danos a terceiros, ou (2) problemas de *common pool*, quando o uso predatório de determinado bem é suportado pelo grupo como um todo, e não apenas pela única parte que causa a diminuição do bem comum.³³ Nesse trecho do artigo, menciona o controle de armas, bebidas alcoólicas, drogas e a “palavra” (e dá como exemplo a ideia de que alguém talvez deseje vender um livro explicando passo a passo como fabricar uma bomba atômica) como exemplos de situações em que pode ser legítima a existência de regras que visem prevenir danos a terceiros exteriores às partes que transacionam com o bem específico objeto do mercado. Em relação às regras que têm por objetivo prevenir o problema de *common pool assets*, é possível mencionar a venda de votos nas eleições. Em outras palavras, a ideia é que esse mercado de compra e venda de votos seja absolutamente proibido, na medida em que sua existência poderia representar um risco à democracia.

Retornando ao caso específico dos FIDCs, a CVM, no relatório da audiência pública SDM nº 05/2012, entendeu que a vedação — que, naquele momento, representaria uma regra mais restrita que a anterior — seria capaz de proteger a imagem das instituições envolvidas e a credibilidade de todo o mercado em torno dos FIDCs. Ao que parece, portanto, a CVM vislumbrava, no mercado de compra e venda de direitos creditórios para FIDCs administrados ou geridos pelo cedente, um problema com potencial para prejudicar — e até mesmo esgotar — toda a credibilidade e a imagem do mercado de capitais, ou pelo menos do mercado de FIDCs, mas não foi discutida a razão pela qual a CVM entendia a vedação absoluta das cessões de crédito potencialmente conflitadas aos FIDCs como um caminho ne-

33. EPSTEIN, Richard A. “Why Restrain Alienation?”, *Columbia Law Review*, v. 85, nº 5, p. 970- 990, 1985.

cessário, tanto do ponto de vista moral como do aspectopotencial de dano a terceiros, e, menos ainda, dos problemas de *common pool*.

Portanto, a despeito dessa breve explanação por parte da CVM no relatório da audiência pública SDM nº 05/2012, a verdade é que a vedação do artigo 39, §2º, da ICVM nº 356/01 não foi devidamente justificada pela CVM quando da edição da ICVM nº 531/13, visto que (1) as intervenções regulatórias que removem por completo um mercado (no caso, o poder de decisão dos investidores) devem contar com fundamentos morais sólidos, porquanto, do ponto de vista da autonomia privada e da eficiência econômica,^{34, 35} o mais provável é que não possam ser racionalmente justificadas; e (2) pode não fazer sentido o risco à credibilidade vislumbrado pela CVM no mercado de FIDCs quando da audiência pública em questão.

Não obstante, parece certo que a credibilidade do mercado não seria afetada por retornos abaixo da expectativa nos casos de fundos análogos àquele do PA CVM nº 19957.003447/2020-II. Por exemplo, caso houvesse algum problema posterior, *inter partes*, entre os investidores profissionais do FIDC que seria estruturado pelo Daycoval, não nos parece que haveria um dano sistêmico, porquanto se supõe que investidores profissionais tomem suas decisões de investimento com o devido assessoramento e, portanto, que sejam melhores, na média, ainda que não seja possível eliminar o cometimento de erros ou a concretização de riscos.

No mais, a aprovação prévia, em assembleia, das condições gerais de operações — pelo menos quando se tratar de investidores profissionais —

34. Continuamos a falar da eficiência segundo o critério de Kaldor-Hicks, como em todo o presente trabalho.

35. A doutrina nacional contemporânea costuma destacar que “o banimento é a medida regulatória extrema, que importa maior grau de restrição à liberdade de escolha dos agentes econômicos — tanto fornecedores quanto consumidores —, pois acarreta a proibição da oferta e do consumo de determinado produto ou serviço. Sua utilização pelo Estado depende de previsão legal, deve proteger ou promover fins constitucionalmente legítimos e assume sempre caráter subsidiário, aplicando-se somente quando a regulação de outros elementos se mostrar ineficaz ou extremamente onerosa [...]”. Veja BINENBOJM, Gustavo, *op. Cit.*, p. 214.

parece ser suficiente para evitar qualquer surpresa em relação aos preços praticados na aquisição desses direitos creditórios. Ademais, não nos parece haver razão para justificar um tratamento diferenciado em relação aos FIDCs, e não aos demais fundos estruturados, mesmo que se admitisse a existência de um problema de credibilidade no mercado dos FIDCs, sem que ao menos sequer se testasse uma estratégia regulatória similar à dos FIPs ou dos FIIs, os quais permitem a aprovação prévia, específica e informada de operações potencialmente conflitadas.

3.2 A nova regra da minuta proposta pela CVM na Audiência Pública SDM nº 08/2020 é eficaz do ponto de vista da eficiência econômica?

Como já visto, a nova regra da minuta proposta pela CVM na Audiência Pública SDM nº 08/2020 permite que os FIDCs destinados a investidores qualificados ou profissionais passem a poder adquirir direitos creditórios cedidos ou originados por partes relacionadas aos prestadores de serviço do fundo acima destacados, desde que observados alguns requisitos, dentre os quais não se encontra a necessidade de aprovação prévia, específica e informada da assembleia-geral de cotistas ou um limite *vis-à-vis* o patrimônio líquido do fundo.

A falha de mercado que as regras de conflitos de interesse visam combater normalmente está associada à severa assimetria de informações entre “agente” e “principal”.³⁶ Essa assimetria resulta em um problema de risco moral (*moral hazard*), na medida em que os investidores têm pouco ou nenhum controle sobre as ações tomadas no cotidiano do fundo de investimento por seus gestores. O investidor, na condição de “principal”,

36. É comum haver diferença nas informações detidas por cada parte em um dado mercado acerca dos bens ou serviços transacionados. Essa discrepância apenas se torna uma falha de mercado se for relevante ou severa. Sobre o tema, COOTER, Robert; ULEN, op. cit., p. 61.

é dotado de poucos recursos para averiguar se uma transação potencialmente conflitada efetivamente está sendo realizada em observância aos parâmetros de mercado.

A nova regra proposta passa a permitir a realização de operações potencialmente conflitadas, desde que (1) o fundo não seja destinado a investidores em geral (art. 14, V, “b”, Anexo II, AP SDM 08/2020); (2) a registradora não seja parte relacionada ao originador ou cedente, no caso dos fundos direcionados a investidores profissionais; e, finalmente, (3) o administrador, gestor, consultor e entidade registradora não sejam partes relacionadas entre si.

Do ponto de vista da economia comportamental, parece adequado haver diferença de tratamento entre os investidores em geral, os investidores qualificados e os investidores profissionais, na medida em que, na média, essas categorias de investidores *processam* informações de maneiras distintas. Sem embargo, no caso dos investidores qualificados, por exemplo, seria acurado inferir que o fato de o administrador, o gestor e o consultor não serem partes relacionadas protege esses investidores de cessões realizadas no interesse próprio de parte relacionada ao gestor do fundo, na outra ponta, na condição de cedente? Porque, se o preço da cessão for definido livremente por um prestador de serviços (por exemplo, sem a interferência do administrador no gestor, ou do gestor no administrador), será que o suposto dever de fiscalização entre os prestadores é capaz de resolver *per se* o risco da realização de operações conflitadas que vinha sendo verificado pela CVM antes da reforma da ICVM nº 531/13?

Para além dessas considerações, do ponto de vista da eficiência de Kaldor-Hicks de cada estratégia regulatória, parece que o banimento do mercado para os investidores em geral não se justifica, uma vez que um pressuposto básico da economia é que os próprios indivíduos estão mais bem situados para efetuar trocas livremente, de modo que a livre alocação de recursos será capaz de gerar maior riqueza. Mesmo que seja razoável assumir que os investidores em geral não processam as informações disponí-

veis com a mesma qualidade dos investidores profissionais ou qualificados, também nos parece que o extremo de *banir* o mercado de cessão de direitos creditórios potencialmente conflitados para veículos de investimento destinados a esse tipo de investidor seja irrazoável. Ainda que os investidores em geral não tenham formação técnica específica para atuar no mercado financeiro ou, na média, disponham de menos recursos financeiros para contratar um consultor de investimentos especializado, é possível aumentar as informações disponíveis para esse público, de modo a tomar decisões fundamentadas e, principalmente, alertá-lo dos riscos em autorizar esse tipo de investimento potencialmente conflitado. Se, ainda assim, os investidores optarem por aprovar determinada operação de cessão potencialmente conflitada, a premissa econômica é a de que estão tomando a melhor decisão para si, o que, socialmente, produzirá uma alocação de recursos mais eficiente do ponto de vista de Kaldor-Hicks *versus* a estratégia regulatória do banimento desse mercado, atualmente em voga.

4. Conclusão

O artigo 156 da Lei nº 6.404/76 permite a realização de operações em que os interesses da sociedade e os de seu administrador sejam conflitantes, desde que ocorram em condições de mercado e sejam aprovadas pelos administradores desinteressados.³⁷ De modo similar, a regulamentação dos FIIs e dos FIPs, como já assinalado, permite a aprovação prévia, informada e específica, pelos cotistas, de operações em que potencialmente os interesses do fundo sejam conflitantes com os interesses do administrador, do gestor, do consultor ou de partes relacionadas. No que se refere aos fundos líquidos, ou seja, aqueles regidos pela ICVM nº 555/14, basta que a opera-

37. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume III — artigos 138 a 205*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 151.

ção seja realizada dentro dos parâmetros de mercado, em observância ao dever de lealdade, mas a norma também permite tais transações em até 20% do patrimônio líquido do fundo, sem necessidade de passar pelo crivo da assembleia-geral.

Tendo em vista que, à exceção dos FIPs, tais produtos são acessíveis aos investidores em geral, o primeiro ponto é que a discrepância no regime jurídico mais rigoroso ao FIDC, que permaneceria, por conta do artigo 14, V, “b”, Anexo II AP SDM nº 08/2020, deve ser justificada do ponto de vista econômico. Ocorre que, como regra geral, o investidor “em geral” deveria ser capaz de tomar as próprias decisões de investimentos, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade na seara dos negócios privados, bem como o pressuposto de que os indivíduos são capazes de tomar as melhores decisões para si, o que, por conseguinte, resultaria em uma situação alocativa mais eficiente, segundo o critério de Kaldor-Hicks. É claro que isso não quer dizer que os *insights* da economia comportamental sejam dispensáveis.

Com efeito, o regime jurídico aplicável aos investidores em geral de FIDCs³⁸ poderia continuar sendo o mais rígido, exigindo (1) aprovação prévia, específica e informada da operação potencialmente conflitada em assembleia-geral; (2) *disclosure*, com o devido destaque sobre os riscos de operações realizadas com as partes relacionadas em potencial conflito de interesses na convocação da assembleia-geral que deva deliberar sobre a matéria; e (3) mantidos os requisitos do artigo 45 da nova minuta de Resolução da SDM nº 08/2020, ou seja, os prestadores de serviços do FIDC e a entidade registradora não devem ser partes relacionadas entre si, e a registradora dos direitos creditórios não deve ser parte relacionada ao originador ou ao cedente. No entanto, a chave da mudança aqui defen-

38. Lembrando que a nova norma da CVM em discussão na AP SDM 08/2020 provavelmente autorizará que os investidores em geral acessem FIDCs, o que atualmente não é permitido pela ICVM nº 356/01. Não é o escopo deste trabalho verificar se faz sentido, do ponto de vista da eficiência econômica, vedar o acesso de investidores em geral a determinados fundos de investimento, tais como FIPs ou FIDCs.

dida de regime jurídico seria o não banimento desse mercado, o que nos parece representar uma solução extrema e pouco justificável do ponto de vista da eficiência econômica.

Para o investidor qualificado, parece fazer mais sentido a combinação da necessidade de aprovação prévia e informada em sede de assembleia-geral de cotistas,³⁹ com um mandato de *disclosure* específico, contendo apenas as características principais da operação (ou grupo de operações) a ser aprovada — sem a necessidade de destacar os riscos subjacentes —, uma vez que estamos a tratar de investidores análogos aos *accredited investors* norte-americanos. Esse tipo de estratégia regulatória estaria alinhado com a Lei nº 6.404/76 e com o regime regulatório aplicável aos FIIs e FIPs. No caso brasileiro, por exemplo, os investidores qualificados são: (1) investidores profissionais; (2) pessoas naturais ou jurídicas que tenham investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidores qualificados mediante termo próprio; (3) pessoas naturais que tenham sido aprovadas em exames de qualificação técnica ou possuam certificações aprovadas pela CVM como requisito para o registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários, em relação a seus recursos próprios; e (4) os clubes de investimento, desde que tenham a certa gerida por um ou mais cotistas que sejam também investidores qualificados.⁴⁰

Pois bem, em um país como o Brasil, ainda em desenvolvimento, no qual uma pesquisa recente revelou que cerca de 67% dos cidadãos não conseguem sequer guardar uma parcela da renda mensal,⁴¹ fica evidente que os

39. Ao contrário do caso dos investidores em geral, aqui a aprovação poderia ser prévia e informada, sem a necessidade de ser específica, podendo contemplar a autorização para a realização de uma série de operações de cessão dentro de condições comerciais que obedeçam a parâmetros mais genéricos estabelecidos na assembleia que aprovar a autorização.

40. Nos termos da Resolução CVM nº 30, de 11 maio 2021.

41. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/26/67percent-dos-brasileiros-nao-conseguem-poupar-dinheiro-aponta-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 3 jun. 2021.

“investidores qualificados”, conforme definidos pela Resolução CVM nº 30, de 11 de maio de 2021, constituem nada menos do que a elite econômica do país. Destarte, qualquer espécie de proteção contra falhas de comportamento, para tal grupo, deve ser o menos invasiva possível à sua liberdade, sendo razoável haver presunção no sentido de que essas pessoas efetivamente são capazes de manejar a própria poupança.

A respeito dos investidores profissionais, temos o seguinte:

De acordo com a regulamentação, os investidores profissionais são: (1) instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil; (2) companhias seguradoras e sociedades de capitalização; (3) entidades abertas e fechadas de previdência complementar; (4) pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidores profissionais mediante termo próprio, de acordo com o Anexo 9-A; (5) fundos de investimentos; (6) clubes de investimentos, desde que tenham a carteira gerida por administrador de carteira de valores mobiliários autorizado pela CVM; (7) agentes autônomos de investimentos, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios; (8) investidores não residentes. De modo a manter um regime regulatório escalonado entre as diferentes categorias de investidor — o que parece fazer sentido, tendo em vista o pressuposto de que cada grupo de investidor, na média, comporta-se de forma mais ou menos sofisticada no mercado de capitais —, entendemos que os investidores profissionais deveriam conceder autorização genérica no regulamento para a realização desse tipo de operação potencialmente conflitada, sendo necessário, nesse caso, tão somente um *disclosure a posteriori* do prestador de serviço do fundo responsável pela realização da operação conflitada.

Contudo, o regime jurídico aqui proposto viria a ser mais livre do que o atualmente previsto em outras normas da CVM, como já vimos, de modo

que a sugestão seria adotá-lo somente se a necessidade de aprovação prévia, informada e específica para as operações conflitadas também deixasse de ser necessária para os outros fundos de investimentos estruturados.

Referências

- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. Oxford University Press Inc., New York: 2012.
- BAR-GILL, Oren; EPSTEIN, Richard A. “Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics”, *NYU Law and Economics Research Paper* No. 07-17, *Minnesota Law Review*, vol. 92, 2007-2008, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=982527>. Acesso em: 2 maio 2021.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BRASIL. *Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. _____ . *Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.
- CHOI, S. J.; PRICHARD, Adam. “Behavioral Economics and the SEC”, *Stanford Law Review* 56, n. 1 (2003): p. 1-73.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume III — artigos 138 a 205*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- EPSTEIN, Richard A. “Why Restrain Alienation?”, *Columbia Law Review*, v. 85, n. 5, p. 970- 990, 1985.

- FINKELSTEIN, Maria. “Assimetria de informações no mercado de capitais”, *RJLB*, Ano, v. 1, p. 1025-1049, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_1025_1049.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.
- GENDRON, Étienne. *Behavioral Economics and Securities Laws: The Theoretical Underpinnings of our Regulatory System and Their Application to Investor Sophistication*, 2018, University of Toronto, Faculty of Law, Toronto, p. 50. Disponível em: https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/91758/3/Gendron_Etienne_201811_LLM_thesis.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Bem-estar social e o conceito de eficiência”, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- HAMILTON, R. W. *Cases and Materials on Corporations*. 5. ed. St Paul: West Publishing, 1994.
- LEE, Larissa. “The Ban Has Lifted: Now Is the Time to Change the Accredited-Investor Standard”, *Utah Law Review*, v. 2014, n. 2, 2014. Disponível em: <https://dc.law.utah.edu/ulr/vol2014/iss2/4>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PORTO, Antônio José Maristrello; THEVENARD, Lucas. “Economia comportamental e contratos de adesão”, *Revista Direito Empresarial*, Curitiba, v.1, p. 51-76, 2012.
- POSNER, Richard A. “Wealth Maximization Revisited”, *2 Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 85, 1985. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2826&context=journal_articles. Acesso em: 25 abr. 2021.
- ROQUETE, Raphael Moses et al. “O problema de agência aplicado aos fundos de investimentos multimercados”, *Revista de Finanças Aplicadas*, v. 7, n. 1, p. 1-21, 2016. Disponível em: <http://www.financasaplicadas.net/index.php/financasaplicadas/article/view/244/pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.
- SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica Athelas
e impresso em papel offset, no ano de 2021.

A Análise Econômica do Direito (AED ou Direito & Economia) tem ganhado cada vez mais projeção no cenário acadêmico nacional, conjugando diferentes perspectivas e abordagens. Se nas décadas passadas os estudos de AED eram pontuais e conduzidos por um pequeno grupo de pesquisadores e em poucos centros de pesquisa, atualmente é possível afirmar que tem se observado o desenvolvimento de uma verdadeira escola brasileira de Direito & Economia. Esse movimento apenas reforça o impacto e a relevância que a AED tem obtido no Brasil. Nesse sentido, a presente obra é fruto dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Regulação da FGV Direito Rio e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFERSA, durante o ano de 2021. Os capítulos que a compõem examinam diferentes temas, tendo como fio condutor a discussão de problemas jurídicos brasileiros a partir da ótica da AED e de metodologias correlatas. Desejamos a todos uma ótima leitura!

Os organizadores

