



Reflexões sobre Direito e Economia

Coordenadores

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

Autores

Carla Teresa Bonfadini de Sá | Carlos Adriano
Miranda Bandeira | Caroline Medeiros
e Silva | Caroline Somesom Tauk |
Daniela Berwanger Martins | Fabíola
Utzig Haselof | Gabriela Arruda |
Guilherme Bollorini | Marcella
Araujo da Nova Brandão |
Marcos Paulo Secioso | Maria
Izabel Gomes Sant'Anna
de Araujo | Matheus
Lolli Pazeto | Priscilla
Pereira da Costa
Corrêa | Sérgio
Bocayuva
Dias | Victor
Roberto
Corrêa



***Reflexões
sobre Direito
e Economia***

Edição produzida pela FGV Direito Rio

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

Reflexões sobre Direito e Economia

Coodenadores

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

Autores

Carla Teresa Bonfadini de Sá | Carlos Adriano
Miranda Bandeira | Caroline Medeiros
e Silva | Caroline Somesom Tauk |
Daniela Berwanger Martins | Fabíola
Utzig Haselof | Gabriela Arruda |
Guilherme Bollorini | Marcella
Araujo da Nova Brandão |
Marcos Paulo Secioso | Maria
Izabel Gomes Sant'Anna
de Araujo | Matheus
Lolli Pazeto | Priscilla
Pereira da Costa
Corrêa | Sérgio
Bocayuva
Dias | Victor
Roberto
Corrêa

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 dezembro de 2020
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 Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e
Nathasha Chrysthie Martins
Capa: Aline Martins — Sem Serifa
Imagem da capa: SARINYAPINNGAM/iStock
Diagramação: Aline Martins — Sem Serifa
1ª revisão: Daniele Gullo
2ª revisão: Viviane Godoi

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

Reflexões sobre direito e economia / Coordenação Armando Castelar Pinheiro...
[et al.] ; Carla Teresa Bonfadini de Sá...[et al.]. - Rio de Janeiro: FGV Direito
Rio, 2020.
400 p.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-86060-07-2

1. Direito e economia. 2. Poder judiciário. 3. Brasil. Tribunal Regional Federal (2. Região). I. Pinheiro, Armando Castelar. II. Sá, Carla Teresa Bonfadini. I. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 341.256

Elaborada por Amanda Maria Medeiros López Ares – CRB-7/1652

Sumário

Prefácio	9
Apresentação	13
CAPÍTULO 1 Da precificação da dor: Critérios e metodologia do arbitramento da indenização por danos morais sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED)	21
<i>Carla Teresa Bonfadini de Sá</i>	
CAPÍTULO 2 Frequência de perícias médicas administrativas em auxílios-doença: Impactos econômicos, jurídicos e sociais	45
<i>Carlos Adriano Miranda Bandeira</i>	
CAPÍTULO 3 A judicialização do direito à saúde	83
<i>Caroline Medeiros e Silva</i>	
CAPÍTULO 4 Não existe saúde grátis	117
<i>Caroline Somesom Tauk</i>	

CAPÍTULO 5	Breves linhas sobre a inclusão da Análise Econômica do Direito na prolação de uma decisão judicial	145
	<i>Daniela Berwanger Martins e Matheus Lolli Pazeto</i>	
CAPÍTULO 6	Segurança jurídica como estoque de capital: O papel do Judiciário e a racionalidade econômica	165
	<i>Fabiola Utzig Haselof</i>	
CAPÍTULO 7	Uma análise do princípio da boa-fé no direito contratual inglês e no canadense: A contribuição do estudo de <i>Bhasin</i> para a análise da segurança jurídica no direito contratual brasileiro	191
	<i>Gabriela Arruda</i>	
CAPÍTULO 8	Defesa da concorrência e do consumidor	209
	<i>Guilherme Bollorini</i>	
CAPÍTULO 9	Reflexões sobre a aplicação do consequencialismo jurídico: Uma visão parcial de um magistrado	227
	<i>Marcella Araujo da Nova Brandão</i>	
CAPÍTULO 10	Uma ponderação entre inflação legislativa e justificações consequencialistas	243
	<i>Marcos Paulo Secioso</i>	
CAPÍTULO 11	Breve análise sobre a <i>essential facilities doctrine</i>	271
	<i>Maria Izabel Gomes Sant’Anna de Araujo</i>	
CAPÍTULO 12	Direito e desenvolvimento e sua base teórica: A nova economia institucional	311
	<i>Priscilla Pereira da Costa Corrêa</i>	

CAPÍTULO 13	Comentários ao REsp 615.628: a revisão judicial das decisões do CADE sobre atos de concentração: Uma perspectiva econômica de deferência	343
	<i>Sérgio Bocayuva Dias</i>	
CAPÍTULO 14	Aposentadorias programáveis e jogos previdenciários	363
	<i>Victor Roberto Corrêa</i>	
	Sobre os coordenadores	395
	Sobre os autores	397

Prefácio

Trata-se, a presente obra coletiva, fruto dos esforços de magistrados federais no âmbito do curso “Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça”, de uma profícua cooperação entre a Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro e a Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF).

Os artigos que fazem parte dessa coletânea, apresentados ao final do citado curso, lançam luzes sobre as íntimas relações entre as ciências do Direito e da Economia. Na complexidade que assumiram as relações sociais no mundo contemporâneo, o magistrado já não pode estar alheio às consequências econômicas de suas decisões, aplicando conhecimentos que ficaram conhecidos pelo nome genérico de “Análise Econômica do Direito”, após as seminais iniciativas de Aaron Director e Ronald Coase, na Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, na Universidade de Yale.

No dia a dia, juízes tomam decisões com relevantes impactos econômicos. Decisões sobre conflitos de massa, por exemplo, podem ter efeitos sobre a macroeconomia, a empregabilidade ou as finanças públicas. Além disso, é comum o magistrado analisar casos envolvendo mercados que apresentam falhas e, por isso, são objeto de regulação. Há, ainda, si-

tuações em que são chamados a avaliar demandas que envolvem situações de captura, dentre tantas outras interseções.

O objetivo deste livro é diminuir o hiato existente entre os estudos nos mundos jurídico e econômico, pois, como afirmou Richard Posner, a “economia é uma ferramenta poderosa para analisar um amplo leque de questões jurídicas, mas a maioria dos profissionais e estudantes de Direito – mesmo alguns brilhantes – têm dificuldade de conectar princípios econômicos a problemas jurídicos concretos”.¹

É por isso que os assuntos apresentados nos artigos tocam as realidades telúricas com as quais se deparam os magistrados em seu cotidiano profissional, nos mais variados temas, tais como: critérios e metodologia para o arbitramento do valor dos danos morais; impactos econômicos, jurídicos e sociais nas perícias médicas administrativas em auxílios-doença; judicialização do direito à saúde; custos da efetivação do direito à saúde; papel do Judiciário como garantidor de segurança jurídica e a racionalidade econômica; análise do princípio da boa-fé no direito contratual inglês e no canadense e sua contribuição para a análise da segurança jurídica no Direito brasileiro; defesa da concorrência e do consumidor; reflexões sobre a aplicação do consequencialismo jurídico; ponderação entre inflação legislativa e justificações consequencialistas; análise sobre os monopólios e restrições de acessos a mercados (*essential facilities doctrine*); uso da Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais; nova economia institucional e suas relações com o Direito e o desenvolvimento; revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre atos de concentração; aposentadorias programáveis e jogos previdenciários.

É louvável esta iniciativa, que não apenas estimula os juízes participantes do curso ao verem seus textos publicados, mas também brinda

1. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3rd ed. Boston: Little Brown and Company, 1986, p. 3.

a um público mais amplo o resultado das apuradas reflexões daqueles concidadãos que, por dever de ofício, são chamados a distribuir a justiça em meio a seus iguais, tendo diante de si seu conhecimento jurídico, sua consciência e, por que não, alguns conhecimentos essenciais de economia e seus reflexos na hora de decidir.

Marcus Abraham

Pós-doutor em Direito – UFRJ

Pós-doutor em Direito – Universidade de Lisboa

Doutor em Direito Público – UERJ

Professor Associado de Direito Financeiro – UERJ

Desembargador Federal do TRF-2

Apresentação

Este livro traz a público uma coletânea de artigos escritos por juízes que participaram do “Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça”, realizado pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), em parceria com a EMARF do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2). Trata-se de um programa de ensino e pesquisa que abrange cursos, seminários e a elaboração de artigos acadêmicos, e que tem como fio condutor a relação do Poder Judiciário com temas na área de *Law and Economics*.

Acreditamos que esses artigos contribuem de duas formas importantes para o objetivo do programa. De um lado, proporcionam aos seus autores a oportunidade para aplicar e solidificar os conhecimentos adquiridos nos cursos e seminários, combinando esse aprendizado com a interpretação de fatos que marcam a sua atividade profissional; de outro, oferecem uma visão sobre casos concretos apreciados no Poder Judiciário brasileiro envolvendo temas de Direito e Economia.

A leitura dos artigos permitirá ao leitor verificar a relevância e a atualidade dos temas que compõem esta obra. São casos que refletem o desafio cotidiano dos magistrados, imbuídos da missão de fazer justiça em um

ambiente marcado por relações econômicas complexas, inclusive do ponto de vista social. Eles mostram como o ferramental econômico pode ser um importante aliado nesse mister, conforme o leitor poderá constatar nos capítulos que se seguem.

Sendo resultado dos estudos realizados, o livro cobre uma gama variada de assuntos de interesse da magistratura, como se passa a expor. Tendo em vista a multiplicidade de temas, optamos por organizar os textos em ordem alfabética de autores.

Carla Teresa Bonfadini de Sá discute o tema da “precificação da dor”, utilizando-se da Análise Econômica do Direito (AED) para tratar de critérios e metodologias para o arbitramento dos valores de danos morais, ressaltando o subjetivismo em seu arbitramento. A autora reconhece que o uso do método da AED pode contribuir para aprimorar o sistema de responsabilização, na medida em que permite a compreensão dos efeitos das normas sobre os indivíduos e, a partir deste diagnóstico, por meio de estudos empíricos, auxiliar na construção de um sistema mais eficiente de responsabilidade por danos.

Carlos Adriano Miranda Bandeira aborda os impactos econômicos, jurídicos e sociais da frequência de perícias médicas administrativas em auxílios-doença. O autor investiga a lógica econômica de definição da frequência das perícias médicas realizadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que podem conduzir à possibilidade de realização de apenas uma perícia médica, por motivos econômicos, ou pela realização de perícias mais frequentes, no intuito de apurar a condição real de saúde do segurado.

Caroline Medeiros e Silva trata de outra relevante questão do direito à saúde, que consiste no crescimento da litigiosidade na matéria. A autora examina a judicialização do direito à saúde sob o prisma de seus reflexos econômicos e como estes podem afetar a própria universalização daquele direito tal como prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a partir da concessão de medidas judiciais que geram grande impacto orçamentário.

Caroline Somesom Tauk discute os impactos econômicos da garantia do direito à saúde em artigo intitulado “Não existe saúde grátis”. Como sugere o título do capítulo, a autora se propôs a analisar como as premissas da AED podem trazer contribuições para a concretização judicial do direito à saúde. Ao final, são propostas medidas para reduzir os incentivos e os efeitos negativos dos litígios e se sugere que a intervenção judicial procedimental seja prioritária em relação à substantiva.

Daniela Berwanger Martins e Matheus Lolli Pazeto analisam a aplicação do ferramental da AED na prolação de decisão judicial. Partindo da estruturação de uma decisão judicial e da apresentação de princípios consagrados no estudo da Economia, o capítulo debate a maneira como ocorre a aproximação do Direito e da Economia no âmbito de uma decisão judicial, abordando, ao final, caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual a Egrégia Corte se utilizou de instrumentos de AED.

Fabiola Utzig Haselof trata a segurança jurídica como estoque de capital, discutindo o papel do Poder Judiciário e sua racionalidade econômica. A autora conclui ser necessário estabelecer regras de racionalidade do uso do serviço judiciário que permitam seu regular funcionamento. Adicionalmente, ela correlaciona o investimento em estoque de capital jurídico à criação de mecanismos de aprimoramento da segurança jurídica.

Gabriela Arruda explora a segurança jurídica no direito contratual brasileiro por meio de uma análise do princípio da boa-fé no direito contratual inglês e no canadense, sob a perspectiva das contribuições do estudo do caso-marco Bhasin, no qual a Suprema Corte do Canadá decidiu que existe um princípio geral de boa-fé no direito contratual. A autora conclui que o estudo de Bhasin, assim como as discussões acadêmicas sobre o referido caso, permitem a adoção de postura mais crítica acerca da teoria contratual brasileira e do impacto da aplicação de princípios gerais que, à primeira vista, parecem justos e benéficos.

Guilherme Bollorini aplica a AED para explorar a defesa da concorrência e do consumidor, suscitando a necessidade de estabelecimento de um

conjunto de normas que não apenas estimule o crescimento econômico e a higidez dos mercados, mas que também garanta o respeito à dignidade da pessoa humana.

Marcella Araujo da Nova Brandão tece reflexões sobre a aplicação do consequencialismo na esfera judicial. A autora aponta que o domínio dos modelos de árvore de decisão utilizados pelo julgador, reconhecendo a necessidade de cuidado na mensuração dos efeitos e consequências econômicas de suas decisões, levará a uma maior realização dos direitos protegidos pela Constituição da República.

Marcos Paulo Secioso, por sua vez, descreve um cenário de inflação legislativa, excesso de normas regulamentares e predomínio do paradigma causalista na tomada de decisão. Em sua reflexão, aponta que pouco espaço é deixado para avaliações que, considerando o caso concreto, propõem uma decisão finalista alternativa, prospectiva e consequencialista.

Maria Izabel G. S. de Araujo analisa a doutrina das *essential facilities*, que exige, para seu estudo, a abordagem da função social da propriedade sob a ótica empresarial, bem como o conhecimento de técnicas para estímulo e proteção da concorrência e identificação de possíveis práticas de abuso do poder econômico. O estudo busca a compreensão de como se dá a introdução da concorrência em serviços públicos e privados com estruturas concentradas.

Priscilla Pereira da Costa Corrêa investiga o movimento de Direito e Desenvolvimento a partir da sua base teórica, fundada na nova economia institucional, construindo um levantamento que aponta para o fato de que as instituições podem, de fato, constituir meios idôneos para fomentar o desenvolvimento econômico.

Sérgio Bocayuva Dias trata da revisão judicial das decisões do CADE sobre atos de concentração. Para isso, discute uma perspectiva econômica de deferência, por meio de comentários à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 615.628. Os comentários ao julgamento são feitos segundo teorias que admitem a in-

fluência da Economia no Direito, apontando como a discussão de medidas antitruste na via judicial contém elementos que podem basear um padrão de deferência, dando mais relevância à interpretação econômica dos atos de concentração e da legislação do que um enfoque contratual.

Por fim, Victor Roberto Corrêa apresenta artigo no qual aplica o ferramental de *Law & Economics* para tratar das aposentadorias programáveis e jogos previdenciários, de modo a apresentar alternativas para o aperfeiçoamento da relação entre a Previdência Social e o segurado, especialmente no que se refere aos pleitos de aposentadorias programáveis e sua percepção como um ato decisório economicamente relevante para o Direito.

É fácil da descrição acima constatar a amplitude dos temas cobertos neste volume. A sua leitura revelará, por sua vez, a profundidade com que esses assuntos são examinados nos textos que compõem esta obra. São evidências claras de que as interações entre Direito e Economia estão diuturnamente presentes nas atividades do Poder Judiciário, destinatário último de contendas da sociedade, cuja crescente complexidade mostra-se fenômeno inexorável. Nesse contexto, o ferramental da AED pode ser um aliado no estabelecimento de balizas para uma tomada de decisão mais fundamentada e consciente de suas consequências.

Trata-se, ainda, de exigências que se põem do ponto de vista do direito positivo, uma vez que a CRFB exige que a Administração Pública atue em consonância com o princípio da eficiência; a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) requer que o administrador, o juiz e o controlador tenham em consideração as consequências práticas de suas decisões; e a Lei Federal nº 13.874/2019 vem estabelecer um rol de “Direitos de Liberdade Econômica”.

Com a publicação deste livro, o “Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça” da FGV Direito Rio almeja contribuir para o pensamento crítico, por meio de atividades de ensino e pesquisa em Direito e sua inter-relação com outros saberes, almejando, dessa forma, estimular o desenvolvimento socioeconômico do país, que é a missão institucional da FGV.

Terminamos expressando os nossos mais profundos agradecimentos aos autores dos trabalhos aqui compilados, que aceitaram com entusiasmo este desafio reflexivo e aplicado às suas realidades de trabalho.

Coordenadores

Armando Castelar Pinheiro

Antônio José Maristrello Porto

Marcus Abraham

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Da precificação da dor

Critérios e metodologia do arbitramento da indenização por danos morais sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED)

Carla Teresa Bonfadini de Sá

1. INTRODUÇÃO

Uma das maiores dificuldades no âmbito da responsabilidade civil é a fixação do valor dos danos morais, ante a impossibilidade de uma precisa “precificação”, para fins compensatórios e dissuasórios, o que resulta em um grande subjetivismo no arbitramento, ao se gerar a aplicação de critérios diversos para questões análogas.

Para superar as dificuldades acerca dos critérios de fixação dos danos morais dentro do fenômeno da precificação de bens imateriais, pode ser utilizada a ferramenta analítica da microeconomia para buscar subsídios técnicos, a fim de conferir maior eficiência às regras de fixação do dano moral, na linha defendida pelo movimento conhecido como AED (Análise Econômica do Direito), surgido nos EUA na década de 1970.

Tal movimento, que teve como antecessor remoto Jeremy Bentham, foi inaugurado com a publicação do livro de Ronald Coase em 1960 (*The problem of social costs*), seguido por Guido Calabresi, em Yale, e por Richard Posner, em Chicago, levando à aproximação entre Direito e Economia, o que tornou a ciência jurídica mais pragmática, com a inserção do raciocínio consequencialista no centro dos estudos do processo de tomada de decisões.

A Economia, ciência que estuda o processo decisório em ambiente de recursos limitados, tem um instrumental adequado para auxiliar na compreensão da eficiência dos institutos jurídicos, apontando para o arranjo de normas necessário ao estímulo de determinados comportamentos, partindo da premissa do individualismo metodológico.¹

Coincidentemente, o livro escrito por Ronald Coase, em 1960, pioneiro do referido movimento da AED, tinha por escopo analisar diversos casos julgados pelas Cortes inglesas que versavam sobre o modo de alocação dos custos sociais (externalidades suportadas pela sociedade), matéria intimamente ligada à responsabilidade civil. Embora se tratasse de alocação eficiente de recursos, por meio de negociações entre as partes, o trabalho de Ronald Coase lançou uma nova luz sobre os efeitos das regras da responsabilidade civil nos indivíduos, em termos de incentivo para evitar a prática de atos que causem danos a terceiros (externalidades negativas).

A partir das ideias de Ronald Coase, Guido Calabresi escreveu o livro *The costs of accidents*, analisando a responsabilidade civil sob a ótica econômica.

Nessa perspectiva, o presente estudo busca responder à seguinte indagação: como o movimento da AED pode contribuir para a compreen-

1. A ampliação do ferramental para análise dos fenômenos jurídicos com o empréstimo daquele utilizado pela economia proporciona uma visão nova do Direito, mais científica, porém não é apta a retirar a autonomia dessa área do conhecimento. A este propósito, confira-se ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 330-331.

são da metodologia de arbitramento de danos morais? Desdobramentos específicos dessa primeira indagação são os efeitos da precificação do dano moral.

Indaga-se acerca da possibilidade de se alcançar um valor de indenização, que represente um nível ótimo, para desestimular a reincidência do infrator e estimular a prevenção dos danos, mediante o investimento em medidas de segurança para majorar a segurança na vida em sociedade (aumento de cautela dos indivíduos, de modo geral, e maiores investimentos em segurança no mercado de consumo). Desse modo, seria aplicável uma indenização com essa feição punitiva e em valores altos, aparentemente em contradição com o art. 944 do Código Civil?

Coloca-se, ainda, o problema de tornar um pouco mais previsíveis as decisões, com a adoção de critérios objetivos e uma metodologia na fixação da indenização. Considerando a absoluta impossibilidade de tabelamento do valor dos danos morais para as situações específicas, deve haver, ao menos, algum parâmetro para evitar grandes variações do *quantum* indenizatório para casos análogos.

Para tanto, primeiramente, são tecidas considerações acerca da análise econômica da responsabilidade civil realizada por Robert Cooter e Thomas Ulen, e, especialmente, aquela realizada por Guido Calabresi, acerca da precificação dos danos. Em seguida, serão apresentados, no Direito brasileiro, o tratamento da matéria na doutrina e o modo de superar o óbice previsto no art. 944 do Código Civil para o arbitramento dos danos na jurisprudência.

O quarto tópico é dedicado aos critérios de fixação do valor dos danos morais. Posteriormente, aborda-se a metodologia de arbitramento dos danos morais, com menção ao método bifásico, adotado pelas 3ª e 4ª Turmas do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), e ao trifásico, inspirado no art. 60, parágrafo 3º, do Código Penal, proposto pelo Desembargador Federal Guilherme Calmon, quando tratar-se de responsabilidade subjetiva. Ao final, é apresentada uma síntese conclusiva.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, a essência econômica da responsabilidade por danos reside na internalização das externalidades causadas por altos custos de transação.²

Com o propósito de dissecar o referido conceito, algumas noções preliminares são necessárias. A primeira noção refere-se ao conceito de externalidades, as quais podem ser definidas como os impactos causados a terceiros por determinadas atividades, podendo ser negativos (poluição, barulho etc.) ou positivos (vacinação e educação, por exemplo).

Aplicando esse conceito à responsabilidade civil, as externalidades seriam os danos causados, que devem ser indenizados, promovendo-se, dessa forma, a internalização dos custos de transação, por força da responsabilização. Os custos de transação são os custos com livre negociação entre ofensor e vítima, para solucionar a questão referente às externalidades causadas.

Nesse passo, oportuna é a menção ao artigo pioneiro de Robert Coase, *O problema do custo social* (1960), marco teórico da AED, na medida em que revela a base para uma abordagem econômica da responsabilidade civil.

O artigo em questão tinha como propósito analisar decisões judiciais sobre externalidades (custos sociais) com as lentes da ciência econômica, respondendo a um trabalho escrito por Arthur Cecil Pigou, cuja tese

2. "Economists describe harms that are outside private agreements as *externalities*. The economic purpose of tort liability is to induce injurers and victims to *internalize* the costs of harm that can occur from failing to take care. Tort law internalizes these costs by making the injurer compensate the victim. When potential wrongdoers internalize the costs of the harm that they cause, they have incentives to invest in safety at the efficient level. (...) *The economic essence of tort law is its use of liability to internalize externalities created by high transaction costs. The economic essence of tort law is its use of liability to internalize externalities created by high transaction costs.*" COOTER Robert, ULEN Thomas. *Law & economics*. 6. ed. Boston: Pearson education, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>. Acesso em: 02 set. 2018.

central era a criação de uma taxa ou imposto (enfim, tributo) pelo Poder Público, para ser paga por quem causasse externalidades negativas.

Em contraposição a essa tese, Ronald Coase pregava menor intervenção estatal, defendendo que a atribuição inicial de recursos/direitos era irrelevante quando os custos de transação fossem zero e as regras acerca dos direitos de propriedade fossem bem definidas, porquanto eventual ineficiência poderia ser corrigida pelas partes, por meio de uma negociação.

Dessa assertiva deriva a seguinte consequência: o Estado somente deveria intervir para reduzir os custos de transação, ou para definir com clareza os direitos de propriedade, ou seja, quando a negociação entre as partes não fosse possível para corrigir as ineficiências.

O método novo de ver o Direito, com base nos casos julgados pelos tribunais, permite que se alcance soluções diversas, com o escopo de minimizar o custo social (externalidades).

Em um dos casos analisados no referido artigo, o de *Sturges vs. Bridgman*, julgado pela justiça inglesa, Ronald Coase sugere soluções alternativas à adotada pelo Poder Judiciário, com um olhar voltado para a Economia, ou seja, direcionada para a minimização do custo social.³

Tratava-se do caso de um confeitiro estabelecido há mais de 60 anos na rua Wigmore, que usava um maquinário barulhento para a realização do trabalho (dois almofarizes e pilões), quando o imóvel vizinho veio a ser ocupado por um médico, que oito anos depois realizou uma reforma para construir uma sala para consultas no final do jardim, bem próximo à cozinha do confeitiro. A partir de então, descobriu-se que o ruído e a vibração causados pelo maquinário do confeitiro impediam o médico de realizar consultas na nova sala.

Irresignado em não poder utilizar a sala como consultório, o médico propôs uma demanda judicial, a fim de compelir o confeitiro a cessar o uso de seu maquinário, direito que foi reconhecido pelas Cortes inglesas.

3. COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Journal of Law & Economics*, v. III, out. 1960. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

Não obstante a decisão judicial favorável ao médico, Ronald Coase sustentava que teria sido possível uma solução mais eficiente, por meio da barganha entre as partes. Desse modo, apresenta diversas possibilidades alternativas à decisão adotada pela Corte inglesa.

Primeiramente, assevera que uma possível solução seria o médico renunciar ao seu direito, permitindo que o maquinário continuasse em funcionamento, em troca do pagamento de uma importância maior do que a perda de renda ocasionada pela mudança para um outro local e restrição de atividade.

Outra possibilidade aventada foi a de construir uma outra parede entre o consultório e a cozinha do confeitiro para neutralizar o ruído e a vibração. Pontua que a solução do problema depende essencialmente em aferir o quanto o uso contínuo do maquinário acrescentaria à renda do confeitiro, em comparação com a redução da renda do médico em virtude da diminuição do número de consultas.

Por fim, concluiu Coase, de forma crítica, que “os casos individuais de necessidade podem ocorrer na estrita realização do princípio no qual baseamos nosso julgamento, mas a negação do princípio levará a uma maior necessidade individual, e vai ao mesmo tempo produzir um efeito prejudicial no desenvolvimento dos terrenos com fins residenciais”.⁴

A conclusão encerra um raciocínio consequencialista, generalizando os efeitos adversos de soluções contrárias à sua concepção de que a livre negociação entre as partes resolveria a questão referente às externalidades, da forma mais eficiente.⁵ Interessante observar que, nas diversas soluções propostas por Ronald Coase, a externalidade não deve ser necessariamente internalizada pela parte que o causou, a despeito da regra clássica de responsabilidade, com aferição do nexo de causalidade, e a própria noção de justiça indicarem o contrário. Dentro de uma análise econômica, pautada pela busca de eficiência, a externali-

4. *Ibidem*.

5. Destaco que a abordagem de Coase poderia até subsidiar alguma análise de reparação de custo ambiental, porém não leva em consideração os interesses das futuras gerações.

dade deveria ser internalizada por aquele que possuísse melhores condições de arcar com o impacto negativo, ou seja, com menor custo. Transpondo esse modelo para a responsabilidade civil, esta seria o instrumento de internalização das externalidades quando os custos de transação fossem tão elevados que inviabilizassem a autocomposição pelas partes. Por essa razão, no conceito apresentado por Robert Cooter e Thomas Ulen no início do tópico 2, é destacado que o propósito da responsabilidade civil era internalizar (compensar) as externalidades, em razão dos altos custos de transação.

Observe-se que o foco são os efeitos da responsabilização, em substituição à abordagem tradicional baseada em seus elementos estruturais (dano, nexo de causalidade e conduta culposa, no caso da responsabilidade subjetiva).

Na obra *The costs of accidents*, Guido Calabresi conclui que a função das leis de responsabilidade civil consiste em minimizar os custos dos acidentes (custo do dano e custo de prevenção),⁶ razão pela qual o dever de indenizar deveria ser imputado a quem se encontrasse na melhor posição para realizar a análise do custo e do benefício, e, por conseguinte, evitar o dano.

Nessa linha, observa Rachel Sztajn que “quando se fala em responsabilidade civil, não se visa a proibir condutas moralmente reprováveis, mas, sim, alocar riscos de forma que as condutas culposas sejam inibidas e que o causador do dano pague pelos prejuízos”.⁷

Nessa perspectiva, os agentes somente passarão a evitar os acidentes se os custos para impedir sua ocorrência forem inferiores aos custos dos acidentes (montante da indenização acrescido dos gastos com o processo judicial, contratação de advogado etc.).

6. Como bem pontuam os canadenses Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau: “Outra fórmula para exprimir esse problema foi proposta por Calabresi. Em um conflito de usos que gera perdas ou acidentes, trata-se de imputar a responsabilidade àquela das partes envolvida que pode, ao menor custo, reduzi-lo ou evitá-los (cheapest cost avoider).” Mackaay, Ejan; Rousseau, Stéphanie. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 214.

7. SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 111, p. 9-29, 1998.

A partir das conclusões de Calabresi, foi possível desenvolver um quadro comparativo que permitiu verificar os pontos fracos e fortes das regras que tratam da responsabilidade civil, possibilitando a implementação de novas regras que favoreçam a diminuição dos riscos de acidentes.

Nessa toada, Guido Calabresi elaborou uma equação, na qual constam os custos de prevenção e de expectativa de dano como fatores a serem multiplicados para a obtenção do custo social (SC).

Além da equação de Guido Calabresi com base nos custos de prevenção, há uma regra de aferição do grau de culpa com base na solução de um caso concreto julgado pelo Juiz Learned Hand: *United States vs. Carroll Towing Company*.

O caso envolvia o afundamento de um pequeno barco transportador, denominado Anna C, de propriedade da empresa Corners Company, contendo um carregamento de farinha de trigo comprado pelo governo dos EUA, que estava na baía de Nova Iorque. O barco Anna C estava amarrado ao píer por uma única corda compartilhada por outros barcos, porém desprendeuse em razão de um ajuste indevido na corda de ancoragem por parte da tripulação do rebocador da Carroll Towing Company, que tentava rebocar um barco situado ao lado do Anna C. Vários barcos, além do Anna C, estavam amarrados por meio de uma única corda, e os funcionários do rebocador tiveram de mexer nela para poder rebocar o barco vizinho, mas, ao amarrar novamente, o ajuste não foi feito da melhor forma.

Ao desprender-se, Anna C colidiu contra um cargueiro, cujas hélices danificaram a estrutura, causando o seu afundamento. Nesse acidente, houve a perda total do barco da Corners Company, a carga de farinha de trigo pertencente aos EUA. Tanto os governos dos EUA quanto a Corners Company ajuizaram ação em face da Carroll Towing Company, objetivando a condenação ao ressarcimento dos danos materiais causados.

Ao decidir o caso, o juiz Learned Hand construiu a solução do dever de diligência do proprietário quanto ao fato de o barco de sua propriedade se desprender da corda, com base em uma equação com as seguintes variáveis: (i) a probabilidade de que a embarcação fosse se soltar; (ii) a gravidade do dano resultante; e (iii) os custos com as medidas de cuidado cabíveis.

Desse modo, a conduta será culposa se os custos de prevenção (cuidado) assumidos pelo agente forem menores que a probabilidade de ocorrência do acidente multiplicada pelos custos do dano causado.

A conclusão foi no sentido da negligência do proprietário da embarcação, eis que o acidente poderia ter sido evitado se houvesse um tripulante para vigiá-la. Por isso, embora a Carroll Towing Company tenha sido condenada a ressarcir os danos, não o foi no montante integral, em razão da culpa da concorrente da Corners Company, que deveria ter deixado um tripulante na embarcação durante o dia.

Feitas considerações acerca da abordagem econômica da responsabilidade civil, indaga-se se, no momento de arbitrar os danos morais, deve ser aferida a questão referente aos custos de prevenção, como desestímulo à reincidência específica do infrator.

Com base no raciocínio econômico, coloca-se a seguinte questão: no momento de arbitramento dos danos morais, deve ser considerado o caráter punitivo e de prevenção geral nos moldes dos *punitive damages* (*indenização punitiva*) norte-americanos? Esse é o mote para a análise da precificação da lesão à dignidade, ou seja, como fixar a indenização por danos morais.

2.1 Da precificação da dor: dos danos à dignidade como *merit goods*

O fenômeno da precificação consiste na atribuição de valor econômico aos bens materiais e imateriais dentro da lógica do desenvolvimento do mercado para atender às necessidades sociais. No entanto, há a categoria de mercadorias denominada *merit goods*, cuja precificação não é desejada por significativo número de pessoas, seja por acarretar a sua desvalorização, seja por apresentar efeitos morais adversos.⁸

8. "Some are goods that a significant number of people do not wish to have 'priced'. That is, to put it in a more traditional way, they are goods whose pricing, causes a diminution in utility for a significant group of people." CALABRESI, Guido. *The future of law and economics*. New Haven: Yale University Press, 2016. Kindle edition. p. 25-27.

Diversamente dos bens materiais, cujo preço é estimado com base nos custos de produção e margem de lucro esperada, o dano moral, por ser extrapatrimonial, não encontra um parâmetro prévio, um valor tabelado.

O tabelamento do valor dos danos morais, a despeito de apto a promover uma maior segurança e previsibilidade, violaria frontalmente o preceituado no art. 5º, inc. X, da CRFB/1988, porquanto impediria o ressarcimento integral da vítima,⁹ além de vulnerar o art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização se mede pela extensão dos danos.

Guido Calabresi cunhou o termo *merit goods*¹⁰ para aquela categoria de bens cujas externalidades seriam atípicas dentro da lógica econômica. Seriam casos em que o custo moral supera o custo econômico na geração de externalidades, resultando no que o referido autor denomina de externalidades morais.

No estudo da responsabilidade civil, conquanto não haja, a rigor, uma precificação da dor, compreende-se que se deve assegurar o retorno ao *status quo ante*, sendo o dano inserido como um bem no mercado. O valor da perda de uma vida em termos de dano material pode ser calculado como os valores que esta contribuía para o sustento de seus dependentes, dentro de uma lógica similar a de um seguro. O dano moral advindo da morte de um ente querido, contudo, é mais difícil, havendo uma variação grande na jurisprudência brasileira quanto ao seu valor.¹¹

Desse modo, algum valor, a título de compensação financeira, amenizaria a dor, mediante algum proveito concedido com um valor em *pecunia*.

9. Neste sentido, foi editado no passado o verbete 281 da Súmula de Jurisprudência do STJ, que previa que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Ressalto que no bojo da ADPF nº 130/2009, o STF asseverou que a referida lei não havia sido recepcionada pela CRFB/1988, relativamente à tarifação dos danos morais, em seus arts. 51 e 52.

10. CALABRESI, Guido. *The future of law and economics*. New Haven: Yale University Press, 2016. Kindle edition. p. 25-27.

11. “Dos julgados do STJ sobre o tema, verifica-se que os valores fixados a título de danos morais, em hipóteses semelhantes, têm oscilado entre o equivalente a 200 e 625 salários mínimos, valores esses divididos entre os requerentes. REsp nº 710879-MG, Terceira Turma do STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 19/06/2006.

A utilização do conceito econômico de custo de oportunidade pode ser utilizado como forma de mensurar o que a lesão à dignidade causou em termos de perda da qualidade de vida no caso de lesões que trazem limitações a uma vida normal, ou que acarrete a impossibilidade de exercer alguma atividade lúdica antes praticada.

Quando se trata de perda econômica, o custo de oportunidade¹² se assemelharia aos lucros cessantes, porquanto representa o que razoavelmente se deixou de auferir em virtude do ato lesivo.¹³

Admite Guido Calabresi que, nas ações de reponsabilidade civil, ocorre em certa medida uma precificação de vidas e segurança, contudo, tal estimativa de valor seria realizada de forma a não causar custos morais que seriam impostos, caso fosse arbitrado o valor diretamente e de forma óbvia. O que se faz é considerar a compensação como possibilidade de ser realizada financeiramente.

Em alguns casos, é possível utilizar a concepção de custo de oportunidade¹⁴ para fixação de certos tipos de indenização, como o dano à dignidade advindo de sequelas de acidentes¹⁵ em termos de diminuição de qualidade de vida.

Dentro dos custos com produtos, a empresa inclui a média de valores gastos com ressarcimento de danos, *quantum* que termina sendo acrescido ao preço. Por isso, o efeito da fixação dos danos morais no mercado, interferindo na análise dos custos de segurança, a serem arcados pelas empresas e o cálculo do valor do prêmio do seguro e da indenização securitária para diversas atividades, como as empresariais, as médicas, e até no âmbito da

12. FRANCO, Paulo Fernando de Mello; PORTO, A. J. M. A teoria da perda de uma chance e a microeconomia. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2018, p. 202-225.

13. Richard Posner expõe as dificuldades de se calcular o custo de oportunidade no caso de pessoas que não exercem atividade laborativa e sofrem lesões incapacitantes. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen, 2002, p. 193.

14. Custo de oportunidade é aquilo de que se abre mão para usufruir outro bem. MANKIWI, Gregory P. *Introdução à economia*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

15. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen, 2002, p. 193.

advocacia. Um dos efeitos mais imediatos da indústria do dano moral é o fomento ao mercado de seguros, visando a garantir-se em caso de eventual condenação judicial.¹⁶

A questão fundamental é utilizar a responsabilidade civil como meio de estimular os agentes a evitarem os acidentes, fixando os custos dos ressarcimentos superiores àqueles concernentes à prevenção dos danos. Consoante já analisado no tópico anterior, no artigo *The costs of accidents*, Guido Calabresi afirmou que o sistema de responsabilidade civil frequentemente decide que certos danos valem a pena, na medida em que custam menos do que evitá-los.¹⁷

Para evitar a aplicação do perverso critério de decisão pautado apenas na relação do custo/benefício, no tocante às atividades que podem gerar graves danos a terceiros, os danos morais não poderiam ser fixados em valores baixos, inferiores aos custos com a segurança. Tratar-se-ia de uma imposição, por força da função de prevenção específica e geral do dano.

Um triste exemplo da aplicação da lógica do mercado, em detrimento dos valores éticos e humanísticos mais básicos, foi o caso Ford Pinto nos EUA. Na década de 1970, a Ford projetou um veículo cujo tanque de combustível situava-se atrás do eixo traseiro do carro.

Apesar de ter sido descoberto pelos engenheiros nos testes de colisão que um acidente envolvendo a traseira desse tipo de veículo poderia romper o tanque de combustível e provocar um incêndio, a Ford decidiu produzi-lo do modo como havia sido originalmente projetado, pois os custos de adequação do projeto para eliminação do defeito seriam mais elevados do que as futuras indenizações a serem pagas. Ao longo dos anos, foram mais

16. Anderson Scheiber destaca os efeitos dos danos punitivos no mercado de seguros: “E, por fim, há as em que o autor da ofensa dispõe de seguro contra eventuais indenizações. A propósito, é de se atentar ao estímulo que as indenizações punitivas geram à supervalorização da indústria de seguros, recaindo a tentativa de punição sobre toda a classe de segurados.”

17. O próprio Calabresi faz menção a esta assertiva e as críticas que recebeu naquela ocasião do jornal *New York Times*. CALABRESI, Guido. *The future of law and economics*. New Haven: Yale University Press, 2016. Kindle edition. p. 28.

de 117 ações de ressarcimento de danos causados pelas lesões/mortes de pessoas envolvidas nos acidentes com o veículo Ford Pinto.

3. DA ADMISSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO COM FEIÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO: HÁ COMO SUPERAR O ÓBICE DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL?

Tendo em vista que o elemento nuclear do sistema jurídico brasileiro é o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 3º da CRFB/1988), defende-se que o aspecto punitivo não poderia ser reconhecido na indenização por danos morais.¹⁸ Neste sentido, a redação do art. 944 do Código Civil, ao prever que a indenização do dano se mede pela sua extensão, impediria a fixação do *quantum* indenizatório em um *quantum* que exacerbasse o escopo compensatório, obstando o reconhecimento de uma feição punitiva à referida indenização.

Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza¹⁹ são refratários à admissibilidade dos *punitive damages*²⁰ no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da ausência de amparo legal; risco de *bis in idem* haja vista ser possível a responsabilidade criminal

18. Nessa linha: MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: críticas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, 2004. Do mesmo modo pensa SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44-45.

19. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES Maria Celina Bodin de, et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 861-862.

20. Como bem conceitua Maria Celina Bodin de Moraes: "*Punitive damages*, em sua atual formatação nos Estados Unidos, são indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente ('grotescamente') negligentes. Em casos de simples culpa, ela só surge se o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo." MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: críticas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, 2004.

paralela à civil (art. 935, Código Civil); possibilidade de a indenização punitiva recair em outra pessoa que não o ofensor, ultrapassando a pessoa do condenado, havendo inclusive hipóteses em que é vedada a ação de regresso (art. 934, Código Civil).

Destarte, no sistema brasileiro, segundo parcela relevante da doutrina, a indenização deve reparar o dano sofrido pela vítima, e não punir o ofensor, razão pela qual a fixação do *quantum* indenizatório não poderia ultrapassar o valor do dano.

Neste particular, Maria Celina Bodin de Moraes somente excepciona a possibilidade de um dano punitivo quando se tratar de um dano gerado à coletividade, caso em que a indenização deverá ser revertida a um fundo de interesses difusos, para emprego em finalidades sociais.

No entanto, outra parcela considerável da doutrina e a jurisprudência reconhece a feição punitiva da indenização por dano moral, de modo a dissuadir o ofensor de reincidir na prática do ilícito, mediante a adoção de medidas preventivas de futuros danos.²¹

Indaga-se: será que o efeito de prevenção específico/geral da indenização não poderia contribuir para a tutela da dignidade da pessoa humana em nível coletivo, à míngua de sanções administrativas eficientes?

Sob tal ótica, a adoção do dano moral de feição punitiva poderia ser admissível no ordenamento jurídico pátrio se for empregada a exegese de que atende aos fins sociais da tutela da dignidade humana em nível coletivo, como aumento dos estímulos à adoção de maior cautela, investindo em segurança para evitar danos às pessoas. Nessa diretriz, haveria a eficiência sob a ótica de maximização do bem-estar social.

O óbice, contudo, permanece na redação do art. 944 do Código Civil, ao limitar o valor do ressarcimento à extensão do dano sofrido.

21. Os civilistas clássicos como Caio Mário da Silva Pereira aludem à dupla função do ressarcimento do dano moral: compensar o dano sofrido e dissuadir o infrator de reincidir na prática do dano. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Neste aspecto, André Gustavo Corrêa de Andrade²² afasta a incidência deste artigo no arbitramento dos danos morais, sustentando que essa simetria entre extensão do dano e ressarcimento restringe-se aos danos patrimoniais.

Convém mencionar a solução preconizada por Diogo Naves Mendonça, à luz da AED,²³ dentro de uma concepção funcional da responsabilidade civil.

Segundo o referido autor, os modelos de indenização punitiva guardam compatibilidade com o Direito Civil em vigor com base na lógica econômica implícita contida nas regras dos arts. 1257 e 1258 do Código Civil, e, sobretudo, na remissão final à cláusula genérica do *caput* do art. 944 do Código Civil de que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Explica que o *caput* do art. 944 do Código Civil pode ser interpretado como o retorno ao *status quo ante*, tanto do lesado quanto do ofensor.²⁴ No caso do retorno ao estado anterior do ofensor, haveria a necessidade de corrigir erros de execução, eliminar utilidades pretendidas com comportamentos intencionais e coibir violações oportunistas de regras do direito de propriedade. No sentido da admissibilidade da feição punitiva do dano moral, posiciona-se a jurisprudência, conquanto os valores indenizatórios não se equiparem às indenizações punitivas elevadas arbitradas nos EUA.

Acerca dessa questão, contudo, o mais adequado, a nosso ver, seria reconhecer a feição punitiva da indenização dos danos morais, porém não exatamente no valor exato dos custos de prevenção do dano, na medida em que representaria um enriquecimento sem causa da vítima. Na prática, dificilmente se lograria em um processo judicial a aferição por meio de perícia – perícia complexa e dispendiosa – desses custos.

Embora seja possível fixar um acréscimo pela punição, flexibilizando um pouco o art. 944 do Código Civil, valores muito altos somente deveriam ser

22. ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da common law e na perspectiva do Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 166.

23. MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*. 1. ed. São Paulo: editora Atlas, 2012, p. 128.

24. *Ibidem*.

fixados em hipóteses de dano moral coletivo, quando atingido bem caro à coletividade, caso em que a indenização reverte para um fundo especial, ao qual alude a Lei da Ação Civil Pública.

A referência à razoabilidade na fixação do dano (art. 944 do Código Civil) impediria a fixação em valores muito superiores aos da mera compensação, a título meramente punitivo.

Para hipóteses mais graves, como o da falta de ética no caso Ford Pinto, a multa administrativa e algumas outras sanções poderiam ser aplicadas como modo de internalizar os custos sociais.

De fato, o entendimento esposado contraria um pouco a estrita lógica econômica de internalizar os custos sociais (custos do dano e de prevenção), na medida em que defende que o caráter punitivo deve ser reconhecido, não exatamente em valores elevadíssimos como no Direito norte-americano, pois o proveito econômico, em prol da vítima, pode ser muito exagerado, em comparação ao dano experimentado.

O ideal seria que os elevados valores fossem revertidos para um fundo, o que ocorre no caso de ações coletivas que veiculem pedido de ressarcimento por dano moral coletivo (art. 13 da Lei nº 7.347/1985). Haveria, entretanto, a necessidade de alguma previsão legislativa para que os elevados danos punitivos fossem revertidos para um fundo, do mesmo modo que há a previsão do fundo de reconstituição de bens lesados no art. 13 da Lei nº 7.347/1985.²⁵ Nessa perspectiva, a concepção norte-americana de *punitive damages* (indenização punitiva) não poderia ser aplicada ao Direito brasileiro, à míngua de previsão específica.

A fiscalização da atividade, com a aplicação de sanções administrativas eficientes, no caso de pessoas jurídicas que desenvolvam atividades perigosas, seria um caminho mais adequado.

25. Nesse sentido, é o entendimento de MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: críticas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, 2004. Pensam da mesma forma MARTINS-COSTA, Judith, *et al.* Usos e abusos da função punitiva. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 28, 2009.

De qualquer modo, a jurisprudência, de modo uníssono, considera o caráter punitivo na fixação dos danos morais, porém não nos valores elevados dos *punitive damages* americanos.

Portanto, não há como equiparar os danos morais com feição punitiva aos *punitive damages* norte-americanos.²⁶

Ressalte-se que seria difícil e dispendioso, no bojo de um processo judicial e nos casos comuns, realizar uma perícia referente aos custos de prevenção de um acidente para incorporar tais custos no total da indenização por dano moral a ser fixada. Nem mesmo nos EUA, os altos valores têm parâmetros seguros e previsíveis, sendo o arbitramento dos danos alvo de crítica.²⁷

4. DOS PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Quanto aos critérios para a fixação de danos morais, à míngua de critérios legais no Código Civil, a jurisprudência fixou os seguintes: i) extensão do dano; ii) reprovabilidade da conduta do ofensor (grau de culpa); iii) capacidade econômica da vítima; e iv) capacidade econômica do ofensor.²⁸

26. Esta distinção entre danos morais de feição punitiva e indenização punitiva é feita por Judith Martins-Costa. MARTINS-COSTA, Judith, *et al.* Usos e abusos da função punitiva. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 28, 2009.

27. MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: críticas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, 2004.

28. Dentre os inúmeros acórdãos que apresentam os critérios de arbitramento do dano moral, pode ser citado 1.374.284/MG, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (tema 707): “RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: **a)** a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação

Dentro de uma ótica econômica, pode-se pensar na aplicabilidade da ideia de custo de oportunidade para mensurar o dano à dignidade advindo de lesões que causaram limitações físicas: a redução da qualidade de vida seria representada pelas atividades das quais se renunciou em virtude do dano sofrido.

Os critérios referentes à valoração da conduta do ofensor representam a feição punitiva da indenização por danos morais, defendida dentro do escopo de prevenir os danos.

O grau de culpa, sob a ótica econômica, pode ser expresso pela teoria de Hand, conforme exposto no tópico 2 deste trabalho, segundo a qual a conduta será culposa se os custos de prevenção (cuidado) assumidos pelo agente forem menores que a probabilidade de ocorrência do acidente multiplicada pelos custos do dano causado.

Consoante já asseverado, indenizações mais elevadas com a consideração dos custos de prevenção devem ser reservadas para casos de danos de grande relevância, como os de dano moral coletivo, no qual a indenização reverte para o fundo previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. Sob tal ótica, seria justificável uma condenação exemplar a servir de desestímulo ao descuido com medidas de prevenção do dano.

Além dos critérios gerais, há alguns bem específicos como a demora na busca do dano moral a valorar a conduta da vítima, para reduzir o valor da indenização.²⁹

de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento. (2a seção do STJ), rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 05/09/2014) (grifos nossos).

29. II. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do *quantum* indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação”. (STJ, EREsp nº 526.299/

5. DA METODOLOGIA DE FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS

A jurisprudência reconhece a função punitiva ao fixar o ressarcimento dos danos morais. Quanto à metodologia de fixação, oportuna é a apresentação de duas metodologias de arbitramento.

A primeira metodologia, desenvolvida pelo Desembargador Guilherme Calmon, aplica o método trifásico do art. 60, § 1º, do Código Penal, nos casos de responsabilidade subjetiva.³⁰

O primeiro passo consiste em separar as finalidades da reparação do dano moral – compensatória e punitiva –, bem como as hipóteses de responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

Nos casos de responsabilidade civil fundada na culpa *lato sensu*, a função punitiva deve ser considerada e, por essa razão, somente nesta modalidade de responsabilidade seria autorizada a aplicação do art. 60, § 1º, do Código Penal, por analogia, para colmatar a lacuna da lei civil no tema de quantificação da reparação do dano moral por ilícitos civis.

Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, ante a ausência de propósito punitivo, mas meramente compensatório, não se aplicaria a metodologia para a fixação dos danos morais punitivos. Seguindo o itinerário do art. 68 do Código Penal, primeiramente são valoradas as circunstâncias judiciais, para a fixação da pena base, após são valoradas as atenuantes e agravantes e, por fim, as causas especiais de aumento e diminuição da pena.

A principal vantagem deste método é a transparência e precisão na valoração das diversas variáveis do caso concreto, sendo possível saber o peso concreto de cada circunstância no valor final da indenização.

PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 05/02/2009). Nesse sentido: STJ, REsp nº 1.567.490/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 30/09/2016; AgRg no REsp nº 703.017/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 16/04/2013.

30. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Crítérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/Criterios.pdf. Acesso em: 01 out. 2018.

Digno de nota, também, é o método bifásico adotado pelas 3ª e 4ª turmas do STJ para fixar os danos morais, com o claro propósito de manter a coerência dos julgados, quanto aos bens jurídicos lesados e as peculiaridades do caso concreto.

Na primeira etapa, é fixado o valor básico fundamentado na jurisprudência da turma em casos análogos, levando em conta o bem jurídico lesado.³¹

Após, são valoradas as variáveis do caso concreto, em obediência ao art. 953 do Código Civil, para ajustar o valor – redução ou majoração –, tais como a gravidade do fato, a culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes, até se alcançar o valor final.

Tal procedimento tem o mérito de assegurar a igualdade de tratamento dos casos análogos e justificar eventual aumento com base em circunstâncias específicas, concedendo coerência e transparência quanto às variáveis, e o peso das circunstâncias no valor final da indenização.

Quanto à garantia de que não haja uma variação muito grande entre os valores de ressarcimentos fixados pelo Poder Judiciário, tal ideal é impossível de ser alcançado, embora se possa minorar esses efeitos ao exigir maior transparência na metodologia de fixação e possibilitar à parte insatisfeita impugnar pela via recursal quando o valor fixado destoar dos padrões dos tribunais de 2º grau e do STJ.

No âmbito do STJ, a aplicação do sistema bifásico permite que, na 1ª fase, haja um diálogo com os precedentes fixados em casos análogos, o que contribui para a fixação do valor da indenização dentro dos mesmos valores de casos análogos, partindo, na segunda fase, para as peculiaridades.

Desse modo, a tendência é que haja um equilíbrio entre a previsibilidade – dentro de uma certa margem de valores – e alguma margem para

31. Acerca do método bifásico, confira-se notícia no site do STJ intitulada “O método bifásico de fixação do dano moral” de 21 de outubro de 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/noticias/Noticias/O-metodo-bifasico-para-fixar-o-valor-de-indenizacao-dano-moral. Acesso em: 22 out. 2018.

a valoração das especificidades do caso concreto. O fato de haver a revisão dos valores das indenizações, permitindo que se identifique quando destoam dos valores fixados pelas turmas do STJ, contribui para que haja alguma uniformização.

6. DA CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar, dentro de uma abordagem econômica, a problemática de fixação de indenização por danos morais, relativamente à sua previsibilidade e, especialmente, a sua idoneidade para prevenir a ocorrência de danos, mediante o incremento da adoção de medidas preventivas.

Embora seja reconhecida a possibilidade de um ressarcimento por danos morais com feição punitiva, mediante a valoração dos critérios do grau da culpa, capacidade econômica do ofensor, existe a previsão do art. 944 do Código Civil, cuja regra pode ser flexibilizada, porém não a ponto de suplantarem em muito a extensão do dano (aspecto compensatório).

O ideal é que a aplicação de critérios referentes à prevenção do dano ocorra em sede de ações coletivas, quando se justificam as indenizações punitivas exemplares, que não são revertidas a uma ou algumas vítimas, mas a um fundo. Desse modo, nos casos de negligência geradora de um dano elevado à coletividade, seria justificável a condenação ao pagamento de indenização, calculada com base no custo de prevenção, para prevenir a reincidência e desestimular a prática de atos similares por outros (prevenção geral).

No tocante ao critério do grau da culpa, pode ser utilizada a fórmula de Hand, elaborada a partir do julgamento do caso *USA vs. Carroll Towing*, segundo a qual se considera culposa a conduta quando os custos de prevenção (cuidados) assumidos pelo agente forem menores que a probabilidade de ocorrência do acidente multiplicada pelos custos do dano causado. Abdicar do caráter punitivo do ressarcimento dos danos morais é deixar

de utilizar uma ferramenta eficiente, no sentido de estimular a adoção de medidas preventivas do dano, para que as pessoas se convençam de que prevenir vale mais a pena do que ressarcir a *posteriori*.

A adoção de métodos transparentes para a fixação do valor da indenização dos danos morais e a busca de parâmetros uniformes demonstram a preocupação em se conferir algum grau de previsibilidade, evitando-se a jurisprudência lotérica.

Entretanto, ainda há muito o que aprimorar, no tocante à valoração dos critérios de arbitramento dos danos morais, para efetivamente tornar mais previsíveis os valores a serem fixados de indenização.

Nesse norte, o uso do método da AED pode sempre contribuir para aprimorar o sistema de responsabilização, na medida em que permite a compreensão dos efeitos das normas sobre os indivíduos, e, a partir deste diagnóstico, por meio de estudos empíricos, permite a construção de um sistema mais eficiente de responsabilidade por danos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da Common Law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 166.
- ARAÚJO, Thiago Araújo. *Análise econômica do direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.
- CALABRESI, Guido. *The future of law and economics*. New Haven: Yale University Press, 2016. Kindle edition.
- CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic Analysis*. New haven: Yale, 1970. Kindle edition.
- COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Journal of Law & Economics*, v. III, out. 1960. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/Criterios.pdf. Acesso em: 01 out. 2018.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith, *et al.* Usos e abusos da função punitiva. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 28, 2009.
- MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: críticas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, 2004.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen publishers, 2002.
- PUSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil: uma proposta de investigação empírica. *Revista GV*, v. 3, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- TEPEDINO, Heloísa Helena BARBOZA, Maria Celina Bodin de MORAES, *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006.
- SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de Direito Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 111, 1998.

Frequência de perícias médicas administrativas em auxílios-doença

Impactos econômicos, jurídicos e sociais

Carlos Adriano Miranda Bandeira

1. PANORAMA METODOLÓGICO

Prognose médica é uma previsão baseada em saber técnico acerca da evolução dos sintomas de um paciente acometido por uma doença. Ela é estatisticamente mais precisa quando feita com base nos dados relativos a maiores e mais representativas séries de históricos médicos reais. A estimativa será mais confiável em uma doença frequente e a margem de erro será maior em doenças raras. O desvio padrão é insito à prognose e a mais sensata dessas doenças pode não se concretizar.

Isso cria um dilema para quem estrutura e executa um programa público de benefícios por incapacidade. Considerando a atuação do INSS na con-

cessão de auxílios-doença no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), pode-se questionar: se o INSS realiza uma perícia médica única, quando da concessão do auxílio-doença, isso reduz seus custos necessariamente? Como definir a melhor frequência de realização de perícias?

Sem dúvida, o critério médico é um limitador. A Lei nº 8.213/1991 prevê, em regra, a realização de perícia médica para definir se há incapacidade laboral que justifique a concessão inicial de um auxílio-doença. Segundo o art. 60, § 8º, daquela lei, em caso de concessão, uma data final de pagamento deverá ser provisoriamente definida sempre que possível. Não se mostra legítima a atribuição de um auxílio-doença a alguém que não está impossibilitado de retomar o trabalho. Por isso, o termo final do auxílio-doença não ultrapassará o período da estimativa médica, em regra.

Excepcionalmente, o auxílio-doença se prorroga até depois do fim da estimativa médica. Isso ocorre frequentemente em processos judiciais movidos para reconhecimento do direito ao benefício. Em juizados especiais federais, ao laudo favorável de um perito judicial, se segue prazo em que o INSS pode contestar e conciliar.¹ Por vezes, no momento da sentença, já está ultrapassado o período estimado como de continuação da doença incapacitante. Sobre o tema, o Fórum Regional de Juizados Especiais Federais da 2ª Região aprovou o enunciado 120, com a seguinte redação:

A data de cessação do benefício deve ser fixada conforme a estimativa do perito judicial, salvo se, quando da sentença, ela já tiver sido superada ou estiver prestes a sê-lo, devendo ser estipulada em 45 dias da implantação do benefício, de forma a permitir que o segurado realize o pedido de prorrogação se ainda considerar que está incapaz.

A questão aqui por analisar é outra: havendo lastro técnico para se estimar em período maior a incapacidade futura, deve o INSS realizar perícias

1. Conforme artigos 9º e 12 da Lei nº 10.259/2001.

frequentes em período menor, a fim de se assegurar de que interrompe os pagamentos tão logo ocorra uma recuperação antecipada? Na lei, a resposta é expressamente afirmativa para aposentadorias por invalidez, concedidas em caso de incapacidade permanente.² Com relação ao auxílio-doença, a questão é nova: o dever de fixação prévia de termo final do benefício surgiu na Medida Provisória nº 739/2016.

Para redução das variáveis envolvidas, o tema será estudado apenas tomando em vista o conjunto de auxílios-doença de duração de 4 meses. Portanto, a questão por analisar pode assim ser reformulada: sabendo-se que a mais embasada prognose médica pode não se concretizar, há argumentos econômicos que levem o INSS a, diante de uma incapacidade medicamente estimável em 120 dias, fazer apenas uma perícia médica ou realizar 4 a cada 30 dias?

Para essa empreitada, será utilizada a AED. A sua definição, seus limites e as críticas a ela serão objeto da primeira parte do texto, na qual também será explicado em que consiste a Tomada de Decisão em Risco, ferramenta utilizada para comparar as duas situações concebidas acima. Uma exposição sobre o que afeta a perda de capacidade laboral e a demanda por auxílios-doença, bem como sobre as normas jurídicas sobre esse benefício será feita na segunda parte do texto. O levantamento do número de perícias, das despesas do INSS, da produtividade de peritos administrativos e dos impactos da alteração do número de perícias por benefício será o objeto da terceira parte. As proposições e uma síntese conclusiva serão formuladas na quarta parte.

1.1 Escopo da AED

A AED é uma aplicação de saberes da Economia ao estudo de institutos jurídicos. Ela tem uma função descritiva: estuda o fluxo de recursos escassos e desejados associados a esses institutos. À AED se atribuem também duas

2. Conforme art. 101 da Lei nº 8.213/1991, regulado pelo art. 46 do Decreto nº 3.048/1999, o qual determina a realização de perícias médicas de revisão de aposentadorias por invalidez a cada dois anos.

funções normativas: (i) a de fornecer informações monetárias que sejam relevantes para subsidiar juízos éticos relativos ao custo de alternativas disponíveis; (ii) a de determinar a única resposta certa a dilemas, adotando a maximização de riqueza como valor fundamental.

A AED teve precedentes históricos. O utilitarismo, que foi um deles, é uma doutrina ética cujos maiores expoentes são Jeremy Bentham e John Stuart Mill. De acordo com o utilitarismo, uma ação não seria boa por si mesma por exprimir a prática de uma virtude ou por decorrer de princípios gerais. As ações seriam boas ou más conforme tivessem por consequência aumentar a utilidade, esta compreendida como a compensação entre o prazer e dor gerados. Por essa ótica, cada ser humano faria a análise de custo-benefício da utilidade de cada alternativa à sua disposição, reduzindo todos os valores sociais a uma mesma escala e estabelecendo uma ordem hierárquica de preferências. Quanto às políticas públicas, estas maximizariam o agregado de utilidades individuais, pois a isso corresponderia o aumento do prazer e felicidade gerais.

Ocorre que o uso de uma motocicleta na noite de Natal, por exemplo, gera diferentes graus de prazer em diferentes indivíduos. Além de tudo, mostra-se difícil medir a utilidade que essa experiência teria para cada um, apesar de Bentham ter concebido um algoritmo para esse efeito (o cálculo felicífico). Por isso, o desenvolvimento da teoria microeconômica neoclássica, ao utilizar o dinheiro como medida da capacidade e vontade dos indivíduos de pagar por algo, simplificou a estruturação de um modelo de comparação dos custos de linhas alternativas de ação.

É verdade que a economia clássica já utilizava um parâmetro monetário para estudar a relação entre crescimento de economias nacionais e a produção de bens. Economistas clássicos como Adam Smith e Davi Ricardo fizeram-no com um método histórico-dedutivo, dando os valores de bens como decorrentes dos custos de produção. Todavia, a microeconomia neoclássica, desenvolvida após as revoluções liberais europeias, inovou ao priorizar a análise do comportamento de indivíduos e firmas.

Carl Menger e Alfred Marshall representaram essa corrente, estudando como o valor é afetado não só na ótica da produção, mas também pela utilidade percebida pelos consumidores. Esse paradigma microeconômico moldou a AED, como explicam Cooter e Ulen:³

A economia forneceu uma teoria científica para prever os efeitos de sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, sanções parecem preços e, presumivelmente, as pessoas reagem a essas sanções do mesmo modo que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do bem mais caro; presumivelmente, as pessoas também respondem a sanções legais mais severas, praticando menos a atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) para analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis atribuem ao comportamento. (Tradução livre do original em inglês).

A Economia trouxe para a AED também uma série de princípios sumarizados por Nicholas Gregory Mankiw.⁴ Princípio 1: as pessoas enfrentam a escolha de uma alternativa em detrimento de outra. Princípio 2: tomar decisões exige considerar o custo de oportunidade, ou seja, considerar a segunda melhor opção de que se abre mão para perseguir a opção mais desejada. Princípio 3: a busca de maximização de lucros por firmas e de utilidade por indivíduos é racionalmente perseguida pelo aumento das aquisições de um bem até que o benefício obtido com a unidade adicional adquirida supere o custo marginal, ou seja, aquilo

3. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson, 2016, p. 3. Disponível em: http://www.econ.jku.at/t3/staff/winterebmer/teaching/law_economics/ss19/6th_edition.pdf. Acesso em: 03 jan. 2019.

4. MANKIW, Nicholas Gregory. *Principles of microeconomics*. 5. ed. Boston: Cengage Learning, 2009, p. 3-8.

de que se deve desistir para obter a unidade adicional. Princípio 4: as pessoas respondem aos incentivos econômicos existentes, reagindo de forma independente às informações completas e relevantes disponíveis. Mankiw ainda lista outros princípios, valorizando a individualidade, a racionalidade e o livre mercado.

Os trabalhos em AED se desenvolveram a partir do artigo *The Problem of Social Cost*, do economista britânico Ronald Coase, no qual defendeu, de forma argumentativa e com exemplos tirados de precedentes judiciais, que, havendo comportamento racional e cooperativo, e sendo ausentes o efeito riqueza e os custos de transação, a forma como é feita a atribuição inicial de direitos não afeta a eficiência na posterior alocação de recursos. Como os custos de transação e o efeito riqueza ocorrem na prática, caberia ao Direito facilitar a maximização da riqueza.⁵ Para a AED, portanto, a maximização da riqueza não apenas teria animado decisões de juízes da *Common Law*; ela seria explicitada como um valor apto a vincular decisões judiciais futuras.

1.2 Apreciação crítica da AED

Posner⁶ (1979) distinguiu AED e utilitarismo: a primeira não se interessaria pela felicidade ou intento quando estes surgem desassociados da capacidade e vontade explicitada de pagar. Além disso, a AED adotaria o critério da maximização de riqueza, abandonando a ideia de que uma alternativa só é superior quando, pelo menos, um dos envolvidos passa a ficar em melhor situação sem que ninguém mais fique em situação pior (superioridade de Pareto). Porém, apesar de tais distinções, na AED é possível revisitar alguns problemas do utilitarismo, resumidos a seguir:

5. POSNER, Richard Allen. Utilitarianism, economics and legal theory. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 1, p. 103-140, jan. 1979.

6. *Ibidem*.

Algumas das objeções ao utilitarismo são de ordem prática. Diz-se que é inexequível. Podemos predizer apenas algumas das consequências de nossas ações. Não temos maneira de mensurar a felicidade. Não podemos dizer, por exemplo, que o nascimento de uma criança dá aos pais 307 vezes a felicidade que ganhariam de uma visita à França. Há dificuldades ulteriores relativas à comparação entre a felicidade de diferentes pessoas. Mensurar as consequências parece mais um problema de vaga intuição do que de um cômputo científico.

Outras objeções são morais. Os críticos sugerem que, mesmo se o utilitarismo for grosseiramente executável, ainda assim dará respostas erradas.

Outros refutam a redução de todos os valores à felicidade. Bentham disse que a felicidade é prazer e a ausência de dor. Porém, será mesmo o hedonismo o único estilo de vida que é valoroso? Outros contestam que o maior total de felicidade seja compatível com desigualdades injustas na sua distribuição, ou com políticas que atropem os direitos das pessoas. E o utilitarismo tem problemas de vida e morte. Pode essa doutrina evitar dizer que pessoas persistentemente infelizes ou felizes abaixo da média geral devam ser assassinadas se não puderem ser animadas? Um utilitarista teria o dever de ter crianças se for provável que elas sejam felizes? Outras objeções foram feitas à forma como utilitaristas parecem aceitar que “os fins justificam os meios”. Essa é uma forma de consequencialismo: a visão de que os atos não são certos ou errados em si mesmos, mas apenas a depender de suas consequências. Porém, torturar uma criança pode ser ou não a conduta a adotar apenas a depender de uma fria análise consequencialista de custo-benefício? Em que tipo de pessoas nos tornaríamos se adotássemos essa atitude?⁷

Os estudos jurídicos não são alheios a situações de conflito entre dois valores de ordens distintas e não conversíveis um no outro. Esse é o pal-

7. GLOVER, Jonathan (org.). *Utilitarianism and its critics*. Nova Iorque: Macmillan: 1990, p. 3-4. Tradução livre do autor, a partir do inglês.

co de inúmeros debates, em Direito Constitucional, acerca da colisão entre princípios. A abordagem econômica, para esses casos, ao oferecer um modelo que busca reduzir todas as alternativas a uma mesma unidade de valor, pode não descrever adequadamente os diversos tipos de prejuízos e incentivos em jogo. Por não buscarem explicar as opções religiosas ou ideológicas de pessoas concretas, os modelos construídos a partir da AED mostram-se limitados para explicar ou prever atos não econômicos de indivíduos que agem, por exemplo, com base na honra ou na piedade.

Contestações vêm sendo feitas também a pressupostos econômicos como os que Mankiw resumizou. Amos Tversky e Daniel Kahneman, pesquisadores na área da Economia Comportamental, puseram em xeque a definição de racionalidade adotada pela microeconomia neoclássica. Estudaram como as pessoas frequentemente utilizam princípios heurísticos para reduzir a complexidade de tarefas como avaliar probabilidades e prever valores. Tais processos cognitivos, embora úteis em geral, por vezes conduzem a erros graves e sistêmicos. Por causa das heurísticas, decisões terminam afetadas, por exemplo, pelo efeito ancoragem-ajustamento, pela falácia do apostador, pela aversão à perda, pela diminuição da sensibilidade a ganhos e perdas, pelo excesso de confiança, pelos efeitos da atenção limitada, pelo efeito manada, entre outros.

Vale observar que não é universal no pensamento econômico a concepção de um *homo economicus* atuando com egoísmo perfeito e de forma isolada. O próprio Adam Smith, além de escrever a seminal obra *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, foi autor da *Teoria dos sentimentos morais*, concebendo um ser humano que agia por interesse próprio no mercado e também moderava seus vícios para evitar ser desaprovado. A mão invisível se movia no âmbito de uma sociabilidade mais geral que a econômica, evitando um egoísmo sem limites e garantindo alguns limites de dignidade e de prudência. Adam Smith escreveu: “Por mais egoísta que se suponha o homem, evidente-

mente há alguns princípios em sua natureza que o fazem interessar-se pela sorte dos outros, e considera a felicidade deles necessária para si mesmo, embora nada extraia disso senão o prazer de assistir a ela. (...) [Assim] na corrida por riqueza, honras, e privilégios, poderá correr o mais que puder, tensionando cada nervo e cada músculo, para superar todos os seus competidores. Mas se empurra ou derruba qualquer um destes, a tolerância dos espectadores acaba de todo. É uma violação à equidade, que não podem aceitar.”⁸

Recentemente, trabalhos de economistas como Ernst Fehr sugerem a recorrência de práticas altruístas ou cooperativas que, de acordo com um pressuposto de egoísmo perfeito, seriam consideradas autodestrutivas e irracionais. A aversão à iniquidade, por exemplo, existiria para coibir comportamentos reputados altamente injustos ou desfavoráveis a trabalhos cooperativos.

Se a utilização da AED oferece dificuldades por seu método, reduzir todos os valores a uma unidade e por seu modelo de indivíduo ser mais racional e egoísta que os seres humanos, uma adaptação do método e dos pressupostos seria suficiente para gerar respostas jurídicas científicas, vinculantes e objetivas? Provavelmente não; a ótica da AED é criticada como uma ótica não neutra com relação ao mercado e à forma como ele domina e altera a atuação política e a atuação moral.

O jusfilósofo Michael Sandel⁹ compilou uma lista de ofertas de compra e venda de bens que não se transacionavam no mercado décadas atrás. Citou a possibilidade de infratores não violentos, enquanto presos, pagarem 82 dólares por noite para obter acomodações. Registrou o preço de 13 euros para empresas, na União Europeia, lançarem uma tonelada

8. SMITH apud AVILA, Róber Iturriet. Construção do homo economicus e a sua necessária desconstrução. *Ensaio FEE*, v. 35, n. 2, p. 5 e 104, 2014. Disponível em: <https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2614>. Acesso em: 11 jan. 2019.

9. SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Tradução por Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 8-10.

métrica de gás carbônico na atmosfera. Essa precificação de qualquer tipo de bem, a seu ver, coloca dois problemas. O primeiro é o de que pessoas pobres em sociedades desiguais possam vir a ficar privadas não apenas de bens agrícolas e industrializados, mas de qualquer tipo de bem social, como o acesso a médicos. O segundo problema é o da corrupção do significado social atribuído a bens como civismo, cidadania e meio ambiente. Longe de ser inerte, o mercado teria o potencial de alterar as atitudes pessoais relativas ao significado social de determinados bens.

Também Falk e Szech,¹⁰ com base em levantamento empírico, concluíram que a interação de agentes econômicos no mercado tende à diminuição da frequência de decisões tomadas para salvaguarda de um valor de justiça. Essa tendência, já prevalente em trocas bilaterais, acentua-se em situações de mercados com muitos interessados em comprar e vender por causa da difusão da responsabilidade e da sensação de se ter tomado uma ação decisiva, frequentemente expressa pela frase: “Se eu não tivesse feito uma oferta de troca, alguém mais teria feito, de qualquer modo.”

Em já célebre experimento, Gneezy e Rustichini¹¹ verificaram a não realização da tese de que os agentes econômicos reagem à imposição de sanções, evitando o comportamento proibido. Em 1998, em dez creches na cidade de Haifa, Israel, os autores computaram, durante 4 semanas, o número de pais que se atrasavam para buscar seus filhos, que eram liberados no horário de saída, às 16h30. Após ser instituída uma multa por atraso, o número de pais que demoravam mais de 10 minutos a aparecer aumentou, ao invés de diminuir. E o novo patamar de atrasos foi mantido mesmo depois de a multa deixar de ser cobrada. Para os pesquisadores, a instituição do incentivo monetário comunicou aos pais que o pior que poderia decorrer de um atraso era o pagamento da multa, eliminando a responsabilidade pessoal.

10. FALK, Armin; SZECH, Nora. Morals and markets. *Science*, v. 340, n. 6133, p. 707-711, 2013.

11. GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2000.

A pretensão de impulsionar por incentivos econômicos, e de medir em custos financeiros, todas as experiências humanas que detenham algum impacto econômico contrasta com o que se costuma perceber como constitutivo da experiência humana de distribuir o que se valoriza:

(...) nunca existiu um critério único nem um conjunto de critérios interligados para todas as distribuições. Merecimento, aptidão, nascimento e linhagem, amizade, necessidade, livre troca, lealdade política, decisão democrática, todos ocuparam os seus lugares, juntamente com muitos outros, numa coexistência incômoda, invocados por grupo concorrentes, confundidos uns com os outros.¹²

O jusfilósofo Michael Walzer¹³ defende que bens sociais de um certo tipo devem ser distribuídos consoante os critérios que lhe são próprios. Por vezes, um bem social ganha primazia na sociedade – como é o caso do dinheiro –, e os titulares desses bens passam a ter um acesso preferencial a bens de outro tipo, sem observância dos princípios de justiça apropriados a essa outra esfera. Trata-se da situação de predomínio de um bem sobre o outro. Por isso, mesmo palavras como simonia, corrupção e suborno indicam que existe uma noção partilhada socialmente que nega a legitimidade da aplicação ilimitada do princípio da livre troca. Decisões baseadas em custos acerca de republicanismo, democracia e direitos humanos, por exemplo, não tomariam em consideração aspectos essenciais atinentes ao significado próprio inerente a esses bens.

Talvez a mais radical crítica à AED seja da lavra do jusfilósofo Ronald Dworkin, para quem não há justificação moral possível da riqueza como valor apto a orientar condutas. Em uma exaustiva análise das teses sobre o tema, Dworkin argumenta que uma sociedade que maximiza riquezas

12. WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. Tradução: Nuno Valadas. Lisboa: Presença, 1999, p. 22.

13. *Ibidem*.

não é necessariamente melhor que outra que não o faça e alerta que o “dinheiro ou o seu equivalente é útil apenas enquanto habilita alguém a alcançar uma vida mais valorosa, bem-sucedida, feliz ou moral”.¹⁴ Não constitui um fim valoroso por si só.

Por fim, há uma limitação que não é ínsita ao utilitarismo ou à Economia, mas à própria AED, por vezes referida em inglês como *Law and Economics*. Trata-se da insuficiência de métodos importados da Economia para, por si mesmos, dar conta da tridimensionalidade que marca o Direito. Segundo lição de Norberto Bobbio,¹⁵ o Direito discute se alternativas de ação obedecem simultaneamente a critérios de justiça, validade e eficácia. Uma teoria da justiça explica a adequação de soluções a valores de Justiça, uma teoria geral do Direito explica se uma prescrição foi produzida de modo compatível com as normas que estabelecem a validade formal, e uma teoria sociológica avalia se a solução proposta está apta a, efetivamente, produzir efeitos no mundo real e ser reconhecida como detentora de legitimidade. A solução maximizadora da riqueza não necessariamente é reconhecida como legítima, não induzindo à pacificação de conflitos, e não necessariamente observa a lei, a Constituição ou os tratados.

Adiante, tentar-se-á tomar em conta as limitações referidas anteriormente pela promoção dos resultados obtidos pela AED com métodos tradicionais do Direito, sobretudo o da análise da adequação de soluções a normas e de formação de juízos sobre os valores em conflito.

1.3 Significado e custo da Previdência Social

Walzer¹⁶ leciona que a provisão social engloba prestações dadas a membros de uma comunidade política em caso de necessidade pública ou individual, conforme a concepção política vigente, e de modo a assegurar

14. DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? *The journal of legal studies*, v. 9, n. 2, p. 201, 1980.

15. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999, p. 45-55.

16. WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. Tradução: Nuno Valadas. Lisboa: Presença, 1999.

a qualidade, o valor e a posição desses membros. Prover a sobrevivência social é importante fator de diferenciação entre os membros e não membros e, havendo recursos comunitários e sendo estabelecido o tipo e grau de necessidade a atender, a providência social deveria ser distribuída a todos que se qualificassem como necessitados.

A provisão comunitária abrange não apenas provisões individuais (como o direito de ação ou o direito a uma prestação previdenciária), mas também provisões coletivas (como a manutenção de estradas e de um sistema educativo público). Sobre o tema, diz Michael Walzer:¹⁷

É vulgar afirmar-se que o Estado Social “assenta na disponibilidade de uma certa forma de excedente econômico”. Mas o que quer isso dizer? Não podemos subtrair do produto social total as despesas de manutenção de homens e máquinas, o preço da sobrevivência social, e financiar depois o Estado Social com o que restar, uma vez que já financiamos o Estado Social com o que subtraímos. É evidente que o preço da sobrevivência social inclui despesas públicas, como, por exemplo, a segurança militar, a saúde pública e a educação. As necessidades socialmente reconhecidas constituem o primeiro encargo do produto social; não há um verdadeiro excedente de bens fora da esfera das necessidades.

É contra esse pano de fundo que a Previdência Social deve ser compreendida como algo mais que um programa de subsídios ou como um mecanismo de seguros. É verdade que a literatura a descreve como uma alternativa que, financeiramente, realoca a “renda do trabalhador, do período laboral para o período de inatividade, de forma a suavizar intertemporalmente o consumo”. Tal retrato, porém, não a singulariza com relação a outros métodos de poupança individual e facultativos, nem refere aos impactos que a Previdência Social tem para o civismo, para

17. *Ibidem*, p. 85.

o senso de pertencimento comunitário ou para a aversão individual à precariedade e ao risco.

Feita essa advertência, pode-se tomar a modelagem financeira da Previdência como um dos instrumentos disponíveis para compreender a perspectiva que uma pessoa jurídica pode ter da administração de milhares de serviços, definindo custos e propondo consequências financeiras. Para esse mister, a Teoria da Decisão sob Condições de Risco se mostra a ferramenta mais adequada.

Frequentemente formalizada como uma matriz matemática, essa ferramenta relaciona os custos de cada alternativa, ponderando os estados de natureza (acontecimentos) que possam influir na qualidade de escolha e as probabilidades de cada um deles se verificar. Para cada acontecimento, multiplica-se a probabilidade pelo custo associado. O somatório dessas multiplicações corresponde ao Valor Monetário Esperado. A execução dessa operação será descrita no item 3.3.2, abaixo.

Serão consideradas duas alternativas para lidar com um caso de incapacidade futura medicamente estimável em 120 dias. A primeira é a alternativa de o INSS realizar apenas uma única perícia no 1º dia do período. A segunda alternativa é a de realização de quatro perícias no 1º, 31º, 61º e 91º dias.

Os estados de natureza a considerar são a possível recuperação antecipada. A probabilidade de recuperação antecipada certamente varia de doença para doença, sendo menos previsível em doenças raras. Será suposta a possibilidade de que, a cada perícia, exista igual possibilidade de 1% de recuperação antecipada. Além disso, para fins de comparação, também será considerada a chance de 10% de recuperação antecipada.

Feita a exposição do panorama metodológico deste trabalho, antes de avançar no levantamento de custos e execução da tomada de decisões em risco, é preciso compreender os objetos estudados: a perda de capacidade laboral, a demanda por auxílios-doença e as normas sobre esse instituto jurídico.

2. O AUXÍLIO-DOENÇA BRASILEIRO

2.1 Demanda, oferta e distribuição

A capacidade laboral é uma qualidade que denota a adequação entre o estado de saúde de uma pessoa, as exigências para preservação ou melhoria da saúde, o gestual laboral e outras exigências do trabalho, e os recursos disponíveis no ambiente doméstico, social e profissional. A capacidade laboral se mostra mais presente em grupos e em processos de que participaram pessoas com mais elevados níveis de educação, de alimentação, de saúde, de renda familiar e de *status* do emprego exercido. Este último elemento, por sua vez, traduz um nível mais elevado de segurança do trabalho, de investimento em treinamento e de adaptabilidade dos processos de trabalho a alguém que desenvolva uma determinada restrição.

A mesma doença, portanto, pode tornar mais facilmente incompatíveis com seu trabalho habitual membros de determinados grupos. Essa maior vulnerabilidade pode decorrer de fatores individuais, como os hábitos adotados (etilismo, tabagismo etc.), sexo e idade. Fatores microambientais também são determinantes, tais como o tipo existente de exposição a estresse mecânico e mental, além da qualidade de serviços (públicos ou privados) ofertados na região de moradia para desenvolvimento, preservação ou recuperação da qualificação profissional e da boa alimentação. Por fim, fatores socioeconômicos mais gerais podem provocar impacto sobre a capacidade de trabalho da população.

Quanto menor o nível de desemprego e quanto mais altos os salários, mais provável será a recolocação de trabalhadores em novos empregos, inclusive fora de sua área original de atuação, facilitando a cessação do benefício, o que pode ser explicado por uma maior pressão sobre cada firma para investir em um ambiente de trabalho mais saudável ou oferecer salários mais altos. Quanto menor a tolerância cultural com a inatividade pessoal, mais provável será o fortalecimento de um discurso moralizan-

te sobre preguiça, mérito e empreendimento que leve uma pessoa com incapacidade laboral a retornar ao trabalho. E, por fim, quanto maior a intolerância ao risco, maior será a probabilidade de reconhecimento de incapacidade laboral por períodos mais prolongados, sobretudo com relação a trabalhos que lidam com a segurança de terceiros (ex.: motoristas de ônibus) e de doenças que se manifestem por crises periódicas (a epilepsia, por exemplo).

A proteção contra eventual perda de capacidade laboral é bem social apto a gerar o interesse isolado tanto do trabalhador individual como das unidades empresariais. Para o trabalhador, há a garantia de sobrevivência, à qual pode atribuir mais utilidade se considerar que está mais exposto a esse risco em virtude de condições pessoais de saúde ou de riscos majorados de seu trabalho. Para a empresa, um sistema que facilita a cura de doentes e que evita um definitivo afastamento de trabalhadores especializados pode evitar a perda de investimento privado na qualificação de mão de obra especializada, o que pode ser considerado mais útil quando baixa a taxa de renovação dessa mão de obra.

De um ponto de vista coletivo, o auxílio-doença também oferece vantagens. A primeira é que a vulgarização do benefício decorrente da filiação obrigatória de trabalhadores à Previdência Social colabora para a obtenção de economias de escala, reduzindo os custos do benefício. A segunda é que os pagamentos por auxílio-doença estabilizam o consumo das famílias e evitam a perda de capacidade de ascensão social. Se pais doentes deixassem de trabalhar e não conseguissem ser reabilitados em outra profissão, isso diminuiria a probabilidade de os filhos estudarem por mais tempo e de manter ou melhorar o padrão de vida familiar.

Também os governos têm interesse na estabilidade da capacidade financeira de seus contribuintes e podem tomar em conta que a multiplicação de situações de doença incapacitante, aliadas à falta ou ao súbito decréscimo de renda, pode implicar aumento de gastos públicos com o sistema de saúde e com a gestão da pobreza.

Embora exista interesse econômico potencial de todos na existência do auxílio-doença, muito se debate com relação ao número de benefícios pagos e à variação na demanda.

Mônica Mora¹⁸ concebeu seis fatores explicativos de aumento do número de auxílios-doença: (a) a maior deterioração do estado de saúde da população; (b) incentivos econômicos justificadores de um maior pleito por benefícios; (c) migração de outras formas de benefício para o auxílio-doença pelo aproveitamento de brechas legais; (d) aumento da população passível de pleitear o auxílio-doença; (e) aumento de fraude na concessão do benefício; (f) postergação da idade média de aposentadoria, fator de aumento da frequência de doenças na população de idade mais avançada e não habilitada para a aposentadoria.

O Tribunal de Contas da União (TCU), em 2010, elencou ainda outros fatores: (i) a modernização operacional da Previdência Social, que facilitou a comprovação dos direitos e o acesso aos benefícios; (ii) o maior conhecimento de direitos por parte dos segurados; (iii) a existência de incentivos à permanência em auxílio-doença, decorrentes da sua forma de cálculo, nos casos em que possibilita um salário de benefício superior ao dos últimos salários percebidos na ativa; (iv) a fragilidade do sistema de aferição da validade da perícia médica; (v) a terceirização de perícias e sua remuneração por consultas; (vi) a dispensa de homologação das perícias médicas realizadas por médicos credenciados decidida em 2001; (vii) a falta de cumprimento integral da jornada de trabalho de médicos peritos; e (viii) a baixa resolubilidade da reabilitação profissional, serviço previdenciário que deveria habilitar as pessoas ao trabalho em profissão diversa e compatível com a situação de saúde, servindo de via de saída do programa de benefícios por incapacidade.

Analisando a evolução das concessões do benefício até 2011, o então Secretário de Políticas de Previdência Social, Leonardo J. R. Guimarães con-

18. MORA, Mônica. Auxílio-doença: contribuição para um diagnóstico. *Boletim de conjuntura do Ipea*, Brasília, n. 77, p. 89, set 2007.

siderou haver uma relação constante entre o número de empregos formais e concessões de auxílio-doença numa proporção de 0,5%.

2.2 Normas sobre o benefício

O auxílio-doença corresponde a um direito humano e sua existência hoje decorre também de compromissos fundamentais feitos pelo Brasil. Com efeito, o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que toda pessoa tem direito à segurança em caso de perda dos meios de subsistência fora de seu controle em razão de doença ou por outros fatores. A Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) prevê o auxílio-doença, em sua parte III, no seio das normas mínimas mundiais sobre Seguridade Social. O art. 9º do Protocolo de San Salvador determina, no sistema interamericano de direitos humanos, que a Previdência Social proteja as pessoas das consequências da incapacitação física ou mental para obter os meios de vida digna e decorosa. Do mesmo modo, segundo o art. 201 da Constituição, a Previdência Social brasileira cobre os eventos de doença.

Na sua formulação legal atual, o benefício tem cunho provisório, mas sem limitação de tempo máximo de gozo. Sua duração é a da incapacidade laboral. O auxílio-doença pode ser concedido a empregados, contribuintes individuais e a outras categorias de segurados da Previdência Social. Em regra, exige-se o cumprimento da carência prévia de, no mínimo, 12 contribuições para a Previdência, bem como a manutenção da qualidade de segurado, isto é, a realização de trabalho em um dos doze meses anteriores ao surgimento da incapacidade.

Segundo o art. 60, § 8º, da Lei nº 8.213/1991, no momento em que o direito ao benefício for reconhecido, deverá ser, sempre que possível, prevista uma data de cessação. Apenas quando não for feita essa estimativa, aplica-se o prazo legal de 120 dias contados a partir da data de início do benefício. Se, com o decurso do tempo, o segurado verificar que a estimativa foi conservadora e que a incapacidade persiste, poderá fazer um

pedido de prorrogação (PP) dentro dos quinze dias que antecedem a data de cessação do benefício estimada.

Quando o segurado perde o prazo para fazer o pedido de prorrogação, promove um novo requerimento de auxílio-doença. Por isso, um auxílio-doença diferente, com novo número identificador, pode ser concedido sucessivamente a um mesmo segurado no decorrer de um ano. O número anual de benefícios não necessariamente corresponde ao número anual de beneficiados pelo programa. As perdas de prazo podem ocorrer por dificuldades institucionais de marcação (como quedas de sistema informatizado) ou por ato do segurado (esquecimento, por exemplo).

Minorando os efeitos desse tipo de dinâmica, o art. 309 da Instrução Normativa nº 77/2015 prevê que, se não decorridos mais de 60 dias entre a cessação do benefício anterior e o novo requerimento, o auxílio-doença anterior deverá ser reativado desde a data de cessação nos casos em que a nova perícia constatar a permanência de incapacidade associada à mesma doença verificada pelo INSS na perícia que justificou a concessão anterior.

Se, em qualquer perícia relativa a auxílio-doença, o perito do INSS considerar que o segurado está apto para o trabalho e o segurado discordar dessa avaliação, este poderá fazer, em até 30 dias, um pedido de reconsideração (PR). Em caso de nova negativa administrativa, abre-se a via, por até 30 dias, da interposição de recurso perante a Junta de Recursos.¹⁹ Da decisão da Junta, cabe recurso especial ao Conselho de Recursos do Seguro Social apenas quando os laudos médicos da Assessoria Técnico-Médica da Junta de Recursos não convergem com os laudos médicos da Junta de Recursos.²⁰ Portanto, em qualquer dessas instâncias administrativas, a configuração de incapacidade e a estimativa de duração futura do benefício podem ser reanalisadas.

A decisão do INSS que nega o auxílio-doença a uma pessoa pode ser impugnada judicialmente, não sendo imprescindível o esgotamento da via

19. Conforme art. 305 da Instrução Normativa nº 77/2015 da Presidência do INSS.

20. Conforme art. 538, § 1º, inc. I e art. 540, § 1º, inc. V, ambos da Instrução Normativa nº 77/2015 da Presidência do INSS.

administrativa. Durante um processo judicial, é frequente que o juiz do caso nomeie um médico como perito do Juízo para realizar exame pericial no autor da ação para confirmar ou afastar a alegação de incapacidade laboral. Em caso de um juiz considerar devido o gozo do auxílio-doença, fixará, em sentença, o período de futura fruição do benefício (art. 60, § 8º, da Lei nº 8.213/1991).

3. ANÁLISE ECONÔMICA

3.1 Olhar macroeconômico

Os benefícios previdenciários respondem por significativa parcela da renda das famílias brasileiras. Durante o ano de 2016, 31.585.996 pessoas²¹ fruíram algum benefício do RGPS, o que corresponde a 15,32% da população. Uma estimativa do INSS sugere que esses pagamentos sejam decisivos para que 15,1% das famílias tenham uma renda mensal *per capita* superior a ½ salário mínimo, posicionando-as acima da linha da pobreza.²²

Quanto aos valores aplicados em pagamentos previdenciários do RGPS, se dimensionados em face do Produto Interno Bruto (PIB), vê-se que, em 2009, foram de 247 bilhões de reais (aproximadamente 7,6% de um PIB de 3,239 trilhões). Em 2016, foram 510 milhões em benefícios previdenciários (8,14% do PIB de 6,266 trilhões).²³

21. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Anuário Estatístico da Previdência Social. *Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social*, v. 24. Brasília: MPS/DATAPREV, 2017. Disponível em <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

22. Vide SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA. *Informe de Previdência Social*, Brasília, v. 30, n. 6, jun. 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/10/Informe-de-Previdencia-junho-de-2018.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

23. Foram utilizados os totais apontados no fluxo de caixa consolidado do Fundo do Regime Geral de Previdência Social, conforme Anuários Estatísticos da Previdência Social.

Os recursos destinados ao auxílio-doença têm correspondido a cerca de um vigésimo dos pagamentos feitos no RGPS. Eram 5,09% em 2009²⁴ e 5,52% em 2016.²⁵ Foram 4,34% em 2017.²⁶

Daí a importância da análise de um maior controle sobre os pagamentos feitos em concessões de auxílios-doença: eles atingem uma significativa parcela da população brasileira, têm o potencial de limitar o empobrecimento de quase um sexto das famílias brasileiras gastando cerca de 0,4% do PIB brasileiro.

O patamar de recursos aplicados vem aumentando nominalmente: de R\$ 140.833.000,00 e R\$ 980.076.000,00 pagos, respectivamente, por auxílio-doença acidentário e não acidentário em 2009,²⁷ até os patamares de R\$ 208.942.000,00 e R\$ 1.862.297.000,00 em 2016.²⁸ Trata-se de uma elevação de despesas da ordem de cerca de 84%. Vale registrar que o piso de pagamento de cada auxílio-doença é o salário-mínimo, valor recebido em 2016 por 19.131.974 beneficiários do RGPS (60,57% do total). Por sua vez, entre 2009 e 2016, o salário-mínimo aumentou 89% (de R\$ 465,00 a R\$880,00), o que explica a magnitude da elevação das despesas com o auxílio-doença.

24. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Anuário Estatístico da Previdência Social*. Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social, v. 18. Brasília: MPS/DATAPREV, 2009. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/arquivos/office/3a_111202-105616-011.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.

25. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Anuário Estatístico da Previdência Social*. Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social, v. 23. Brasília: MPS/DATAPREV, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/2018/08/aeps2016.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

26. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Anuário Estatístico da Previdência Social*. Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social, v. 24. Brasília: MPS/DATAPREV, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

27. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Anuário Estatístico da Previdência Social*. Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social, v. 20. Brasília: MPS/DATAPREV, 2011. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/arquivos/office/1a_121023-162858-947.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.

28. Conforme o *Anuário Estatístico da Previdência Social* de 2017, p. 277.

Entre 2009 e 2016, houve aumento também dos quantitativos de auxílios-doença, tanto nos de natureza acidentária (de 140.833 para 143.451) como nos de natureza não acidentária (de 980.076 para 1.486.505).²⁹ O aumento de cerca de 68,76% é bastante superior ao aumento de 4,11% no conjunto dos brasileiros com 15 anos ou mais nesse período. Em 2009, existiam 191.795.854 brasileiros, dos quais 101.110.213 tinham mais de 10 anos e 83.688.762 tinham 15 anos ou mais,³⁰ ao passo que, em 2016, dentre os 206.098.945 brasileiros, 102.604.063 tinham 10 anos ou mais e 87.131.584 tinham 15 anos ou mais.

A população com cobertura previdenciária vem aumentando. Em 2009, apenas 64,6% das mulheres entre 16 e 59 anos estavam cobertas. O número subiu para 73,6% em 2016. A cobertura previdenciária para homens, no mesmo período, variou de 68,9% para 69,7%.³¹

Em 2009, houve 55.877.835 pessoas que tiveram, pelo menos, um vínculo como contribuinte empregado ou uma contribuição paga na qualidade de contribuinte individual, empregado de empresa, empregado doméstico, contribuinte facultativo ou segurado especial, em qualquer mês do ano.³² Em 2016, esse número foi de 66.652.055,³³ aumentando 19,28%. Portanto, o aumento do número de segurados não explica completamente o aumento de 68,76% no número de auxílios-doença no mesmo período.

Como o aumento nas despesas com o benefício não reflete o aumento no número de benefícios concedidos, é possível que o INSS venha diminuindo a duração média deles. Isso pode sugerir uma maior eficiência do INSS, tanto no atendimento como na cessação de benefícios após a retomada da capacidade de segurados. Porém, pode significar também um aumento do

29. Conforme Anuário Estatística da Previdência Social de 2011, p. 267.

30. Dados retirados do Anuário Estatístico de 2011, p. 821-824.

31. SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA. Informe de Previdência Social, Brasília, v. 30, n. 6, jun. 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/10/Informe-de-Previdencia-junho-de-2018.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

32. Anuário Estatístico de 2011, p. 596.

33. Anuário Estatístico de 2017, p. 627.

número de pessoas com períodos de incapacidade intercalados por mais de 60 dias, renovando pedidos de auxílios-doença e obtendo mais de um benefício sucessivo no decorrer do mesmo ano.

3.2 Produtividade e tempos de espera

Quantos dos benefícios concedidos se referem a incapacidade de 120 dias, situação proposta para análise pelo método de Tomada de Decisões em Risco? Uma estimativa pode ser feita com base na publicação, pelo INSS, da quantidade de benefícios por incapacidade cessados, consoante o período de duração. Houve 121.531 auxílios-doença cessados com 4 meses de duração em 2009. O número era de 163.031 em 2016.

As duas alternativas propostas para o INSS seriam a de realização de 1 ou de 4 perícias em cada um desses auxílios-doença. Essa dualidade teria implicado o aumento ou a diminuição de até 489.093 perícias na quantidade global de exames periciais geridos pelo INSS em 2016, o que correspondia a 7,14% dos 6.847.993 exames médico-periciais realizados então.

Sem modificar a quantidade de peritos médicos previdenciários, poderia o INSS realizar 489.093 perícias adicionais sem aumento dos períodos de espera para atendimento?

3.2.1 *Elasticidade restrita da produtividade*

As perícias médicas em segurados feitas no INSS são executadas por peritos médicos previdenciários. Estes, porém, atuam também em funções não relacionadas à da agenda ordinária de perícias em segurados que requerem benefícios previdenciários ao INSS. A auditoria do TCU listou essas funções como “extra-agenda”. E descreveu algumas: a realização de perícias em servidores do INSS e em seus familiares, as perícias admissionais no INSS, as atuações de peritos em denúncias de fraude e em contestações de Nexo Técnico-Epidemiológico Previdenciário, as perícias externas (realizadas em domicílio ou em hospitais), a atuação como assis-

tente técnico da Procuradoria do INSS durante processos judiciais etc. A dimensão desse tipo de trabalho pode ser extraída do relato de que, em 2017, o INSS realizou 6.537.006 perícias médicas e 1.319.519 atividades médico periciais extra-agenda.³⁴

Desde 2012, o INSS internamente estipulou uma meta de realização de 15 perícias diárias para realização durante 6 horas de atendimento ao público, em unidades com funcionamento em regime de turno estendido. É o que estabelece o art. 2º, § 1º, da Portaria Conjunta 8/PRES/DGP/DIRSAT/DIRAT/INSS, de 06 de março de 2012.

Apesar disso, em auditoria sobre as concessões de auxílios-doença, o TCU, considerando um ano abrangendo duzentos dias de trabalho, estimou que cada perito do INSS, em média, realizava 8,5 perícias diárias em 2013.³⁵ Em 2016, os 3.697 peritos médicos realizaram 6.847.993, dos quais 5.896.290 se referiam a auxílios-doença. 43,93% dos peritos (1.624) fizeram entre 11 e 15 perícias. Apenas 90 peritos (2,43% do total) fizeram 16 ou mais perícias, superando o referencial normativo, 788 peritos fizeram uma média diária de 5 perícias ou menos, 1.195 peritos fizeram entre 6 e 10 perícias diariamente.³⁶

Ao fim de 2012, havia 676.395 perícias em estoque,³⁷ ou seja, pendentes de realização. Ao final do ano de 2016, havia 692.890 perícias em esto-

34. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL; INSS. Relatório de Gestão do Exercício de 2017. Brasília, p. 816, mar. 2018. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/acesso_informacao/auditoria/aud_contas_INSS2017/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%202017.pdf. Acesso em: 29 dez. 2018.

35. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 594/2015, Processo TC nº 010.604/2014-6, sessão plenária de 25 mar. 2015.

36. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Relatório nº 201604709: Relatório de Avaliação dos Resultados da Gestão do INSS em 2016. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9708.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

37. Dado constante de apresentação do INSS com resultado das perícias médicas no 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/audiencias-publicas/audiencias-publicas-anteriores/audiencia-2013/audiencia-04.06/apresentacao-1>. Acesso em: 28 dez. 2018.

que,³⁸ tendo o governo federal avaliado existirem 530 mil pessoas fruindo auxílio-doença por mais de 2 anos sem passar por nova perícia do INSS.³⁹

Diante desse cenário, foi editada a Lei nº 13.457/2017, que criou uma parcela adicional de pagamento a médicos peritos previdenciários chamada de Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade (BESP-PMBI). A estratégia legal foi a de incentivar a análise desses benefícios fora do expediente normal dos peritos, mediante o pagamento, por cada perícia extraordinária, de R\$ 60,00 (valor reajustável pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA), afastando-se o pagamento de adicional noturno ou de adicional por hora extra. Esse regime duraria, no máximo, dois anos, contados a partir de 27 de junho de 2017 (data da publicação da lei).

Essas circunstâncias são sugestivas das dificuldades de se implementar rapidamente uma simples elevação do número médio de perícias a cargo de cada perito. É curial recordar que, ainda que possa haver potencial para aumento dessa produtividade, este não é ilimitado, dado que o tempo de realização de perícias não pode ser diminuído continuamente sem que isso acarrete significativo prejuízo para a qualidade dos trabalhos médicos de diagnóstico e de caracterização da incapacidade. O mais provável, portanto, é que a variação da frequência de perícias em segurados não seja absorvível apenas pelo corpo atual de servidores, acarretando aumento ou diminuição de custos.

3.2.2 Estimativa de aumento de tempos de espera

O INSS se utiliza de um indicador chamado Tempo Médio de Espera do Atendimento Agendado de Perícia Médica – TMEA-PM. Seu objetivo é o de aferir o tempo em dias que um cidadão aguarda entre a data de solicitação do

38. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Relatório nº 201604709: Relatório de Avaliação dos Resultados da Gestão do INSS em 2016. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9708.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

39. Conforme item 6 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 767, de 06/01/2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-767-6-janeiro-2017-784167-exposicaoodemotivos-151795-pe.html>. Acesso em: 27 dez. 2018.

agendamento da perícia médica e a data do exame. Em 2013, o TCU considerou que o índice não tomava em conta fatores com aptidão de o distorcer. Por um lado, o TMEA-PM não contemplava o número de situações em que o segurado tentava, sem sucesso, agendar a perícia pela internet ou pelo telefone. Por outro, em 12 das 22 Gerências Executivas do INSS, o TCU considerou haver pelo menos uma Agência de Previdência Social com a agenda fechada, o que inviabilizava a marcação de perícias em datas mais longínquas por cidadãos residentes na área. Aos auditores do TCU, foi explicado que, quando o tempo médio de espera de uma agência fica muito alto, fecha-se a agenda da perícia inicial de forma a obrigar o segurado a procurar outra agência que está com disponibilidade maior de atendimento.⁴⁰

Apesar das limitações, o índice já permite contemplar a variedade de tempos de espera em unidades do INSS em diferentes localidades do Brasil. Em dezembro de 2012, o TMEA-PM na região Sudeste era de 24,8 dias (na Superintendência Regional I, que abrange o estado de São Paulo) e de 26,1 dias (na Superintendência Regional II, relativa a RJ, ES e MG). O índice era de 44,5 dias na Superintendência Regional III (Região Sul), de 38,8 dias na Superintendência Regional IV (Nordeste), e de 36,6 dias na Superintendência Regional V (Norte e Centro-Oeste). A média nacional ficou em 33,3 dias.⁴¹

Em julho de 2015, o tempo de espera médio nacional passou para 24 dias, mas as disparidades regionais persistiam. O TMEA-PM em Salvador era superior a 30 dias. Em Diamantina, era de 12 dias. Em Porto Alegre e em Maceió, eram, respectivamente, de 41 e de 86 dias⁴². A média nacional esteve em 57 dias em janeiro de 2016, em 42 dias em janeiro de 2017 e em

40. Vide Acórdão nº 594/2015 do TCU.

41. Dados constantes de apresentação do INSS com resultado das perícias médicas no 1º trimestre de 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/audiencias-publicas/audiencias-publicas-anteriores/audiencia-2013/audiencia-04.06/apresentacao-1>. Acesso em: 28 dez. 2018.

42. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. Relatório de avaliação da execução de programas de governo. Brasília, n. 59, p. 25-32, ago 2016. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/3807.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2018.

39 dias em janeiro de 2018.⁴³ Em 2017, mais de metade das Agências de Previdência Social teriam realizado tempos médios de espera superiores a 30 dias: isso aconteceu em 602 das 1191.⁴⁴

Diante desse quadro, as alternativas propostas para estudo neste texto (fazer 1 ou 4 perícias em cada auxílio-doença que durou 120 dias) implicam um adicional, em 2016, de 489.093 perícias (7,14% do total de perícias daquele ano). O tempo média de espera pela realização das perícias aumentaria na mesma proporção. Ao invés de uma espera média de 57 dias, ter-se-ia uma de 61,06 dias. Além disso, ter-se-ia um acréscimo de até 70,58% no estoque de perícias, ao fim de 2016.

Um primeiro problema que se coloca é que um tempo de espera de 61 dias simplesmente é incompatível com a realização de perícias a cada 30 dias. Uma solução possível seria estabelecer duas filas para realização de perícia, priorizando-se sempre as perícias de revisão em detrimento de outras perícias, como as de prorrogação de outros benefícios e as de avaliação inicial de requerimento de auxílio-doença. Uma das consequências disso seria o INSS continuar por ainda mais tempo a promover o pagamento de benefícios ativos com perícias de revisão já marcadas e pendentes.

Casos de conclusão pericial favorável ocorreram em 70,56% das vezes no ano de 2016⁴⁵ e, como 365 dias de auxílio-doença em 2016 custaram 2,842 bilhões de reais, 70,56% do valor proporcional a apenas 4 dias resultaria em R\$ 21.978.941,24. Assim, se estima a despesa adicional, não

43. ROCHA, Wilsimara Maciel; COSTA, Bruna Beck da; OLIVEIRA NETO, WALDYR de; VERAS, André Rodrigues. O programa de revisão de benefícios por incapacidade (PRBI). In: SACCARO Junior, Nilo Luiz; ROCHA, Wilsimara Maciel; MATION, Lucas Ferreira (org.). *CMAP 2016 a 2018: estudos e propostas do comitê de monitoramento e avaliação de políticas públicas federais*. Rio de Janeiro: IPEA, 2018. p. 193-196. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/181127_comite_de_monitoramento.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

44. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL; INSS. Relatório de Gestão do Exercício de 2017. Brasília, p. 774, mar. 2018. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/acesso_informacao/auditoria/aud_contas_INSS2017/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%202017.pdf. Acesso em: 29 dez. 2018.

45. Conforme Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017, p. 549.

pretendida, decorrente da quadruplicação de perícias relativas a incapacidades laborais estimáveis em 120 dias.

Por várias razões, o modelo acima adotado simplifica a realidade. Em primeiro lugar, um hipotético aumento do número de perícias seria melhor absorvido em algumas unidades do INSS. Uma consequência provável de uma estratégia de incremento da frequência das perícias médicas seria o acirramento da desigualdade de acesso dos cidadãos a esse serviço consoante o local do país em que residam.

Em segundo lugar, haveria a maior vulnerabilização das pessoas com incapacidade laboral de curta duração. Cada dia a mais de espera colocaria em risco a possibilidade de demonstrar perante o perito do INSS os seus sintomas, aumentando a probabilidade de que já tivessem a capacidade laboral retomada no momento da perícia. Um efeito pernicioso, portanto, seria o indeferimento de benefícios por falta de provas. Tal custo não será tomado em consideração adiante, dada a limitação dos dados disponíveis.

Em terceiro lugar, o ideal seria ter em conta os custos associados à litigiosidade, que torna evidente a existência de situações em que a própria Administração Pública ou o Judiciário reconhecem que a conclusão pericial desfavorável ao segurado deve ser superada. É possível que o aumento do número de perícias aumente também a litigiosidade e o número de perícias que são revertidas posteriormente. O mero aumento de litigiosidade também pode elevar a carga de trabalho de juízes, conselheiros e outros servidores, demandar a contratação de mais pessoas ou gerar um maior atraso dos serviços administrativos e judiciais. Tais consequências colaborariam para elevar os custos de um aumento de perícias para além dos R\$ 21.978.941,24 acima estimados.

3.3 Aumento de perícias e redução de despesas

3.3.1 *Custo médio da mão de obra*

Em rigor, a estimativa do custo de cada perícia administrativa deveria tomar em conta o valor pago aos peritos e o tempo empregado em cada perícia, de-

duzindo o tempo dos peritos gastos nas atividades extra-agenda da razão entre a remuneração média e o número médio de perícias por perito. Por outro lado, seria necessário acrescer o valor gasto na manutenção das estruturas de atendimento, como os sistemas informatizados de marcação e registro de perícias, os gastos de manutenção dos prédios em que são realizadas as perícias e as despesas com os servidores que atendem os segurados antes e depois de cada perícia. Além disso, seria necessário ter em vista as diferentes formas de custear os exames periciais.

Entre os anos de 1997 e 2006, os exames periciais que não tinham natureza especializada ou complementar eram realizados predominantemente em rede conveniada. De acordo com o INSS, foram 936.301 exames desse tipo em 1997, a um custo de R\$ 19.636.001,00. Em 2002, foram 2.326.725 perícias desse tipo, a um custo de R\$ 48.965.188,00. O custo médio de cada perícia era de cerca de R\$ 21,00 por perícia. Considerada a expressão desse valor em janeiro de 1997, em setembro de 2018, ele corresponderia a R\$ 110,63 (atualização pelo Índice Geral de Preços do Mercado – IGPM) ou a R\$ 78,43 (atualização pelo IPCA-E).

Editada a Lei nº 10.876/2004, foi criada a carreira de perito médico previdenciário, o que acarretou a contratação de servidores para ocupar cargos efetivos no INSS. Em novembro de 2018, havia 3.697 pessoas ocupando tais cargos na ativa, sem estarem cedidos a outros órgãos, havendo distribuição desses cargos em jornadas semanais de 20, 30 e 40 horas.

Segundo o Anexo XV da Lei nº 11.907/2009, o vencimento-base dos integrantes dessa carreira em jornada semanal de 30 horas varia entre R\$ 4.744,94 e R\$ 9.688,17. No caso de servidores não cedidos, em efetivo exercício das atribuições do cargo, é acrescida ao vencimento-base a Gratificação de Desempenho de Atividade de Perícia Médica Previdenciária, calculada na proporção de R\$ 55,31 por pontuação atribuída entre 70 e 100, sendo até 80 pontos atribuídos em virtude do desempenho institucional e até 20 pontos em função de avaliação individual.⁴⁶

46. Vide art. 38 da Lei nº 11.907/2009.

A princípio, a formação de um corpo permanente de peritos vinculados ao INSS afastaria o modelo de exames por médicos conveniados. Entretanto, em 2016, houve 82 médicos credenciados realizando perícia médica por força de tutela provisória proferida na Ação Civil Pública nº 5004227-10.2012.404.7200/SC, proposta pelo Ministério Público Federal.⁴⁷ O credenciamento se realizou ao abrigo da Resolução nº 280 INSS/PRES, de 01 de abril de 2013, que prevê o credenciamento excepcional em Agências da Previdência Social onde o TMEA-PM seja superior a 45 dias.

Expostas as múltiplas peculiaridades que definem as despesas com as perícias, procede-se a um recorte simplificador, baseado na proporção entre a remuneração média de um perito que faça a jornada de trabalho intermédia e o número médio de perícias realizadas anualmente.

Uma tabela divulgada pelo Ministério do Planejamento⁴⁸ aponta valores pagos a peritos do INSS em regime de 30 horas semanais desde R\$ 9.169,74, no caso de servidor em início de carreira com gratificação calculada na base de 80 pontos, até R\$ 14.644,29, no caso de servidor com gratificação de 100 pontos paga. Considerando-se a média entre esses dois extremos, situada em R\$ 11.907,01, bem como 12 meses de pagamento regular, décimo-terceiro e adicional de 1/3 de férias, seria possível estimar que o pagamento anual a um perito do INSS rondaria os R\$ 158.760,13. Se admitirmos que cada perito realizará, em média, 1.852,31 perícias anuais (patamar de 2016), então a cada uma delas corresponderá o pagamento aproximado de R\$ 85,70.

3.3.2 Tomada de decisões em risco

Recapitulando, há duas alternativas sob consideração: a realização sistemática de 1 perícia em auxílios-doença com duração estimável inicialmente

47. Conforme Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017, p. 554.

48. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Tabela de Remuneração dos Servidores Públicos Federais Cíveis e dos Ex-Territórios. Brasília, v. 74, n. 1, p. 378-379, jun. 2018. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/tabela_remuneracao/2018/tabela-de-remuneracao-74-janeiro2018.pdf. Acesso em: 27 dez. 2018.

em 120 dias ou a realização de 4 perícias a cada 30 dias em cada benefício. R\$ 85,70 é o preço considerado para cada perícia administrativa e R\$ 21.978.941,24 foi a estimativa de custo para o prolongamento de benefícios ativos em decorrência de uma maior demora para proceder a perícias de revisão solicitadas por segurados. O custo do auxílio-doença será apurado pelo valor mínimo, tomando-se o valor de R\$ 954,00 (salário-mínimo de 2018).

Na primeira alternativa, cada auxílio-doença teria um valor de R\$ 3.816,00, ao qual se devia acrescentar o valor da perícia médica, resultando em R\$ 3.901,70. No universo considerado de 163.031 benefícios com duração de 120 dias, o Valor Monetário Esperado dessa alternativa seria de R\$ 636.098.052,70.

Na segunda alternativa, o custo esperado de cada auxílio-doença corresponderia ao da soma da multiplicação dos estados de natureza pelas probabilidades de ocorrerem. As 4 perícias são fatos sucessivos e dependentes, pois o INSS só realiza a 4ª perícia se a recuperação antecipada não tiver sido constatada por ocasião da 3ª perícia. A esquematização dos estados de natureza obedece à estrutura de uma árvore, procedendo-se ao cálculo dos custos ponderados daqueles associados aos fatos últimos e envolvendo até os fatos iniciais.

Sendo altíssima a confiabilidade da estimativa do perito do INSS e de apenas 1% a chance de recuperação antecipada, segue-se que o custo esperado após a 4ª perícia compreende a soma de 1% do custo adicional em caso de retomada da capacidade laboral e de 99% do custo de pagamento do auxílio-doença por 30 dias. Aqui, o custo para o INSS em caso de retomada da capacidade será considerado zero na falta de dados que permitam estimar o valor da elevação da litigância administrativa e judicial. Por assim ser, as despesas posteriores à 4ª perícia são $(0,01 \times R\$0,00) + (0,99 \times 954,00)$, ou seja, R\$ 944,46.

Os custos posteriores à 3ª perícia, por sua vez, são de 1% de zero somados a 99% dos custos em caso de confirmação da incapacidade laboral: os R\$ 954,00 do benefício gozado entre o 61º e o 90º dia, os R\$ 85,70

da perícia realizada no 91º dia e os R\$ 944,46 das despesas posteriores a essa perícia. Tem-se $0,01 \times R\$ 0,00 + 0,99 (R\$ 954,00 + R\$ 944,46 + R\$ 85,70) = R\$ 1.964,32$.

Os custos posteriores à 2ª perícia são, na mesma linha, equivalentes a $0,01 \times R\$ 0,00 + 0,99 (R\$ 954,00 + R\$ 1.964,32 + R\$ 85,70)$, ou seja, R\$ 2.973,98. Os custos posteriores à 1ª perícia, com base no mesmo raciocínio, são de R\$ 3.973,54. Somando-se a isso o custo da 1ª perícia, tem-se que, para cada auxílio-doença, o valor potencial esperado é de R\$ 4.059,24.

No universo considerado de 163.031 benefícios com duração de 120 dias, o valor potencial atingiria a marca expressiva de R\$ 661.782.190,20. Como a realização de mais perícias gera atraso na cessação de outros benefícios por auxílio-doença, o INSS suportaria também o custo respectivo, de R\$ 21.978.941,24. O Valor Monetário Esperado dessa alternativa seria de R\$ 683.761.131,44.

Em síntese, se a possibilidade de que, a cada perícia, em apenas 1% dos casos se constate a recuperação antecipada, então o aumento da frequência de perícias, quadruplicando-as, terminaria por ser menos vantajoso para os cofres públicos, pois geraria um custo maior de cerca de quarenta e sete milhões de reais.

Entretanto, se a confiabilidade das estimativas dos peritos médicos previdenciários não devesse ser tão elevada, verificando-se em 10% dos casos a recuperação antecipada, então o quadro seria outro. A primeira alternativa ainda teria o Valor Monetário Esperado de R\$ 636.098.052,70.

Porém, a alternativa de quatro perícias a cada 30 dias teria um Valor Monetário de R\$ 551.413.587,22. Os custos potenciais considerados, em cada auxílio-doença, seriam de R\$ 858,60 após a 4ª perícia, de R\$ 1.708,47 após a 3ª perícia, de R\$ 2.473,35 após a 2ª perícia e de R\$ 3.161,75 após a 1ª perícia. A inclusão do valor desta conduziria ao subtotal de R\$ 3.247,45, quantia que multiplicada por 163.031 benefícios resulta em mais de 520 milhões, aos quais devem ser acrescentados os custos de atraso na cessação da generalidade dos auxílios-doença ativos.

4. REFLEXÕES FINAIS

4.1 Enunciados propositivos

A análise dos impactos da frequência de perícias médicas pode ser melhor executada futuramente com a compilação de alguns grupos de dados adicionais.

Primeiro, seria ideal que o INSS promovesse o acompanhamento, compilação e divulgação pública de dados desagregados (sem identificação individualizada dos titulares de benefícios), classificados por doença e por período de duração de auxílio-doença, com indicação do número médio de perícias realizadas por benefício em determinado ano. O próprio INSS pode se beneficiar do estabelecimento de séries de tempos de duração de benefício, identificando quais doenças apresentam perfil de incapacidade mais homogêneo e com durações mais frequentemente próximas da média.

Depois, há a questão da tradução em preços de um aumento da frequência da litigância administrativa e judicial derivada de eventual aumento de contato (e atrito) entre o administrado e a Administração Pública. Para viabilizá-la, recomenda-se fazer o levantamento do percentual de vezes em que as conclusões periciais desfavoráveis aos segurados são reconsideradas na esfera administrativa ou judicial, bem como qual é o custo do prolongamento desse reconhecimento de incapacidade.

Recomenda-se ainda a adoção de metodologia apta a isolar o conjunto de benefícios por incapacidade de longa duração, identificando em que percentual seu prolongamento decorreu da demora nos tempos de espera de perícias de revisão, quantos se prolongaram por reiterada conclusão administrativa no sentido de que, de fato, a incapacidade persistia, e quantos se prolongaram em situações fronteiriças e polêmicas, com significativa quantidade de reconsideração (administrativa ou judicial) de conclusões periciais anteriores. Dados como esses permitem uma compreensão mais aprofundada do quão mais definitivas e confiáveis são as conclusões periciais em um dado período estudado.

Há que se destacar também a importância do acompanhamento da proporção entre o número de perícias, o número de pessoas que se dirige às Agências de Previdência Social e o número de atendimentos que o INSS realiza. O registro do nível de absenteísmo de peritos médicos previdenciários e de servidores do INSS, em geral, também pode indicar se há correlação entre elevação no número de perícias e estresse ou licenças de saúde. Tais fatores podem afetar a produtividade dos peritos existentes, seja por implicar a diminuição da força de trabalho existente, seja por implicar o aumento de trabalho (por exemplo, o aumento de perícias “extra-agenda” em servidores licenciados).

Por fim, vislumbra-se a utilidade de uma métrica que avalie diferentes custos que diferentes alternativas utilizadas pelo INSS possam impor aos segurados. São aqui relevantes o custo de deslocamento de segurados à Agência de Previdência Social em que se realizam as suas perícias. Destaca-se também o número de vezes que os peritos do INSS consideram pertinentes exames clínicos, laboratoriais e de imagem ou prova de tratamento psiquiátrico ou fisioterápico. A estipulação, ainda que informal, de documentos comprobatórios de incapacidade pode levar ao aumento de demanda por serviços de saúde públicos e privados, desejáveis quando tendentes a facilitar o processo curativo. Em qualquer caso, uma elevação de custos gerados para segurados pode gerar resultados indesejáveis, como a negativa de auxílios-doença a pessoas sem acesso a tratamento de saúde.

4.2 Conclusão

Uma política que altera o número de perícias médicas afeta pessoas com incapacidade laboral e, como já visto, esse fenômeno vulnerabiliza mais grupos que outros, de acordo com o acesso existente a educação, alimentação, serviços de saúde, e também de acordo com a renda familiar e o *status* do emprego exercido. A espera pelo recebimento de um auxílio-doença, a seu turno, pode ser afetado por desigualdades regionais, tais como o fato de

existirem maiores tempos de espera pela realização de perícias (TMEA-PM) em alguns lugares que em outros.

Embora a literatura tenha identificado diversos fatores aptos a gerar o aumento de despesas com auxílios-doença, tais como a saúde de uma população, o aumento da população com cobertura previdenciária e o aumento das idades de aposentação, percebe-se, nesse trabalho, que também o número de perícias pode afetar a capacidade do INSS identificar situações de recuperação antecipada. Nesse sentido, esse é um fator que impacta também na despesa.

Porém, nem sempre. A Tomada de Decisões em Incerteza tornou claro que, mesmo sem considerar custos associados à litigância agravada e ao aumento de carga de trabalho difusa no INSS, a quadruplicação de perícias em um subconjunto dos auxílios-doença se revela antieconômica se o grau de confiança na estimativa pericial for suficientemente alto. Ademais, o aumento de perícias acarreta perda da produtividade da autarquia, elevando o estoque de perícias por realizar e os tempos de espera pela perícia. Se o grau de confiança na estimativa não é elevado, o aumento da frequência de perícias pode permitir um acompanhamento que, detectando recuperações antecipadas, evite maiores gastos e, do ponto de vista financeiro, compense.

As normas jurídicas atuais não proíbem a variação do número de perícias, exceto no caso das aposentadorias por invalidez, que são bienais por força do Decreto nº 3.048/1999. Como se cuida de decisão administrativa que não põe em risco diretamente os direitos humanos assegurados em tratados internacionais e as disposições constitucionais, cabe ao INSS avaliar a conveniência de o fazer. Nessa análise, embora a componente financeira seja relevante, deve-se evitar uma gestão que insira na própria estrutura do programa a desconfiança dos segurados como princípio reitor ou a exclusiva valorização da questão financeira. Para além de estabilizar o consumo das famílias e de influir nos custos de mão de obra e salário, a existência e modo de concessão do auxílio-doença reafirmam um compromisso da comunidade contra a precariedade e o isolamento. E essa vivência cívica e comunitária, tal como muitas outras coisas na vida, não têm preço.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVILA, Róber Iturriet. Construção do homo economicus e a sua necessária desconstrução. *Ensaios FEE*, v. 35, n. 2, p. 309-335, 2014. Disponível em: <https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2614>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999.
- CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Relatório nº 201604709: Relatório de Avaliação dos Resultados da Gestão do INSS em 2016. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9708.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson, 2016. Disponível em: http://www.econ.jku.at/t3/staff/winterebmer/teaching/law_economics/ss19/6th_edition.pdf. Acesso em: 03 jan. 2019.
- DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? *The journal of legal studies*, v. 9, n. 2, p. 191-226, 1980.
- FALK, Armin; SZECH, Nora. Morals and markets. *Science*, v. 340, n. 6133, p. 707-711, 2013.
- GLOVER, Jonathan (org.). *Utilitarianism and its critics*. Nova Iorque: Macmillan: 1990.
- GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2000.
- GUIMARÃES, Leonardo José Rolim. Evolução recente da concessão de auxílio-doença pelo INSS. In: SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA. Informe de Previdência Social. Brasília, v. 23, n. 6, p. 3-10, jun. 2011. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_110630-143327-662.pdf. Acesso em: 02 jan. 2018.
- MANKIW, Nicholas Gregory. *Principles of microeconomics*. 5. ed. Boston: Cengage Learning, 2009.
- MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. Relatório de avaliação da execução de programas de governo. Brasília, n. 59, ago. 2016. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/3807.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2018.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL; INSS. Relatório de Gestão do Exercício de 2017. Brasília, p. 816, mar. 2018. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/acesso_informacao/auditoria/aud_contas_INSS2017/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%202017.pdf. Acesso em: 29 dez. 2018.
- MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Tabela de Remuneração dos Servidores Públicos Federais Cíveis e dos Ex-Territórios. Brasília, v. 74, n. 1, p. 378-379, jun. 2018. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/tabela_remuneracao/2018/tabela-de-remuneracao-74-janeiro2018.pdf. Acesso em: 27 dez. 2018.

- MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Anuário Estatístico da Previdência Social. *Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social*, v. 18. Brasília: MPS/DATAPREV, 2009. Disponível em https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/arquivos/office/3a_111202-105616-011.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.
- MORA, Mônica. Auxílio-doença: contribuição para um diagnóstico. *Boletim de Conjuntura do Ipea*, Brasília, n. 77, p. 89-100, set 2007.
- PEREIRA, Antonio Gualberto; AFONSO, Luís Eduardo. *O desenho dos planos de previdência afeta a escolha de planos de previdência?: evidências sobre inscrição automática e plano livre de risco*. 3º Encontro Brasileiro de Economia e Finanças Comportamentais, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18900>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- POSNER, Richard Allen. Utilitarianism, economics and legal theory. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 1, p. 103-140, jan. 1979.
- ROCHA, Wilsimara Maciel; COSTA, Bruna Beck da; OLIVEIRA NETO, WALDYR de; VERAS, André Rodrigues. O programa de revisão de benefícios por incapacidade (PRBI). In: SACCARO Junior, Nilo Luiz; ROCHA, Wilsimara Maciel; MATION, Lucas Ferreira (org.). *CMAF 2016 a 2018: estudos e propostas do comitê de monitoramento e avaliação de políticas públicas federais*. Rio de Janeiro: IPEA, 2018. p. 193-196. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/181127_comite_de_monitoramento.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.
- SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Tradução por Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 8-10.
- SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA. Informe de Previdência Social, Brasília, v. 30, n. 6, jun. 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/10/Informe-de-Previdencia-junho-de-2018.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Auditoria Operacional: concessão e manutenção dos benefícios do auxílio-doença. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, 2010. Disponível em: <https://peritomed.files.wordpress.com/2010/09/relatorio-tcu.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. Tradução Nuno Valadas. Lisboa: Presença, 1999.

A judicialização do direito à saúde

Caroline Medeiros e Silva

1. INTRODUÇÃO

Um dos aspectos que mais chama atenção no âmbito da Justiça Federal hoje é o crescimento da litigiosidade em matéria de saúde. A razão pode ser extraída da própria Constituição Federal e na forma como o direito e acesso à saúde foi ali idealizado.

A garantia à saúde é um dos doze direitos sociais previstos no artigo 6º da Magna Carta. A ele foi destinada uma seção inteira no título VIII da ordem social, mais especificamente no capítulo II da seguridade social. Sua complexidade advém não apenas da própria administração da prestação do serviço, centralizada no Sistema Único de Saúde (SUS) com responsabilidade compartilhada entre União, Estados e Municípios, como também do caráter programático como a norma foi redigida, genérica e sempre visando deferir o máximo de direito, porém delegando sua efe-

tiva implementação ao que viria a ser definido “na forma da lei”.¹ À falta dela, o Judiciário, provocado pela sociedade, que acreditou na concessão do direito via Magna Carta, passou a deferi-lo e, para tal, definir parâmetros que caberiam ao Legislativo e, especialmente, ao Executivo deliberar através de políticas públicas. Com isso, estabeleceu-se uma judicialização generalizada das atividades do poder público em torno da matéria. Os conflitos e enfrentamentos que se buscou evitar durante os trabalhos da Constituinte acabaram por se perpetuar em ações judiciais, patrocinadas pela abertura do texto constitucional.

O presente artigo visa, portanto, examinar as decisões judiciais sobre o tema de distribuição de medicamentos, voltando-se para análise econômica do direito mediante uso de instrumentos analíticos e raciocínio econômico para aferição da eficiência na obtenção, por via judicial, do bem maior traçado na Constituição Federal, qual seja, o acesso à saúde, pelo que passa o exame da alocação eficiente de recursos públicos em tais programas, e o impacto que as decisões judiciais têm sobre o orçamento destinado ao setor. O objetivo da análise econômica aqui proposta é, justamente, verificar a repercussão do intervencionismo judicial sobre o acesso à saúde – e seu eventual potencial de incentivo à litigiosidade – em comparação às escolhas feitas através de políticas públicas, e se estas têm de fato atuado em prol de maximizar o bem-estar social, o que, em caso positivo, reduziria a demanda judicial. A proposta de ponderação de valores que envolvem o tema – dignidade da pessoa humana, reserva do possível, mínimo existencial, entre outros – a partir de critérios econômicos, que examinam o custo

1. Vide, a título de exemplo, os artigos 196 e 197, que inauguram o capítulo destinado à saúde:

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

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

das decisões e escolhas públicas, permite alcançar a melhor interpretação da lei, entendendo por tal aquela que melhor assegura a *ratio assendi* que justificou sua criação, sem se afastar dos custos – no sentido econômico – individuais e sociais que a mesma impõe. Por custos, tem-se não apenas o aspecto financeiro, mas também de eficiência na obtenção do direito, e sua repercussão sobre o aparelho estatal, administrativo e judiciário. O escopo, ao fim e ao cabo, não é outro que racionalizar tais escolhas e decisões em matéria de saúde, tornando-as o mais próximo da realidade da sociedade, de modo a otimizar o acesso ao direito, e evitar consequências involuntárias e indesejáveis, como decisões não cumpridas, desorganização do orçamento e do aparato estatais, e atendimento individualizado de demandas em detrimento e prejuízo de toda coletividade.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA QUESTÃO EXAMINADA: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS PARÂMETROS

A judicialização da saúde é um reflexo direto da “promessa” constitucional de universalização dos serviços prestados naquela área. Exemplo disso foi o fim da restrição à prestação daquele serviço no âmbito público apenas àqueles que contribuíssem para Previdência Social. Para tanto, foi traçada uma complexa rede de financiamento, com competências repartidas entre os três entes estatais, União, Estado e Município, que dificulta de tal modo atribuir a responsabilização pelo fornecimento do serviço ou medicamento. Chegou-se até a criar uma jurisprudência pela qual os três entes tem legitimidade para integrar o polo passivo de qualquer demanda que envolva pleitos dessa natureza.²

2. Por todos, vide o enunciado 43 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro: “A União é parte legítima nas demandas que visem assegurar o direito às prestações do Siste-

Neste contexto, decisões judiciais que deferem serviços de saúde ou medicamentos têm um papel singular no agravamento deste conflito de competências, ao impor uma superposição de esforços, seja no custeio dos

ma Único de Saúde – SUS.” Cabe destacar, porém, que não se trata de litisconsórcio passivo necessário, ou seja, justamente movido pela ideia de facilitar o acesso ao direito fundamental, a jurisprudência que se formou nos Tribunais Superiores foi no sentido da solidariedade entre os 3 entes públicos na obrigação de fornecer medicamentos, de modo que a propositura contra qualquer deles torna eficaz a pretensão. Vide o **tema 793 do STF, julgado em 23/05/2019** (Recurso Extraordinário – RE nº 855.178), no qual foi fixada a seguinte tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.”

Na mesma linha, já havia se posicionado o STJ em julgamento de repetitivo de 2014, quando fez referência ao entendimento do STF:

“PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC.

1. O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado o por obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. Precedentes do STJ.
2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que ‘o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, **podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos**, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios’, e ‘o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional’, razão por que ‘o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida’ (RE 607.381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011).
Caso concreto
3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido negou o chamamento ao processo da União, o que está em sintonia com o entendimento aqui fixado.
4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (REsp 1203244/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014)”

serviços, seja mesmo nas defesas processuais simultâneas por cada um dos entes públicos. Mais que isso: a sobreposição de competências cria uma dificuldade à parte na execução das decisões judiciais, por não se saber claramente quem seria o responsável pelo cumprimento da decisão.

Indiretamente, a dita sobreposição é patrocinada pela Constituição Federal ao dispor sobre a competência concorrente para legislar sobre a matéria entre os 3 entes da federação, cabendo à União as normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, legislação suplementar (art. 24, § 2º) e aos Municípios, assuntos de interesse local (art. 30, incs. I e II). Ainda, a formulação de políticas de saúde é estabelecida como competência comum entre os três entes federativos (art. 23, inc. II) criando maior dificuldade na implementação.

A Lei nº 8.080/90 buscou esclarecer o âmbito de atuação de cada ente federativo justamente para assegurar a efetividade do sistema imaginado na Constituição Federal, e, para tanto, regulamentou o SUS, que centraliza a execução de ações nesta área. Aparte da amplitude da atuação do SUS,³ a lei buscou dividir as competências entre Ministério da

3. Vide, por todos, a título de exemplo, os princípios e diretrizes previstos no art. 7º da lei:

“Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I. universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II. integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III. preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV. igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V. direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI. divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII. utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII. participação da comunidade;
- IX. descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

Saúde (para o âmbito federal) e Secretarias de Saúde, estaduais e municipais, deferindo ao âmbito federal a atribuição de formular políticas públicas (art. 16); ao Estado, a tarefa de controle na execução daquelas políticas (art. 17) e aos Municípios, a execução propriamente dita (art. 18), inclusive no que tange à distribuição de medicamentos (art. 7º, inc. IX). Esta é uma estruturação resumida e simplificada, haja vista que, em determinadas circunstâncias, as competências, notadamente de controle e execução, confundem-se, como se lê na lei. Vide, a título de exemplo, a missão executiva de Estados e União, que é admitida, ainda que apenas de modo supletivo.

Existe, também, o aspecto do financiamento do sistema, descrito nos arts. 34 e 35 da lei, que prevê transferência de recursos da Seguridade Social para o Fundo Nacional de Saúde e, deste, para fundos locais, tornando certa a responsabilidade comum pelo custeio da saúde, ainda que a obrigação seja pontualmente atribuída a um único ente federado – em regra, ao Município.

Embora possa parecer simples tal distribuição, quando aplicada à realidade, o que se tem é a sobreposição de atuações, agravada por alegações de ilegitimidade, o que, por vezes, enseja o risco de execução em duplicidade.

Especificamente quanto a medicamentos, merece menção, ainda, a Portaria nº 3.916/98, que instituiu a Política Nacional de Medicamentos baseando-se no sistema de formulação de listas nos diferentes âmbitos

-
- X. integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
 - XI. conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
 - XII. capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
 - XIII. organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
 - XIV. organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)”

federativos: à União, cabe a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME); aos Estados, a definição da lista de medicamentos de caráter excepcional,⁴ com a consequente aquisição e distribuição, que conta, na execução, também com a participação da União; e aos Municípios, a formulação da lista de medicamentos essenciais,⁵ a seu cargo, tudo com base na RENAME. Todas as listas sofrem atualizações constantes, mediante indicação de inclusão de medicamentos por órgãos técnicos.

Doutrinariamente, são propostas balizas visando ao atendimento do direito constitucional com o mínimo de intervenção judicial. Tal seria a hipótese, nas ações individuais, em que fossem deferidos apenas medicamentos já constantes em listas oficiais como o RENAME.⁶ As ações coletivas, por seu turno, propostas prioritariamente pelo Ministério Público, poderiam buscar a eventual ampliação das listas oficiais, com a inclusão de medicamentos com eficácia comprovada (excluindo experimentais),⁷

4. Por definição, tais medicamentos devem apresentar 3 características: atender a patologias específicas, que alcançam número limitado de enfermos e têm alto custo, tudo de modo a afastá-los dos medicamentos essenciais a cargo do ente municipal. Seria o caso de medicamentos para transplantados, epiléticos, doenças genéticas, esclerose múltipla, esquizofrenia e hepatite viral. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, existe, ainda, um programa paralelo conhecido como Farmácia Popular, na qual se pode adquirir medicamentos e insumos, como fraldas, a preços módicos, desde que se comprove ter mais de 60 anos, moradia em determinada região e apresente receita médica da rede pública com nome genérico da medicação.

5. Seriam os medicamentos mais simples e de menor custo, sempre acessíveis a toda população e voltados para sua saúde prioritária. A escolha do produto se baseia em critérios de relevância para a saúde pública e custo-efetividade. No âmbito do Rio de Janeiro, tais medicamentos estão contidos na lista REMUME (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais).

6. Note-se que a proposta não é despida de eficácia, pois, algumas vezes, por falta hodierna de verbas, os estoques não são repostos, ensejando a necessidade de ingresso com ação judicial, apenas para regularizar o fornecimento do produto ao paciente já cadastrado em programas assistenciais públicos. Em outras oportunidades, é fornecido o medicamento constante da lista ainda que requerido outro com a mesma finalidade, quando não comprovada a ineficácia daquele que integra a lista de medicamentos dispensados gratuitamente e que constitui a opção de política pública.

7. De certo modo, esta sugestão da doutrina acabou por ser encampada pelo STJ, ao impor como requisito ao deferimento de medicamento extraordinário que o mesmo esteja registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o que, automaticamente, afasta os medi-

que fossem disponíveis no Brasil, e dando ênfase aos genéricos,⁸ tudo, justamente, de modo a atentar para o menor custo da medicação. Note-se que, aparte da eventual pouca participação das ações coletivas neste quadro, por vezes, a busca judicial constante de determinada medicação provoca a atuação dos próprios órgãos técnicos do Executivo, responsáveis pela colaboração na formulação das listas oficiais, de modo a sugerir a inclusão de determinada medicação.⁹

A jurisprudência dos Tribunais, por sua vez, vem buscando assentar premissas que permitam a atuação judicial de modo coordenado e racional. E é sobre o exame dessas balizas jurisprudenciais que este estudo pretende se debruçar.

O primeiro deles, e talvez mais importante por seu pioneirismo, foi aquele traçado no Agravo Regimental de Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de 24/11/2000: ali foram feitas ponderações e lançadas premissas atinentes à reserva do possível, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, todos princípios aplicados nas decisões judiciais que versam sobre distribuição de medicamentos e direito à saúde.

A reserva do possível, por exemplo, é princípio que se relaciona à limitação orçamentária, sendo empregada para tratar das necessidades sociais em confronto com necessidades individuais relacionadas a fornecimento de medicamentos de alto custo, quando, então, o atendimento de uma demanda específica, além de quebrar o equilíbrio financeiro orçamentário, impõe tratamento anti-isonômico, por privilegiar um doente em detrimento de vários outros, além da desorganização das políticas públicas traçadas pelo Executivo, que terão de redesignar verbas no in-

camientos alternativos. Vide Recurso Especial nº 1.657.156, julgado como repetitivo com efeito vinculante (tema 106).

8. Previsto na Lei nº 6.360/1976, genérico é o medicamento similar àquele de referência (de “marca” patentado), podendo ser por ele substituído e produzido após decurso de prazo de proteção patentária.

9. Como exemplo, temos o caso cuja inclusão no RENAME foi sugerida pelo CONITEC, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

tuito de cumprir as decisões judiciais. Ou seja, trata do confronto entre recursos limitados *versus* demandas ilimitadas. Este princípio, porém, tal como concebido originalmente pelo Tribunal Constitucional Alemão, é flexibilizado e mesmo afastado em casos de confronto com o princípio da dignidade da pessoa humana, relacionado à prestação estatal que vise concretizar direito fundamental.

Neste mesmo contexto, vem o princípio do mínimo existencial, também muito mencionado nos votos desta natureza. No voto do Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE nº 566.471 que tratou da concessão de medicamentos de alto custo, o princípio restou relacionado à imprescindibilidade do medicamento requerido e à incapacidade econômica do requerente para adquiri-lo. Entendeu o Ministro que a imprescindibilidade estaria configurada a partir do confronto entre o estado de saúde grave do paciente com a necessidade da medicação de alto custo ausente nos programas de dispensação gratuita, sendo aquele o único meio para assegurar a melhora da qualidade de vida e sobrevida do paciente demandante.

Esta é uma mera introdução às discussões judiciais a partir dos elementos expostos na lei. Nas linhas a seguir, nos debruçaremos sobre os casos mais recentes decididos pelas Cortes Superiores, em especial ante a seu efeito vinculante sobre tribunais de todo o país.

3. EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

3.1 Limites fixados para a concessão de medicamentos por via judicial: STF e STJ

A partir do julgamento do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175, o STF firmou seu entendimento acerca

dos limites que o Judiciário deveria observar para deferimento de medicamentos em geral, e, a partir dos princípios já tratados de reserva do possível e mínimo existencial, fixou as bases para concessão excepcional de medicamentos específicos não dispensados hodiernamente pela administração. Ali restou consignado que *obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS*, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. E conjugando os 2 princípios com sede constitucional já mencionados, estabeleceu que o deferimento pelo Judiciário de medicamento extraordinário – tido por tal aquele que não consta das listas oficiais de dispensação gratuita também aqui já tratadas – deve ficar restrito a hipóteses de rara e especial excepcionalidade:

- a) quando a enfermidade do paciente não for tratada pelo SUS, ou;
- b) quando o tratamento/medicamento disponibilizado pelo SUS não tiver eficácia comprovada no caso concreto.

Caso a doença em tela não se incluía nestas hipóteses, pelo fato do SUS disponibilizar gratuitamente outros medicamentos para o tratamento da enfermidade, não haveria que se falar em deferimento pelo Judiciário, sob pena de prejudicar o acesso universal e isonômico à saúde. E isto porque a opção pelo medicamento listado pelo Estado leva em consideração outros fatores, tal como o custo, além da eficácia comprovada e a maior incidência sobre patologias tratadas, de modo a beneficiar a maior parte da população.

Com isso, a Suprema Corte buscou privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida no tratamento individualizado, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Mais recentemente, o STJ veio a complementar tal entendimento através do julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156,¹⁰ originado de caso do Rio de Janeiro, no qual firmou tese através do tema 106, acrescentando mais 3 requisitos para concessão de medicamentos não incorporados por atos normativos nas listas oficiais: a prova de hipossuficiência econômica que inviabilize a aquisição do medicamento; o registro do medicamento na ANVISA; e comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. Ou seja, o STJ ratificou os requisitos já fixados pelo STF, no que tange à prova de ineficácia do tratamento dispensado pelo SUS, e incluiu 2 novos, relativo à capacidade financeira do requerente e ao registro do medicamento na ANVISA, afastando, assim, o fornecimento de fármacos cuja eficácia não tenha sido atestada por órgãos de controle.¹¹

10. “Em que pese tratar de medicamento excepcional, a origem do processo é do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois apenas o Estado do Rio foi integrado ao polo passivo pela DPE (Defensoria Pública do Estado). O processo se iniciou em 2014 na 1ª Vara Cível de Nilópolis, passou pela 4ª Câmara Cível, e, hoje, após o julgamento do Recurso Especial, encontra-se para remessa ao STF por força de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado. A autora é portadora de glaucoma e pretende a concessão de colírios não previstos nas listas oficiais de dispensação de medicamentos. Processo originário do Tribunal de Justiça nº 0015099-09.2014.8.19.0036.”

11. “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.
2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo,

Fixada a tese, o STJ se viu ainda às voltas com duas questões: a primeira, relativa ao marco temporal de aplicabilidade do seu entendimento vinculante, notadamente quanto à exigência de cumulação de requisitos, pelo que, em sede de embargos, decidiu-se que a tese seria aplicável apenas a processos distribuídos após 04 de maio de 2018, data da publicação do acórdão originário que fixou a tese.¹²

com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. **Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106).** Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei nº 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.
4. **TESE PARA FINS DO ART. Nº 1.036 DO CPC/2015.** A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a **presença cumulativa dos seguintes requisitos:** (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.
5. Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (STJ, REsp nº 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018).”
12. Para aqueles distribuídos antes e pendentes de julgamento, aplicar-se-ia a jurisprudência até então vigente, ou seja, exigir-se-ia apenas prova de imprescindibilidade do medicamento, sem qualquer exigência quanto aos outros dois requisitos cumulados:

“PROCESSUAL CIVIL. ART. 494, I, DO CPC/2015. CORREÇÃO DE INEXATIDÃO MATERIAL. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO REPETITIVO.

1. O inciso I do art. 494 do CPC/2015 possibilita ao julgador a correção de ofício de eventuais inexactidões materiais no *decisum*.
2. No caso dos autos, a fim de evitar dúvidas, impõe-se a alteração do termo inicial da modulação dos efeitos.
3. Ante o exposto, de ofício, altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos, do presente recurso especial repetitivo, para a data da publicação do acórdão embargado (04/05/2018).

TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

A segunda questão, mais complexa, teve sua origem na exigência de registro do medicamento requerido na ANVISA – de modo a extirpar tratamentos alternativos e experimentais sem reconhecimento científico comprovado¹³ – por levantar a questão dos medicamentos *off-label*, ou seja, para uso fora daqueles prescritos em bula.

Como se verá no tópico seguinte, a questão acabou chegando também ao STF, mas ainda no âmbito do próprio STJ, a matéria acabou sendo tratada distintamente entre Turmas de Direito Público e Direito Privado justamente com base nas diferenças legislativas, em especial quanto àquelas que regem o sistema público de saúde e os limites de atuação do Estado.

3.2 Possibilidade de concessão de medicamentos para uso *off-label*: turmas de direito público versus direito privado do STJ

No âmbito do direito privado, as turmas¹⁴ destacaram a relação consumerista entre plano de saúde e contratante, entendendo abusiva a limitação posta na lei de Planos de saúde – Lei nº 9.656/98 – que, em seu art. 10, permite a negativa de tratamento clínico ou cirúrgico experimental. Neste caso, de direito privado, o STJ deu ênfase à manifestação do médico que acompa-

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 04/05/2018. (EDcl no REsp 1.657.156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018).”

13. Entende-se por tratamento experimental, conforme definição posta na Resolução Normativa da ANS nº 338/2013, todo aquele que não possui as indicações descritas na bula ou manual registrado na ANS.

14. Vide, por todos, o acórdão relacionado ao Recurso Especial nº 1.729.566-SP, julgado em outubro de 2018.

nha o paciente de modo que autorizar a exclusão, *a priori*, do tratamento, ao fundamento de que não há indicações na bula, constituiria ingerência inaceitável na ciência médica em prejuízo exclusivo do enfermo, o que violaria a relação contratual e consumerista, colocando-o em situação de desvantagem exagerada (art. 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor – CDC). Portanto, o mencionado art. 10 da Lei dos Planos de saúde não atuaria para fins de exclusão de prestação de medicamentos *off-label*, até porque, de acordo com a interpretação dada pelo Tribunal a este dispositivo, a sua restrição se volta apenas para hipóteses de medicamentos que não atendam às normas de controle sanitário ou que não tenha tido sua eficácia reconhecida pela comunidade científica.¹⁵

Mais que isso: no *leading case* das turmas de direito privado, julgado em outubro do mesmo ano, restou definido, claramente, que o uso *off-label* de medicamentos, tal como definido pelo Conselho Federal de Medicina,¹⁶ justifica-se em situações excepcionais, em que haja evidências científicas para uso não indicado na bula, não cabendo à prestadora de serviço de saúde se eximir do seu fornecimento.¹⁷

15. Vide Recurso Especial nº 1.769.557/CE, Terceira Turma, Ministra Nancy Andrighi, publicado em 21 de novembro de 2018. Existe, ainda, caso anterior originado da mesma Terceira Turma, e julgado em 28/08/2018, ou seja, depois do julgamento do caso das Turmas de Direito Público, que se deu em maio de 2018, no qual a mesma ministra já esclarecia que “A operadora de plano de saúde não pode negar o fornecimento de tratamento prescrito pelo médico, sob o pretexto de que a sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label)” (Recurso Especial 1.721.705-SP), se valendo, mais uma vez, da Lei dos Planos de Saúde, art. 10, como argumento.

16. Ou seja, “o medicamento/material médico é usado em não conformidade com as orientações da bula, incluindo a administração de formulações extemporâneas ou de doses elaboradas a partir de especialidades farmacêuticas registradas; indicações e posologias não usuais; administração do medicamento por via diferente da preconizada; administração em faixas etárias para as quais o medicamento não foi testado; e indicação terapêutica diferente da aprovada para o medicamento/material”.

17. Neste *leading case*, julgado um mês antes, em 30 de outubro de 2018, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, foi ainda destacado que o mencionado art. 10, inciso I, da lei dos planos de saúde não poderia ser interpretado sem atentar para o artigo 7º, *caput* da Lei nº 12.842/13 que reserva, ao Conselho Federal de Medicina, a regulamentação do que seriam os ditos tratamentos experimentais. (Recurso Especial nº 1.729.566-SP, Quarta Turma.)

Importante notar que neste julgado restou claro que “uso off-label não se confunde com ausência de registro na ANVISA”; ao revés, o medicamento tem de estar registrado na ANVISA e submetido ao Sistema Nacional de Farmacovigilância, apenas não restando aprovado para determinada terapia. É o que se extrai do julgado ao fazer menção expressa ao enunciado 15 das Jornadas de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).¹⁸

Entrementes, nas Turmas de Direito Público, a questão enveredou pelo uso, até seu registro na ANVISA. Ou seja, não bastaria o registro do medicamento na agência regulatória; para que o medicamento possa ser fornecido pelo SUS, o uso que se pretende fazer dele também tem de estar registrado na ANVISA. O argumento invocado foi legalista, com base no art. 19-T da Lei nº 8.080/90¹⁹, lei que rege o SUS, advertindo que o registro seria medida protetiva do usuário do sistema de saúde, notadamente quanto à qualidade, efetividade e segurança.²⁰ Com isso, se restringiu o fornecimento no âmbito do SUS a casos em que a eficácia da medicação é reconhecida pelo órgão de controle, afastando usos alternativos para outras doenças que não aquelas reconhecidas na AN-

18. As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

19. “Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I. o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico **experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária** – ANVISA;

II. a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, **sem registro na ANVISA.**”

20. Em sede de embargos, foi invocado, ainda, o art. 21 do Decreto nº 8.077/13 pelo qual a ANVISA autoriza, por meio não definitivo que demanda aprovação, determinado uso de medicamento para além de hipóteses listadas na bula. Neste caso, o uso autorizado pela ANVISA também autorizaria o fornecimento do medicamento pelo SUS, ainda que a autorização seja precária para aquele uso.

VISA.²¹ Note-se que o julgamento foi em maio,²² ou seja, antes dos casos julgados pelas Turmas de Direito Privado, cujo julgamento mais remoto verificado remonta a agosto.

Atente-se para o fato de que a discussão remete aos registros de usos na ANVISA, e não do medicamento em si, haja vista que aquele é sempre exigido, seja no âmbito público ou privado. Vide, por todos, o tema 990 também do STJ.²³

21. “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. TEMA 106. OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS.

ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO. VEDAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA USO OFF-LABEL.

1. Nos termos do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão-de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.
 2. Não cabe ao STJ definir os elementos constantes do laudo médico a ser apresentado pela parte autora. Incumbe ao julgador nas instâncias ordinárias, no caso concreto, verificar se as informações constantes do laudo médico são suficientes à formação de seu convencimento.
 3. Da mesma forma, cabe ao julgador avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento.
 4. A pretensão de inserir requisito diverso dos fixados no acórdão embargado para a concessão de medicamento não é possível na via dos aclaratórios, pois revela-se como mero inconformismo e busca de rejuízo da matéria.
 5. No caso dos autos, faz-se necessário tão somente esclarecer que o requisito do registro na ANVISA afasta a possibilidade de fornecimento de medicamento para uso *off-label*, salvo caso autorizado pela ANVISA. 6. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes, para esclarecer que onde se lê: ‘existência de registro na ANVISA do medicamento’, leia-se: **‘existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.’**
22. Ainda que os embargos, que deram origem aos adendos aqui tratados quanto ao registro dos usos, tenha sido julgado apenas em 12 de setembro de 2018.
23. “As operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”, fixado no julgamento do REsp nº 1.712.163-SP em 26 de novembro de 2018, em caso no qual se perquiria sobre o fornecimento do medicamento Harvoni para tratamento de hepatite C junto à Amil e Itauseg. Também envolveu o exame do caso do REsp nº 1.726.563, no qual a Amil Assistência Médica Internacional S.A. se recusou a co-

Percebe-se, assim, a adoção de uma postura mais restritiva do Tribunal superior quando se trata de dispensação gratuita de medicamentos, em comparação com o mesmo expediente que venha a ser custeado por plano de saúde privado. A razão, embora não explícita – e separada da relação contratual de índole consumerista que se estabelece entre plano de saúde e contratante –, é justamente que, no caso das turmas de direito público, estar-se-ia a lidar com orçamentos públicos voltados a atender às necessidades de toda a coletividade e independentemente de contrapartida financeira. Mais uma vez, tem-se a questão da reserva do possível incidindo na hipótese.

Note que esta interpretação restritiva já é um reflexo da evolução jurisprudencial daquele Tribunal Superior. A título de comparação, trazemos um caso de 8 anos antes, julgado em 2010, ainda pelo Ministro Luiz Fux, então como integrante do STJ, no qual foi deferido medicamento para uso *off-label* – paciente com doença diversa daquela para o qual era indicado o medicamento – mediante mera prova de hipossuficiência. O fundamento então usado foi de que não basta deferir o tratamento, mas este tem de ser o mais adequado e eficaz – ainda que, no caso concreto, houvesse dúvida quanto à eficiência do produto no combate à doença. Importante destacar que este era um caso em que se envolvia o fornecimento, ainda, de medicamento de alto custo,²⁴ um

brir despesas com tratamento de câncer de pâncreas à base dos medicamentos Gencitabina e Nab-Paclitaxel (Abraxane).

24. “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não ‘qualquer tratamento’, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.
2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real

de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

3. Sobre o tema não dissente, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine, conforme noticiado no Informativo 579 do STF, 15 a 19 de março de 2010, *in verbis*: ‘Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde.
1. O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem à jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. Alegava a agravante que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no polo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde pública. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde.
2. Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF nº 45 MC/DF (DJU de 29/04/2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a de-

cisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE nº 195192/RS, DJU de 31/03/2000 e RE nº 255627/RS, DJU de 23/02/2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE nº 566471/RN (DJE de 07/12/2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal nº 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo.

Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública. Asseverou-se que a correção, ou não, desse posicionamento, não seria passível de ampla cognição nos estritos limites do juízo de contracautela. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde.

3. De igual modo, reputou-se que as alegações concernentes à ilegitimidade passiva da União, à violação de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à descon sideração da lei do SUS não seriam passíveis de ampla deliberação no juízo do pedido de suspensão, por constituírem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejara a tutela antecipada. Aduziu, ademais, que, ante a natureza excepcional do pedido de contracautela, a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso, tendo o pedido formulado, neste ponto, nítida natureza de recurso, o que contrário ao entendimento fixado pela Corte no sentido de ser inviável o pedido de suspensão como sucedâneo recursal. Afastaram-se, da mesma forma, os argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, haja vista que a decisão agravada teria consignado, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não seria suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público. Por fim, julgou-se improcedente a alegação de temor de que esta decisão constituiria precedente negativo ao poder público, com a possibilidade de resultar no denominado efeito multiplicador, em razão de a análise de decisões dessa natureza dever ser feita caso a caso, tendo em conta todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.' (STA 175 AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17/03/2010.)
4. *Last but not least*, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido

outro tema a ser tratado pelo próprio STF separadamente nos autos do Recurso Extraordinário nº 566.471 (tema 6).

Esclarecidos os termos em que o STJ entende a questão do registro do medicamento na ANVISA, passemos ao exame do mesmo requisito e sua interpretação dada pela Suprema Corte do país.

3.3 O requisito do registro na ANVISA examinado pelo STF

Em 22 de maio de 2019, o STF finalizou o julgamento do Re nº 657.718/MG, com repercussão geral, iniciado 3 anos antes, em 15 de setembro de 2016, e firmou o entendimento padrão de que, como regra, o Estado não é obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na ANVISA.

de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente.

5. Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal: ‘(...) Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo, supostamente necessário à dispensação do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão da medida liminar às fls.79 (...)’ fl. 312 6. *In casu*, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual instituiu Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27.
7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame ‘pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)’ realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado ‘positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV’ (fl. 26).
8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento.” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS nº 24.197/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010).

O julgamento se iniciou com o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, negando provimento, em um primeiro momento, ao recurso que buscava a concessão do medicamento, com base em 3 argumentos essenciais: o art. 12 da Lei nº 6.360/76, que impõe o registro²⁵ no Ministério da Saúde como condição para industrialização, comercialização e importação do medicamento; o fato do registro ser condição para que a ANVISA monitore a segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto; e o fato do Estado não estar obrigado a fornecer medicamento sem prova de eficácia ou com substituto com a mesma eficácia e menor custo.²⁶

Em seguida, votou o Ministro Barroso, dando parcial provimento ao recurso, para determinar o fornecimento do medicamento, considerando

25. No aditamento ao voto, o Ministro esclareceu que a formalidade legal é atendida com a mera manifestação da ANVISA, à luz da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 8/2014 da mesma agência que prevê autorização específica do órgão para “autorizar a importação de medicamentos constantes na lista de medicamentos liberados em caráter excepcional destinados unicamente ao uso hospitalar ou sob prescrição médica, cuja importação esteja vinculada a uma determinada entidade hospitalar e/ou entidade civil representativa ligadas à área de saúde, para seu uso exclusivo, não se destinando à revenda ou ao comércio”. Como a mesma resolução prevê critérios para inclusão de fármacos na lista de importados, uma vez constante nesta lista, presumir-se-ia o cumprimento da exigência legal de controle pela ANVISA. O caso era justamente de importação de medicação às expensas do erário.

26. Com o pedido de vista do Ministro Barroso, o relator *aditou seu voto* para propor a votação da seguinte tese: “o Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na ANVISA, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem”. E acabou por mudar o sentido de seu voto, considerando que o caso em tela era de importação e o medicamento vindicado tinha registro em seu país de origem e cumpria as exigências da RDC nº 8/2014 para importação excepcional de medicação, dentre elas, não haver similar em território nacional. De acordo com a resolução mencionada, as exigências para inclusão de remédios na lista de importação em caráter excepcional são cumulativas e seriam:

- a) indisponibilidade do medicamento no mercado brasileiro;
- b) ausência de opção terapêutica para a indicação pleiteada;
- c) comprovação de eficácia e segurança do medicamento por meio de literatura técnico-científica indexada;
- d) comprovação de que o medicamento apresenta registro no país onde está sendo comercializado, na forma farmacêutica, com via de administração, concentração e indicação terapêutica requerida.

que, no curso da ação, ele foi registrado na ANVISA e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita.

Teceu, porém, algumas considerações “partindo da regra geral de que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA”. A partir desta premissa, seu voto foi cindido em dois sentidos: o primeiro, extremo, destacando que medicamentos experimentais sem comprovação científica estão fora do âmbito de concessão judicial; o segundo se atendo aos medicamentos não registrados na ANVISA mas com eficácia comprovada, os quais seriam passíveis de concessão judicial desde que comprovada mora de mais de um ano da parte da ANVISA para apreciar o pedido de registro. Neste caso, o Ministro destacou que o fármaco teria de atender a 3 requisitos cumulativos: “pedido de registro no Brasil; registro do medicamento em agências renomadas e inexistência de substituto terapêutico em território nacional”.²⁷

O Ministro Edson Fachin também deu integral provimento ao recurso, para que o medicamento fosse imediatamente entregue à parte autora, valendo-se, entre outros argumentos, do fato do fármaco já haver sido integrado à lista de dispensação gratuita do SUS. Em seu voto, porém, ingressou na questão de política regulatória e seu controle pelo Poder Judiciário, “de modo que a única justificativa para a intervenção judicial em conceder um medicamento não registrado seria nos casos de descumprimento dos parâmetros daquela política”.²⁸

27. Como o deferimento do pedido nestes casos pressuporia a mora da ANVISA, *as ações deveriam ser propostas, necessariamente, com a integração do polo passivo pela União* (recaindo a competência, por consequência, justamente na Justiça federal).

28. Neste caso, o Poder Judiciário, ao atuar, deveria realizar o controle do ato da ANVISA, em não registrar a medicação, sob 4 aspectos não cumulativos:

- “a) controle de legalidade, vale dizer, não deve haver erro manifesto na aplicação da lei nem pode existir abuso de poder;
- b) controle da motivação, ou seja, aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a Administração Pública;
- c) controle da instrução probatória da política pública regulatória, isto é, exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e

Com o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, e seu subsequente falecimento em 2017, o julgamento ficou suspenso até 2019, com a recente manifestação final da Corte, por maioria, no sentido de que “não cabe fornecimento de medicamento, por via judicial, experimental ou sem registro na ANVISA, ressalvadas as exceções apresentadas pelo Ministro Barroso” (tais como a inexistência de substituto terapêutico e a existência de registro em agências estrangeiras de renome).

A partir do voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que acompanhou o Ministro Barroso, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 19-T da Lei nº 8.080/90 (que justamente veda uso de recursos públicos para aquisição de medicamento experimental ou não autorizado pela ANVISA), formou-se uma maioria em torno do provimento parcial do recurso,²⁹ de modo a fixar a tese exposta no *tema 500* nos seguintes termos:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
 - (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e

d) controle da resposta em tempo razoável, o que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível.” (CRFB/1988, art. 5º, LXXXVIII).

29. Votaram com o Ministro Barroso os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Edson Fachin, ficando vencidos o relator original, Ministro Marco Aurélio e o Ministro Dias Toffoli, que negavam provimento ao recurso.

- (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Em todos os votos, porém, o que se percebeu foi uma “nítida preocupação de ordem econômica com decisões judiciais concessivas de tais medicamentos” – em regra, de alto custo – face o orçamento estatal e planejamento de políticas públicas, sopesando o direito de acesso à saúde individual *versus* o direito coletivo, face à arrecadação estatal, seu orçamento e sua destinação à saúde feita através de políticas públicas, sob pena de “transmutar-se universalidade em seletividade”, pois aqueles que obtêm uma decisão judicial favorável a tal concessão acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada.³⁰

Esta preocupação de cunho econômico, que passa pelo exame do mínimo existencial *versus* a reserva do possível – no que toca às limitações orçamentárias do Estado – parece ser a linha de entendimento que será adotada em outro julgamento, do RE nº 566.471-6/RN, que trata especificamente de concessão de medicamentos de alto custo e onde será definido o *tema 6* acerca da matéria.

3.4 A repercussão geral de medicamentos de alto custo.

O conceito nos tribunais superiores de medicamentos de alto custo. A obrigatoriedade de manter medicamento de alto custo em estoque (RE 429.903)

Finalmente, chegamos à questão dos medicamentos de alto custo, que re-trata, de modo mais contundente, a repercussão econômica das decisões judiciais em políticas públicas a ponto de sua repercussão geral já haver

30. Parte final extraída do voto do Ministro Alexandre de Moraes.

sido reconhecida pelo STF, desde 2007, por meio do julgamento do RE nº 566.471/RN, pautado para julgamento final em 13 de junho de 2019.³¹

O julgamento da matéria foi iniciado em 2016 com o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, negando provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Norte, por entender que o Estado pode ser obrigado a fornecer, por decisão judicial, medicamento de alto custo desde que comprovada a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do requerente. Definiu o requisito da imprescindibilidade como sendo a demonstração de adequação do tratamento pretendido e sua necessidade, ante a impossibilidade de substituição do fármaco e impossibilidade financeira do requerente para sua aquisição.³²

Como se vê, em que pese o paradigma destacar o aspecto do custeio, a discussão ali travada vai muito além, de modo a alcançar mesmo a discussão acerca de limites à entrega de tratamentos médicos não incorporados pelo SUS, independentemente de seu custo. Isso é o que se extrai dos votos já proferidos nas sessões de 15 de setembro de 2016 e 28 de setembro de 2016, nas quais se destaca a discussão acerca da própria extensão do dever do Estado em assegurar acesso à saúde, especificamente quanto à obrigação de entregar remédio/tratamento demandado individualmente, o que perpassa também pelo recente julgamento do STF sobre concessão de medicamentos não registrados na ANVISA e o entendimento ali fixado sobre a excepcionalidade de tal possibilidade.

31. E onde fixado o último tema sobre a matéria: “O dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.” (*tema 6*).

32. Na ocasião, apresentou a seguinte proposta de tese a ser votada em Plenário: “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.”

Em seu voto-vista, proferido na sessão seguinte, o Ministro Barroso também negou provimento ao recurso do Estado, mas enfatizou a judicialização excessiva em torno da matéria, destacando “não ser o Poder Judiciário a instância adequada para definição de políticas públicas de saúde”, fato renitente ante a profusão de decisões deferindo a concessão de medicamentos extraordinários, com toda a repercussão econômica para o orçamento estatal, inclusive bloqueio via BACENJUD de valores para cumprimento de tais decisões. Destacou o Ministro em seu voto a importância dos estudos técnicos empreendidos por órgãos próprios como o CONITEC³³ e dividiu os casos em duas espécies: aqueles em que a demanda judicial visa a medicamentos já incorporados à lista do SUS, e os de medicamentos não incorporados. No primeiro caso, não haveria dúvidas sobre a legitimidade da atuação do Judiciário, pois estaria apenas efetivando políticas públicas já definidas pelo Estado através do SUS: neste caso, caberia apenas a prova da necessidade do medicamento e da prévia tentativa de obtenção na via administrativa.

A segunda espécie, porém, seria a mais complexa, pois envolveria a intervenção, ainda que por via transversa, do Poder Judiciário em políticas públicas a cargo do Poder Executivo, ao deferir a concessão de medicamentos não incorporados, inclusive de alto custo. Neste caso, “o Ministro definiu como regra que o Estado não está obrigado a fornecer o produto”.³⁴

O Ministro propôs, então, 5 requisitos cumulativos que deveriam ser observados na hipótese, excepcional, de concessão de tais medicamentos não incorporados à lista do SUS:

33. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, órgão criado pela Lei nº 12.401/11 e dentre cujas funções estaria opinar sobre o ingresso de medicamentos na lista de dispensação gratuita do SUS, a partir de critérios técnicos de custo-benefício. Nos casos de ações propostas em face da União as manifestações técnicas de tal órgão são juntadas, como justificativa para a não incorporação do medicamento pretendido, e indicação de substitutivo farmacológico já incorporado.

34. Enfatizando a questão da reserva do possível, o Ministro destacou em seu voto: “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas.”

- i. incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
- ii. demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
- iii. inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- iv. comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências;
- v. propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.³⁵

Neste sentido, o Ministro Barroso propôs nova tese, distinta daquela apresentada pelo relator, com a seguinte redação: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos.”

O Ministro Fachin, por seu turno, deu parcial provimento ao recurso por entender que, inobstante haja direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, tais demandas que envolvam medicamento ou tratamento não incorporados devem ser articuladas por meio de ação coletiva, de modo a conferir máxima eficácia ao requisito da universalidade

35. O Ministro enfatizou, por fim, a necessidade de diálogo do Poder Judiciário com as áreas técnicas de saúde que definem políticas públicas (Núcleos de Apoio Técnico – NATs e CONITEC), seja para a verificação da presença dos requisitos cumulativos por ele propostos, seja para aferição sobre a possibilidade de incorporação do medicamento à lista do SUS.

Na prática, nas ações que tramitam na Justiça Federal – em face da União, portanto –, os juízos de 1ª instância, antes mesmo de decidirem acerca de pedido liminar, já intimam os NATs sobre a pertinência do medicamento requerido para o tratamento da doença e sua eventual incorporação ao SUS. Em suas manifestações, o NAT se pronuncia não apenas sobre tais questões, mas também sobre a existência de registro na ANVISA para o medicamento, eventual uso *off-label* e sobre a existência de terapias substitutivas já incorporadas ao SUS, enfatizando a questão do custo-benefício. As manifestações do CONITEC são encaminhadas, como regra, com a defesa da União, e enfatizam as razões pelas quais o medicamento não foi incorporado, dando ênfase ao custo-benefício que determinou a incorporação de seu substitutivo.

que rege o direito à saúde. Neste sentido, a prestação individual deve ser excepcional até por demandar ampla produção de prova que comprove que a opção eventual existente na rede pública se mostra ineficaz para o tratamento no caso concreto, ao mesmo tempo em que demonstre que a opção vindicada é segura.³⁶

Tal como no caso do registro da ANVISA, o julgamento restou suspenso por pedido de vista do falecido Ministro Teori e deve ser retomado apenas em 23 de outubro de 2019, ante a apresentação de petição na véspera do julgamento marcado para 13 de junho.

De todo modo, o que se extrai de ambos os julgamentos, tanto no caso do registro da ANVISA já encerrado, como neste último sobre medicamento de alto custo, é uma preocupação latente da Suprema Corte do país com a crescente judicialização da saúde, buscando, de modo a coibi-la, fixar requisitos cumulativos para tornar excepcional a própria viabilidade de tais ações judiciais. Esta é uma estratégia que já se podia extrair dos julgados do STJ, onde fixados critérios cumulativos para a dispensação de medicamentos não incorporados ao SUS, tudo de modo a limitar a intervenção do Judiciário em políticas públicas nesta área, ainda que por via indireta.

36. Na sequência, o Ministro apresentou os 5 requisitos que, no seu entender, deveriam estar presentes para que houvesse a excepcional concessão de medicamento na via judicial, notadamente por meio de demanda individual:

- 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública;
- 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública;
- 3) preferencial designação do medicamento pela DCB e, em não havendo a DCB, a DCI;
- 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/tratamento dispensado na rede pública;
- 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

4. CONCLUSÃO

A partir do exame da jurisprudência aqui colacionada, pode-se concluir que os reflexos econômicos da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas atinentes a medicamentos vêm se apresentando como a pedra de toque a nortear as decisões daqueles Tribunais, notadamente no que tange aos limites de atuação do Judiciário a fim de assegurar o direito constitucionalmente previsto.

Neste sentido, especificamente quanto a limites orçamentários, cumpre destacar o ideal da “reserva do possível”, o qual não pode ser afastado mesmo diante de direitos com *status* constitucional, pois todas as demandas, e em especial aquelas que envolvem direitos sociais, possuem um custo. Esta é a lição que se extrai da doutrina estrangeira mais vanguardista nesta seara.³⁷

O desafio, portanto, está em assegurar a “boa convivência” entre os princípios básicos aqui destacados ao longo do texto, ponderando tais limitações de recursos públicos com a própria ideia do mínimo existencial, o qual não tem como ser olvidado sempre que se trata de tais direitos fundamentais, por ser os gastos com saúde e vida prioritários para a Administração Pública, dentro de um Estado Democrático de Direito, impactando diretamente na aplicação da teoria da Reserva do Possível.

Nesta perspectiva, também seria desejável que a Administração Pública comprovasse a impossibilidade de realização da medida pleiteada, expondo

37. Vide, por todos, Sustain, mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175:

“Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que *todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’*” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999). (grifos nossos)

os prejuízos orçamentários decorrentes de sua adoção.³⁸ A busca de comprovação da melhor escolha em torno da política pública adotada, notadamente quanto aos custos envolvidos *versus* o benefício pretendido com a opção individualizada na ação judicial, corrobora a participação, cada vez mais ativa, de órgãos técnicos como NAT (Núcleo de Apoio Técnico a demandas de Saúde) e CONITEC na tomada de decisões judiciais, aspecto também destacado pelo Ministro Barroso em seu voto no RE nº 566.471/RN, cujo julgamento final foi adiado para outubro de 2019.

Percebe-se, ainda, uma progressiva evolução no emprego do referido princípio da reserva do possível, pois, embora originalmente ele apenas tenha sido invocado em casos em que a prestação de saúde pretendida fosse extraordinária – ou seja, quando o tratamento requerido não fosse fornecido pelo SUS –, hoje, além deste requisito, também necessária se faz a prova de sua imprescindibilidade, ou seja, de que o tratamento extraordinário é praticamente a única solução para o estado de saúde do requerente. A evolução na forma de emprego do princípio é mais uma sinalização na direção de que as decisões judiciais que impliquem alteração/modificação de tais políticas públicas de saúde devem se tornar cada vez mais raras, em apoio a legitimação das decisões tomadas pela Administração Pública em torno da matéria.

38. Vide o Agravo Regimental no REsp nº 1107511 RS 2008/0265338-9 de relatoria do Ministro Herman Benjamin:

“ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.
2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, *mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.*”

Seguindo na linha da evolução jurisprudencial, novas questões também surgem a partir da ênfase dada à reserva do possível nas decisões mais atuais como, por exemplo, a questão da prova de hipossuficiência econômica exigida como requisito cumulativo pelo STJ a partir do tema 106 recém-editado: qual seria o meio de prova de tal requisito e se seria oponível, para tal finalidade, prova de tratamento no SUS como meio de demonstração da hipossuficiência econômica necessária ao deferimento.

Aparte dos novos questionamentos que começam a surgir, podemos, porém, concluir que a tendência da Suprema Corte brasileira, desde o *leading case* STA nº 175, é no sentido de ratificar as opções feitas pelo Poder Executivo, dentro da percepção de que a Administração Pública adota critérios plausíveis quando incorpora um medicamento à listagem daqueles que serão gratuitamente distribuídos, sendo inviável ignorar tais parâmetros a fim de satisfazer a demanda de uma pessoa isoladamente. Com isso, corrobora a percepção, ainda que por via transversa, de que medicamentos ou tratamentos em desconformidade com o protocolo do SUS devem ser vistos com cautela, pois tendem a contrariar consenso firmado por órgãos técnicos da Administração. Mais do que isso: a gestão do SUS, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Com esta opção hermenêutica, o STF busca, em última análise, legitimar cada vez mais as políticas públicas, atentando para os limites de atuação judicial e para o próprio princípio da separação de poderes que norteia a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Tal percepção é fortalecida por estudos sobre o tema que abordam a questão da análise econômica do direito, em que se conclui que o benefício obtido com a distribuição direta de medicamentos a pretexto de assegurar acesso à saúde é menor do que aquele que se obtém com políticas públicas indiretas, como saneamento básico e fornecimento de água potável, ante

seu caráter preventivo, com alcance maior a custos menores. A situação é agravada pela falta de conhecimento técnico na opção por tal ou qual medicamento, o que também se busca ilidir com a participação, ainda que meramente consultiva, de órgãos técnicos do Executivo, como o NAT, em cujas manifestações nos processos são fornecidas informações, tais como a indicação médica do remédio pleiteado, seu registro na ANVISA, e a justificativa para a opção estatal pela escolha de outro substitutivo que não aquele pretendido na ação, o que, em regra, passa, justamente, pela relação de custo-benefício.

Os mesmos estudos apontam que a intervenção contínua do Judiciário na distribuição de medicamentos a pretexto de assegurar o acesso à saúde previsto constitucionalmente apoiada em uma abordagem individualista de problemas sociais, sem a preocupação com a alocação de recursos públicos e os reflexos orçamentários para a efetivação de políticas públicas que ficam a cargo do Poder Executivo, também traz como consequência o aumento da desigualdade social, pois o acesso qualificado ao Judiciário pressupõe conhecimento de direitos, condições financeiras (pelos custos judiciais do processo), e acesso a advogados, ou seja, alcança litigantes de nível social superior, em prejuízo aos mais pobres, para os quais a distribuição gratuita de medicamentos é a única opção viável. Também para evitar a perpetuação desta conclusão, as decisões judiciais paradigmáticas aqui examinadas, notadamente da lavra STJ e STF, passaram a exigir a comprovação de hipossuficiência econômica, conforme já visto.

Segundo dados do Ministério da Saúde divulgados na internet, até 2016, o governo federal já havia cumprido 16,3 mil decisões sobre fornecimento de medicamentos, e, entre 2010 a 2015, houve aumento de 727% nos gastos referentes à judicialização dos pleitos por medicamentos. As decisões das cortes superiores, portanto, espelham a preocupação com essa crescente judicialização da matéria e sua clara repercussão econômica no orçamento dos entes públicos que, não poucas vezes, ficam sem estoques

para compor a própria lista oficial do SUS, obrigando por vezes o cidadão a ingressar com ações apenas para obter o que já consta do RENAME.³⁹

Assim, ainda que não se possa saber de antemão qual será o entendimento da Suprema Corte em relação ao último debate travado em torno da matéria e atinente a medicamentos de alto custo (tema 6 do STF), o que repercutirá diretamente na análise econômica de tais demandas, já é possível concluir, pelo histórico dos acórdãos do STF, confirmados pelas últimas teses fixadas, que existe uma clara preocupação em se tutelar o direito à saúde, como corolário do bem maior que é a vida, da forma mais eficiente possível a fim de dar concretude ao art. 196, mas sem se apartar da preocupação latente com os gastos públicos daí advindos. Com efeito, as decisões judiciais reiteram que é dever do Estado (*latu sensu*) assegurar prestações de saúde, o que se extrai da norma constitucional, com *status* de direito fundamental, mas que este direito é de todos, de modo que o reconhecimento daquele em uma demanda individualizada não pode vir a obstar, pelos gastos públicos ali assumidos, o exercício do mesmo direito a toda sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *RDE*, v. 3, n. 32, 2006.

39. No que toca à exequibilidade de tais decisões, importante notar que o STJ, em decisão de abril de 2017, admitiu, expressamente, a imposição de multa diária cominatória (*astreintes*) face a ente público, não havendo justificativa para mitigar o instrumento processual, em especial em se tratando de direito à saúde, sob pena de ser subvertida a garantia fundamental com previsão constitucional e ensejando a aprovação do tema 98 do STJ [*Possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros (publicado 22/06/2017)*]. Assim, o descumprimento da decisão judicial, por qualquer razão que seja, torna ainda mais gravosa e custosa a decisão individual exarada.

- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GAURI, Varun. Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries. *World Development*, v. 32, n. 3, p. 465, 2004.
- GOUVEA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, v. 370, p. 108, 2003.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown, 1992.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. *In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (org.). Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social. *Revista de Direito Social*, v. 5, n. 20, p. 58, 2005.

Não existe saúde grátis

Caroline Somesom Tauk

1. INTRODUÇÃO

Portadora de hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), a artesã D.R.T.C. obteve, em 2014, uma decisão judicial que lhe permitia receber o medicamento Soliris® (princípio ativo Eculizumabe), que custava 1,5 milhão por ano, conhecido como o fármaco mais caro do mundo e até então não registrado pela ANVISA. Em 2017, seu tratamento foi suspenso por decisão judicial, sob o fundamento de que “deve prevalecer o interesse coletivo sobre o particular, pois tamanha lesão à saúde pública, sem dúvida, coloca o sistema em colapso, acarretando grave risco de morte à maioria dos pacientes atendidos pelo SUS”.¹ É justo que D.R.T.C. fique sem tratamento em razão da lesão à saúde pública?

As disputas judiciais movidas por particulares em face dos entes federativos pleiteando a concessão de medicamentos não constantes das listas

1. Caso que tramitou na 13ª Vara Federal do Distrito Federal e foi objeto de matéria jornalística publicada em 24 abr. 2017. Disponível em: <https://blog.abramge.com.br/saude-em-geral/artesana-fica-sem-remedio-que-custa-r-15-milhao-por-decisao-judicial/>. Acesso em: 10 jan. 2019.

elaboradas pelo Poder Público ou para uso fora dos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDT) envolvem escassez de recursos públicos, controvérsias sobre a fixação de prioridades em saúde e questões de justiça distributiva. Representam, portanto, casos difíceis, que causam efeitos que transcendem a disputa entre os litigantes e repercutem em toda a população usuária do SUS, gerando as *externalidades*, na linguagem econômica.

A repercussão do julgamento para a sociedade exige que se trabalhe com métodos que vão além da dogmática jurídica tradicional e que admitam incorporar as consequências da decisão ao raciocínio jurídico. A resolução desses casos exige que se considerem elementos de ordem extrajurídica, como os econômicos, que permitirão prever e analisar os efeitos gerados pelo litígio.

As decisões proferidas em resposta à chamada judicialização da saúde, em geral, não se debruçam sobre a alocação de recursos públicos de forma justa para satisfazer as necessidades de saúde de toda a população, litigante ou não, isto é, sobre como estabelecer prioridades diante de um quadro de escassez. Por isso é tão importante a atenção ao planejamento e ao uso eficiente dos recursos públicos, evitando desperdícios.

No entanto, o debate sobre o uso eficiente de recursos para a saúde pública sofre resistência, tanto pelo litigante autor, quanto pelos demais juristas. É que um dos marcos da CRFB/1988, inovando em relação às anteriores, foi a consagração do direito fundamental à saúde entre os direitos sociais, aproximando-se do constitucionalismo democrático-social vigente a partir do fim da II Guerra Mundial. Firme na crença do poder transformador da Constituição brasileira, acredita-se que as autoridades escondem a sua falta de vontade ou incompetência para prover o direito à saúde por trás do argumento da escassez de recursos. Esse discurso, no entanto, é questionável, já que, ainda que inexistentes as práticas acima, não há sistema de saúde que possa prover todas as prestações necessitadas por todas as pessoas.

Propomos, então, uma discussão sob outra ótica, sem prejuízo da adoção das medidas para combater a incompetência, a má gestão e a corrupção

dos administradores públicos. A junção da tradição jurídica com a tradição econômica buscada pela escola da AED pode auxiliar na racionalização do processo decisório, na tentativa de alcançar a tutela jurisdicional justa e eficiente. Portanto, interessa-nos estudar como aquela escola pode trazer contribuições para a concretização do direito à saúde. Iniciamos listando algumas causas que constituem *incentivos* à excessiva litigância no âmbito das ações de saúde (que representam *preços implícitos*). Em seguida, tratamos das consequências (ou *externalidades negativas*) da judicialização e seus efeitos sobre a eficiência do sistema de saúde. Na conclusão, trazemos algumas propostas.

2. DECIDINDO NO MUNDO REAL: PREMISSAS DA AED

O Direito e a Economia são disciplinas mais próximas do que se imagina. À primeira vista, sobressaem as diferenças entre as metodologias de ambos: “Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica.”² No entanto, acadêmicos norte-americanos, sobretudo a partir do início da década de 1960, empenhados em modificar o pensamento jurídico e oferecer novos discursos sobre o Direito e o processo decisório, enxergavam, para além das diferenças entre as duas disciplinas, grande utilidade na aplicação dos conhecimentos da Economia às normas e institutos jurídicos.³

2. SALAMA, Mayerhof Bruno. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

3. No entanto, apesar de essa ser a concepção mais abordada sobre o histórico da AED, há quem diga que o movimento de adoção da AED é mais antigo e remonta à Oliver Wendel Holmes. No capítulo escrito sobre o Histórico da AED na *Enciclopedia of Law and Economics*, Erjan Machaay ressalta que Holmes, em 1897, já dizia que o estudo racional do Direito, no futuro, pertencia aos

O termo *Law and Economics*,⁴ conhecido na literatura nacional como AED (Análise Econômica do Direito), consiste, segundo Richard Posner, na “aplicação das teorias e métodos empíricos da Economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.⁵

A AED possui um aspecto descritivo que utiliza a teoria microeconômica para auxiliar na demonstração das consequências das normas e decisões no mundo concreto, com a aplicação do raciocínio empírico da Economia, bem como possui um aspecto prescritivo (ou normativo), que estuda de que forma a justiça se relaciona como a busca pela eficiência.

Este último aspecto enseja reflexões sobre a eficiência. A primeira é de ordem conceitual: eficiência não possui um conceito uniforme. Para os fins do nosso trabalho, que utiliza os fundamentos da AED como premissas para analisar os litígios de saúde, é desnecessário estudar todos os critérios de eficiência estabelecidos pela economia clássica.⁶ Utilizaremos eficiência como maximização de ganhos e minimização de custos, significando que “um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”.⁷ A segunda é um questionamento complexo: de que modo a noção de eficiência é útil ao Direito? Uma decisão que busque resultados eficientes é uma decisão justa?

experts em estatística e aos mestres da Economia. Cf. MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: *Encyclopedia of law and economics*, v. 1, 2000, p. 65-117.

4. Bastante representativas do início dos trabalhos de *Law and Economics* são as obras de Ronald Coase (COASE, Ronald. The problem of social costs. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, out. 1960) e de Guido Calabresi (CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961). As ideias receberam novo impulso com Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 1973), um dos fundadores da Escola de Chicago.

5. POSNER, Richard Alien. The economic approach to law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, p. 757-782.

6. Assim como os critérios da eficiência de Kaldor-Hicks e da eficiência de Pareto. Para uma leitura aprofundada sobre a relação entre Direito e Economia, ver PORTO, Antônio José Maristrello (org.); SAMPAIO, Patrícia (org.). *Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

7. SALAMA, Mayerhof Bruno. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

Para Richard Posner, a eficiência não é um critério absoluto a orientar a aplicação do Direito, embora possa ser um dos critérios a ser utilizado. Esta compreensão decorre de sua abordagem pragmatista por meio do *everyday pragmatism* (ou pragmatismo cotidiano), tema longo que merece aqui apenas breve observação para contextualizar a resposta. Em síntese, o pragmatismo defende a análise das proposições por suas consequências; a descrença em conceitos e critérios tidos como certos e imutáveis, como até mesmo o critério da eficiência, e o recurso a diversas teorias para a compreensão adequada do Direito, assim como a necessidade de conformidade deste com necessidades humanas e sociais.⁸

Em razão disso, o juiz pode utilizar a análise econômica como um método para verificar a relação entre a decisão e a demonstração de seus resultados. A análise econômica é, para Posner, apenas mais uma ferramenta à disposição do juiz, dentre tantas outras possíveis, para a busca das melhores consequências ao decidir, tais como as próprias normas e os precedentes, além de informações que lhe sejam passadas pelos advogados e sua própria experiência.

A relação entre princípios de justiça e a análise da eficiência foi vista por Guido Calabresi de uma forma um pouco distinta da de Posner. Calabresi e seus colegas da Universidade de Yale, trazendo ideias redistributivas e igualitárias, sustentavam que os princípios de justiça deveriam estar presentes na análise da eficiência. Logo, ao regular as atividades, como a implementação de uma política pública, o Direito não deve se utilizar de critérios autônomos apenas de eficiência nem apenas de justiça. Em primeiro lugar, a norma deve ser justa e, em segundo, deve contribuir para a redução dos custos sociais.⁹

8. POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law. *Southern California Law Review*, v. 63, n. 1653, p. 1660.

9. CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven, CT: Yale University, 1970, p. 24. Conclui o autor ao tratar da responsabilidade civil em acidentes de trânsito: "First, it must be just or fair; second, it must reduce the costs of accidents."

As breves considerações sobre Posner e Calabresi visam apenas demonstrar que a escola da AED se preocupa com princípios de justiça, embora o tema seja divergente entre os autores. Para o objeto deste trabalho, interessa-nos a síntese do professor Bruno Salama sobre a relação entre justiça e eficiência, enfatizando a contribuição da Escola de Yale:

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade.¹⁰

Disto se extrai que a discussão da eficiência não é irrelevante para o Direito, o que torna a AED bem-vinda ao trazer novas ferramentas conceituais que auxiliem na criação e na aplicação da lei. A eficiência evita o desperdício de recursos; e soluções que visem a uma aplicação eficiente de recursos, por meio de normas e institutos jurídicos adequados, trarão resultados justos ao maximizar sua utilização social.¹¹ A eficiência no gasto de recursos públicos, aliás, tem previsão constitucional no art. 37 desde a Emenda nº 19 de 1998, como princípio orientador dos atos da Administração Pública.

A Economia é a ciência que estuda o processo de tomada de decisão dos agentes em um cenário de escassez de recursos. A aproximação entre

10. SALAMA, op. cit., p. 58-59.

11. POLINSKY, Mitchell. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 23-26.

o Direito e a Economia fornece um método que auxilia a prever os efeitos das sanções legais no comportamento humano. Os indivíduos, enquanto agentes racionais, reagem a incentivos e efetuam escolhas que objetivam maximizar suas próprias necessidades e preferências (*maximização racional*, no jargão econômico).¹²

As normas jurídicas e as decisões judiciais são espécies de *incentivo*. Cooter e Ulen ensinam que as sanções legais são como preços e as pessoas reagem às sanções assim como reagem aos preços. Da mesma forma como preços altos diminuem a demanda, sanções legais mais severas fazem diminuir a atividade sancionada:¹³ o destinatário da norma compara os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de adotar um comportamento. A AED, desta forma, provê o método que permite avaliar a eficiência das normas com base na produção de resultados,¹⁴ constituindo um método consequencialista que visa contribuir para melhorar o bem-estar social.¹⁵

Sob essa ótica, os incentivos influenciam o comportamento das partes envolvidas na disputa judicial e de todos aqueles que estão em situação similar. Por isso, os efeitos desses incentivos não podem ser desconsiderados ao se analisar as consequências das decisões judiciais, das normas legais e das políticas públicas.

Existem diversos fatores no âmbito das demandas de saúde que constituem incentivos à excessiva litigância. Apontaremos algumas causas que estimulam o comportamento litigioso e que representam, na linguagem econômica, preços implícitos que as normas legais e decisões judiciais acarretam às escolhas. Após, veremos as consequências (externalidades negativas, como será explicado) das demandas e avaliaremos os efeitos sobre a eficiência do sistema de saúde.

12. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

13. *Ibidem*, p. 3.

14. SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da Constituição? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 88.

15. COOTER, op. cit., p. 7-8.

3. CAUSAS QUE ESTIMULAM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Início com duas observações sobre o cenário em que a judicialização da saúde está inserida. A primeira é relativa à espécie de direito que está em debate. Como direito prestacional que é, o direito à saúde possui custos,¹⁶ dependendo de recursos financeiros para sua implementação, nem sempre existentes. A escassez de recursos impede que se concretizem os direitos de forma absoluta, em consequência disso, o administrador público faz escolhas trágicas.¹⁷

A segunda distingue dois tipos de demandas. Em relação às ações judiciais, em que se pleiteia a dispensação de medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, o controle judicial terá por fundamento o cumprimento da política pública prevista na lei ou na Constituição, pois já houve uma opção formulada pelos entes federativos que originou uma política pública.¹⁸ Este tipo de demanda não exige reflexão sobre a eficiência da intervenção judicial. O debate é necessário, no entanto, em relação às ações individuais que veiculam pedido de medicamentos não constantes das listas elaboradas pelo Poder Público ou para uso fora dos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Nesses casos, embora a dou-

16. Ver a obra seminal sobre os custos dos direitos: SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999. Em apertada síntese, as ideias centrais do texto são no sentido de que “rights cost money” (os direitos custam dinheiro) e “all rights make claims upon the public treasure” (todos os direitos custam dinheiro; todos os direitos exigem gastos públicos).

17. CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton, 1978.

18. Por todos, cite-se Luís Roberto Barroso, o qual fixa um parâmetro para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos, no seguinte sentido: “Parâmetro: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos.” BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 47, jan./mar. 2009.

trina recomende que, “havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”,¹⁹ a jurisprudência tem deferido amplamente a concessão de medicamentos pela via individual.

Em relação aos incentivos, comecemos com dois que se aplicam às ações de saúde, mas também às demandas em geral.²⁰

3.1 A orientação jurisprudencial excessivamente protetiva ao autor

A AED identifica o desrespeito aos precedentes e a ausência de uniformidade jurisprudencial como fatores que estimulam a litigiosidade. Para o sistema judicial e para a sociedade, os custos da produção de precedentes estáveis são menores do que os custos advindos da falta de previsibilidade gerada pela sua ausência, a qual estimula o ajuizamento de ações que não deveriam ser propostas, respostas judiciais diversas para pessoas na mesma situação etc.²¹

A incerteza decorrente deste quadro abre espaço para a presença de um otimismo exagerado, típico da racionalidade humana.²² As partes tendem a ser excessivamente otimistas em relação aos seus direitos e a ausência de precedentes estáveis dificulta que os advogados tracem um perfil claro do prognóstico da demanda para seu cliente e diminui a realização de acordos, estimulando a disputa judicial.²³ É por isso que precedentes estáveis

19. *Ibidem*, p. 43.

20. Veja-se, por exemplo, as causas que estimulam a litigiosidade nas ações previdenciárias: REGO, Frederico Montedonio. Breve análise econômica dos juizados especiais federais previdenciários. *Revista Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, 64. ed., dez. 2015.

21. POSNER, Richard Alien. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. New York: Aspen, 2011, p. 752-753.

22. LOVALLO, Dan; KAHNEMAN, Daniel. Delusions of Success: How optimism undermines executives' decisions. *Harvard Business Review*, v. 81, n. 7, jul. 2003. Disponível em: <https://hbr.org/2003/07/delusions-of-success-how-optimism-undermines-executives-decisions>. Acesso em: 10 jan. 2019.

23. TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. *Revista de Processo*, ano 34, n. 178, p. 2 e 8, dez. 2009.

e vinculantes – naturalmente observadas as atualizações necessárias para regular a vida em sociedade – constituem um aspecto diretamente relacionado à eficiência do sistema de justiça.

Nas demandas por medicamentos, a situação é ainda mais delicada. O problema começa na própria formação do precedente. A ausência em nossa Suprema Corte de uma jurisprudência com critérios e parâmetros precisos e seguros que permitam racionalizar a atuação do Poder Judiciário nas demandas de saúde se reflete nas decisões dos demais Tribunais e juízos de primeiro grau, colaborando com o recrudescimento da judicialização. Tal situação gerou uma jurisprudência que concede os mais diversos medicamentos às mais diversas patologias, independentemente do seu custo, criando um cenário de prognóstico favorável que influi diretamente na decisão de demandar.

A judicialização da saúde no modelo brasileiro, marcada pela postura demasiadamente protetiva, transformou o risco natural do processo em uma quase certeza de sucesso na demanda, que, agregada ao otimismo do autor, acaba por estimular a litigância para a obtenção de tratamentos até mesmo no exterior.

A jurisprudência da Suprema Corte²⁴ já reconheceu que a efetividade do direito à saúde, assim como de outros direitos sociais, deve levar em conta a capacidade financeira e orçamentária do Estado, via o princípio da reserva do possível,²⁵ transplantado do debate constitucional alemão. Não

24. O julgamento da ADPF-MC nº 45, de 04/05/2004, constitui importante precedente em que se tratou dos direitos econômicos, sociais e culturais, do princípio da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 jan. 2019.

25. Por todos, veja-se a clássica definição de Ricardo Lobo Torres sobre a reserva do possível: "(...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: 'não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha, compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral". TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo

obstante, ainda que se façam considerações sobre a reserva do possível nas decisões, sua invocação pelo Poder Público não tem sido acolhida judicialmente. A análise da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde demonstra que o centro do debate judicial está na ponderação entre o direito à vida e à saúde, de um lado, e o interesse financeiro e secundário do Estado, de outro.²⁶

O processo argumentativo da ponderação, no entanto, fornece uma solução incompleta e origina uma jurisprudência excessivamente protetiva, que confere peso inferior ou desconsidera os impactos financeiro e organizacional sobre o sistema de saúde, a escassez de recursos, as razões das autoridades de saúde constantes nos procedimentos administrativos de avaliação dos fármacos e os litigantes que os pleiteiam.

Por isso, além da ponderação para a solução da colisão de direitos, é preciso ultrapassar o debate apenas argumentativo, assumir a impossibilidade material de determinadas prestações públicas²⁷ e incluir na discussão

existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 455-456.

26. É o que se verifica dos seguintes julgados, para citar alguns: AgR no RE nº 232.335, de 25/08/2000, Rel. Min. Celso de Mello; ADPF nº 45, de 04/05/2004, Rel. Min. Celso de Mello; STAs nºs 175 e 178, de 2009, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE nº 685.230 AgR, de 05/03/2013, Rel. Min. Celso de Mello; ARE nº 744170 AgR, de 26/11/2013, Rel. Min. Marco Aurélio; ARE nº 812.424 AgR, de 05/08/2014, Rel. Min. Celso de Mello; AI nº 824946 ED, de 25/06/2013, Rel. Min. Dias Toffoli; e ARE nº 926.469 AgR, de 07/06/2016, Rel. Min. Roberto Barroso. Disponíveis em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 jan. 2019.
27. Sobre o tema, propõe o professor Luciano Timm: “A sua solução, ou, em outras palavras, a ponderação concreta deve estar comprometida não só com a disputa argumentativa (melhor argumento apresentado), mas também com o resultado (a solução em jogo que tende a atender de modo mais abrangente um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais (maior utilidade social e, portanto, de eficiência paretiana).” TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo; Timm, Luciano Benetti. (ed.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55-67. Utilizada a versão *online* (p. 15) Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265527545_QUAL_A_MANEIRA MAIS EFICIENTE DE PROVER DIREITOS FUNDAMENTAIS UMA PERSPECTIVA DE DIREITO E ECONOMIA. Acesso em: 10 jan. 2019.

aspectos do procedimento adotado pelo administrador para suas conclusões, como a análise do custo-benefício de cada gasto, a fim de que haja a repartição dos recursos visando a uma alocação justa, que produza resultados desejáveis para todos, litigantes ou não.

Dados recentes comprovam que as pretensões requeridas são satisfeitas na enorme maioria dos casos. Estudo relativo ao ano de 2015 nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul enquadrou 6.930 ações como judicialização da saúde e verificou que a liminar é concedida, em média, em 93% dos casos.²⁸

Além disso, não é incomum que decisões judiciais defiram fármacos não registrados no Brasil e sem evidências de eficácia terapêutica. São os chamados tratamentos experimentais, dos quais se socorrem os pacientes como uma tentativa de obter uma melhora no seu quadro de saúde, sem haver, contudo, comprovação científica de benefício.

Ao deferir a concessão de fármacos sem registro na ANVISA, o magistrado estimula a utilização da via judicial como uma forma de escapar da pesquisa científica, desafiando o princípio da isonomia e gerando sérios riscos à saúde do usuário (ademais, é questionável a quem caberá a responsabilidade jurídica do consumo desses medicamentos). De um lado, é natural que o paciente que não esteja obtendo melhoras no seu quadro clínico tente, como última alternativa, o tratamento experimental. De outro, é dever do Estado não se omitir e atuar com “excelência na gestão e incorporação de tecnologias em saúde considerando o desenvolvimento tecnológico e as transformações sociais para um Brasil saudável”,²⁹ utilizando evidências científicas em relação à eficácia, acu-

28. INTERFARMA. *Judicialização da Saúde na Prática*. Fatos e dados da realidade brasileira, 2016. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>. Acesso em: 10 jan 2019.

29. Informação constante na página eletrônica da CONITEC, a Comissão Nacional de Incorporações de Tecnologia no SUS, órgão que tem a atribuição de assessorar o Ministério da Saúde quanto à incorporação e exclusão de novos medicamentos, produtos e procedimentos, à constituição ou alteração PCDTs, bem como quanto à atualização da Relação Nacional de Medicamentos Es-

rácia, efetividade e segurança do medicamento pleiteado,³⁰ por meio de estudos da Medicina Baseada em Evidências. Diante da escassez de recursos e da impossibilidade de atender às necessidades de saúde de todas as pessoas, o Estado faz a escolha trágica de não fornecer tratamentos sem comprovação científica.

Embora os argumentos acima tenham sido utilizados pelo STF para vedar a dispensação, o tema retorna com frequência às Cortes do país, muitas esposando entendimento favorável à concessão, o que confirma a falta de uniformidade nas decisões.³¹ Dados da Interfarma mostram que os 20 medicamentos mais judicializados representam 96,5% (R\$ 678,8 milhões) do total de itens comprados pelo Ministério da Saúde em 2014 (R\$ 703,4 milhões).³² Dentre os medicamentos, 11 são indicados para doenças raras; 5 não possuem registros na ANVISA e nenhum foi incorporado pela CONITEC. Tais dados comprovam que os gastos têm sido destinados prioritariamente às doenças raras de poucos pacientes.

3.2 A assistência judiciária gratuita

Antes de ajuizar uma ação, o litigante, enquanto agente racional, sopesa o resultado esperado do processo com os seus custos e decidirá pelo ajuizamento quando o resultado superar os custos (dentre estes incluídos

senciais – RENAME e Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES. Disponível em: <http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em: 10 jan. 2019.

30. Art. 19-Q, § 2º, da Lei nº 8.080/90, incluído pela Lei nº 12.401/2011.

31. O julgamento da STA 175 fixou a não condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na ANVISA ou a tratamento experimental, salvo em casos excepcionais. Diversos julgados da Corte admitem, contudo, o custeio pelo Poder Público de medicamento não registrado na ANVISA, mas com aprovação de entidade congênera à agência reguladora nacional: SL nº 815 AgR/SP, DJe 03/06/2015 e SL nº 887 AgR/CE, DJe 23/10/2015, ambos de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Na literatura, ver também: ZEBULUM, José Carlos. O julgamento do caso da fosfoetanolamina e a jurisprudência do STF. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 17, n. 3, p. 212-223, nov. 2016/fev. 2017.

32. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/101-por-que-o-brasileiro-vai-a-justiaa-em-busca-de-medicamentos-site.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

não apenas os honorários contratuais, mas também as custas e despesas processuais, os custos de oportunidade em razão do tempo gasto com o processo, dentre outros).³³

A concessão de assistência judiciária gratuita influencia no ajuizamento da demanda ao atingir o cálculo das custas e despesas processuais. O Relatório do Conselho Nacional de Justiça referente ao ano de 2017 apurou que o percentual de casos solucionados com o benefício da gratuidade foi de 33%, tendo crescido ao longo dos últimos 3 anos: em 2015, o índice foi de 27%; em 2016, 32%; e em 2017, 33% – um crescimento de 5,8 pontos percentuais no período.³⁴ Embora o estudo não forneça dados específicos sobre as ações de saúde, estas estão incluídas no percentual. Nesse ponto, destaque-se que o citado estudo, relativo ao ano de 2015 nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, verificou que 90% das ações de saúde foram ajuizadas por pessoas físicas.³⁵

No entanto, pesquisas mostram uma concentração de ações judiciais de saúde nos Estados mais desenvolvidos do país, em grande parte propostas por pacientes tratados no sistema privado de saúde e patrocinadas por advogados particulares, a sugerir a hipótese de que a utilização do Poder Judiciário está mais relacionada (embora não exclusivamente) a um grupo específico da sociedade, exatamente aquele que dispõe de mais recursos econômicos, sociais e intelectuais.

33. Mankiw traz uma boa definição de custos de oportunidade: “Custo de oportunidade de um item é aquilo de que você abre mão para obtê-lo. Ao tomarem qualquer decisão, como a de frequentar a faculdade, por exemplo, os tomadores de decisões precisam estar cientes dos custos de oportunidade que acompanham cada ação possível. Atletas universitários que podem ganhar milhões se abandonarem os estudos e se dedicarem ao esporte profissional estão bem cientes de que, para eles, o custo de oportunidade de cursar a faculdade é muito elevado. Não é de surpreender que muitas vezes concluem que o benefício de estudar não compensa o custo de fazê-lo.” MANKIWI, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. 5. ed. Boston: Cengage Learning, 2009, p. 6.

34. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. Brasília, 2018, p. 81. Disponível em: www.cnj.br. Acesso em: 10 jan. 2019.

35. INTERFARMA. op. cit.

No âmbito do Estado de São Paulo, por exemplo, o estudo feito com base no sistema computadorizado da Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo, que analisou as demandas de saúde ajuizadas em face do ente entre 2010 e 2014, indica a predominância de processos patrocinados por advogados privados (64,2%), enquanto a Defensoria Pública e o Ministério Público foram responsáveis por apenas 22,9% das demandas. Reforçam estes dados as informações acerca das prescrições médicas: em 47,8%, o que corresponde a 26.957 casos, elas se originaram de clínicas particulares.³⁶

Diante destes dados, são questionáveis os critérios que baseiam a concessão da assistência judiciária gratuita. É claro que é preciso um olhar diferenciado, dotado de maior sensibilidade, sobre as demandas de saúde. Ao pleitear medicamentos em juízo, pressupõe-se que o autor realmente deles necessite, sobretudo os que são de alto custo. No entanto, não se pode ignorar o número de ações judiciais que pleiteiam medicamentos não padronizados que possuem alternativas terapêuticas no SUS, bem como sem comprovação de eficiência e desconsiderando o custo-efetividade, cujo ajuizamento é estimulado pela concessão da gratuidade, como será visto no tópico final do trabalho.

A concessão pouco criteriosa da gratuidade de justiça aumenta o custo social da utilização do Poder Judiciário – o que significa “externalizar” para a sociedade o custo do processo –, e influencia diretamente o comportamento dos potenciais litigantes.³⁷ Critérios objetivos e mais rigorosos para a concessão do benefício, por outro lado, permitem que apenas os mais necessitados o recebam e criam incentivo para que o Poder Judiciário não seja a primeira opção do litigante, sem impedir o acesso à justiça.

Vejamos, nos dois subitens seguintes, duas causas que estimulam a judicialização especificamente no âmbito das ações de saúde.

36. CHIEFFI, Ana Luiza; BARRADAS, Rita De Cassia Barata; GOLBAUM, Moisés. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? *Health Services Research*, v. 17, n. 499, p. 3-4, 2017. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5517947/>. Acesso em: 10 jan. 2019.

37. TIMM, op. cit., p. 160-161.

3.3 A utilização estratégica dos órgãos judiciais em razão da responsabilidade solidária

A solidariedade quanto aos entes federativos responsáveis pelas prestações estimula que o litigante escolha o foro em que pleiteará a prestação. O STF assentou no RE nº 855.178 (com embargos de declaração ainda pendentes de julgamento) que os entes respondem solidariamente pelo oferecimento de fármacos presentes nos protocolos clínicos e nas listas de dispensação organizadas no plano federal, com fundamento na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (art. 23, CRFB/1988).

Para definir o fenômeno, Clenio Jair Schulze utiliza a expressão “*forum shopping* da judicialização da saúde”, aplicando, por analogia, o conceito de *forum shopping* do Direito Internacional, que autoriza as partes a optarem pelo foro de sua preferência para discutir um litígio. Conforme explica o autor, a situação tornou-se comum nas demandas de saúde, por diversos motivos:

Em primeiro lugar, porque o autor do processo pode escolher em face de quem a demanda será ajuizada. Se a ação for intentada em face da União, o Juízo competente será o Federal. Se tal ente não participar da lide, o processo tramitará na Justiça Estadual. Em segundo lugar, se a União participar, além do Município de residência, é possível escolher entre ajuizar a ação na capital federal (Brasília) ou na capital do estado de origem do autor da ação. Em terceiro, já é possível saber, antecipadamente, se o Juiz tem um posicionamento favorável ou não ao pleito. Há algoritmos criados por intermédio da Jurimetria e da Inteligência Artificial que indicam quantos processos sobre a mesma questão já foram julgados procedentes pelo mesmo magistrado. Assim, se há posição favorável, o advogado do autor construirá algum argumento para que este Juiz seja o competente para julgar o seu processo. Por fim, não é incomum encontrar situações em que a parte pede desistência do processo em razão do indeferimento da liminar e fomenta nova ação perante outro Juízo, em razão de altera-

ção do demandado (exclui ou inclui a União, de modo a afastar ou atrair a competência da Justiça Federal).³⁸

Trata-se, como se percebe, de uma utilização estratégica dos órgãos judiciais, nem sempre identificada pelos magistrados, permitindo que os litigantes usem aspectos de competência jurisdicional a seu favor.

3.4 A atuação da indústria farmacêutica sobre médicos, pacientes e Judiciário

Por último, tratemos de uma causa de fomento da judicialização que não decorre das decisões judiciais – por isso preferimos, neste caso, não utilizar o termo incentivo –, situando-se externamente ao Poder Judiciário: a indústria farmacêutica. A atuação da própria indústria farmacêutica constitui um estímulo ao comportamento litigioso do usuário do SUS, ao investir em estratégias de propaganda de medicamentos novos que não estão incluídos nas listas públicas de dispensação, mas que, em verdade, trazem pequenas vantagens em relação ao seu antecessor e possuem custo superior desproporcional, conforme levantamento feito pelo Conselho Nacional dos Secretários de Saúde.³⁹

É ilustrativo o exemplo do Avastin® e do Lucentis® na Itália, ambos produzidos pelo grupo Roche, sendo o primeiro comercializado pela própria Roche e o segundo comercializado pela Novartis, por meio de acordo de licença. Em 2014, a Autoridade de Garantia da Concorrência e do Mercado na Itália (AGCM) considerou que o “Avastin e o Lucentis são, em todos os pontos, equivalentes para o tratamento de doenças oculares” e aplicou duas multas de 90 milhões de euros à Roche e à Novartis, em razão de te-

38. SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde e a judicialização do impossível. In: SANTOS, Alethele de Oliveira e LOPES, Luciana Toledo (org.). *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*, v. 2. Brasília: CONASS, 2018, p. 23-24.

39. CONASS. *Assistência farmacêutica: medicamentos de dispensação em caráter excepcional*. Brasília, n. 5, 2004. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

rem feito “acordo destinado a fixar uma diferenciação artificial” entre os fármacos e difundir informações que suscitassem preocupações quanto à segurança da utilização oftálmica do Avastin, a fim de reduzir a prescrição deste em Oftalmologia em benefício do Lucentis, o que causou um sobre-custo de cerca de 45 milhões de euros ao serviço de saúde italiano, só em 2012. Submetida a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, este concluiu que, de fato, o acordo entre os grupos farmacêuticos Roche e Novartis constitui uma restrição à concorrência.⁴⁰

O Brasil, enquanto mercado consumidor daqueles fármacos, também sofreu o aumento das prescrições do Lucentis. A via judicial passa a ser uma das formas de pressão sobre o Poder Público visando a assegurar o fornecimento, em detrimento de critérios técnicos e financeiros que deveriam ser submetidos aos gestores do SUS para o acesso. Veja-se o exemplo do estudo das demandas judiciais por medicamentos contra o Estado de Minas Gerais movidas entre 1999 e 2009.⁴¹ Foram analisadas 2.412 ações judiciais referentes a 2.880 medicamentos solicitados, com 18 fármacos diferentes, dentre os quais 12 são fornecidos pelo SUS, tendo sido detectado predomínio de representação por advogados particulares e atendimento por médicos do setor privado. Entre as ações representadas por determinado escritório, 43,6% tiveram um único médico prescriptor para o Adalimumabe (um dos fármacos mais concedidos). Da mesma forma, em 44,8% dos pedidos, apenas um médico foi responsável por 16,5% das prescrições de Adalimumabe, solicitado por apenas um escritório particular de advocacia.

40. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de imprensa nº 6/18. Acórdão no processo C-179/16. Luxemburgo, 2018. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/cp180006pt.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019. Vale destacar que o Lucentis é comercializado por 900 euros a aplicação, ao passo que o Avastin custa 30 vezes menos: 30 euros a aplicação.

41. CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques; ACURCIO, Francisco de Assis; MACHADO, Marina Amaral de Ávila; FERRÉ, Felipe; BARBOSA, Fernanda Loureiro Vasconcelos; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal e ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p.784-790, 2012.

Os dados apontam uma preocupante concentração da distribuição dos processos em poucos médicos e escritórios de advocacia, a indicar o assédio da indústria farmacêutica sobre a Medicina, os usuários e o Judiciário, os quais podem estar sendo utilizados para atender a interesses particularistas.⁴²

4. CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES SOBRE A EFICIÊNCIA DO SISTEMA DE SAÚDE

As decisões judiciais possuem caráter de bem público, emanando consequências para todo o sistema processual. Na condição de bem público, possuem capacidade de produção limitada e geram *externalidades*, pois alcançam diretamente os integrantes da disputa judicial e, indiretamente, aqueles que estão em situação similar; por isso, as decisões influenciam o comportamento da sociedade de modo geral e, conseqüentemente, a eficiência social e econômica.⁴³

Externalidades são impactos positivos ou negativos gerados pela conduta de uma pessoa que atingem o bem-estar de outros agentes que não participaram da relação. Quando os demais agentes se beneficiam, as externalidades são positivas, no entanto, o custo sobre outras pessoas é chamado de externalidade negativa.⁴⁴

Por ser de livre acesso, o Poder Judiciário corre o risco de uma utilização exagerada, que provoca aumento do custo social do litígio, arcado por

42. CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques; ACURCIO, Francisco de Assis; MACHADO, Marina Amaral de Ávila; FERRÉ, Felipe; BARBOSA, Fernanda Loureiro Vasconcelos; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal e ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012.

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

44. MANKIW, Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 208.

toda a sociedade por meio de tributos. Estas são externalidades negativas causadas pela sobreutilização, que acabam levando à sua ineficiência.⁴⁵

E quais têm sido os resultados gerados pelas decisões judiciais em resposta às demandas por medicamentos não constantes das listas elaboradas pelo Poder Público ou para uso fora dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs)? As decisões estão promovendo a eficiência do sistema de saúde ou a prejudicando?

Para ajudar a responder aos questionamentos, a AED nos convida à pesquisa empírica. Iniciemos com uma visão do sistema de saúde como um todo. Em um ranking de 55 países que tiveram a eficiência dos seus sistemas nacionais de saúde analisados em 2015, o sistema de saúde brasileiro aparece em último lugar, e vem ocupando as últimas posições desde 2008.⁴⁶ O ranking é um indicador de eficiência econômica que compara os custos e os benefícios dos serviços e, no caso de saúde, equivale a comparar a expectativa de vida com o custo local do sistema de saúde. O gasto da saúde no Brasil é de cerca de 9% do PIB, próximo ao de países como Noruega e Reino Unido, no entanto, a expectativa de vida do brasileiro é de 73,9 anos de vida, a sexta mais baixa entre os países analisados. Disto, pode-se concluir que os recursos não são bem empregados no Brasil, gerando um sistema de saúde ineficiente.

Partamos agora para os resultados das decisões judiciais. Um estudo da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde indicou que, do total gasto pela União com aquisições diretas de medicamentos, insumos e produtos no ano de 2016 para atendimento de demandas individuais (R\$ 1.325.707.898,00), 91% (noventa e um por cento) da cifra bilionária destinaram-se à aquisição de apenas dez medicamentos, todos de alto

45. GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, DF, 2012, p. 117-118.

46. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-29/u-s-health-care-system-ranks-as-one-of-the-least-efficient>. Acesso em: 10 jan. 2019.

custo e não incorporados ou com incorporação negada: foram gastos R\$ 1.138.519.335,90 para o fornecimento direto dos fármacos para 995 pacientes,⁴⁷ o que demonstra que a maior parte das demandas não tem objetivado prover a saúde básica à população mais necessitada, bem como que foram desconsiderados o custo-efetividade de sua dispensação.

O mesmo estudo citado apontou ainda que 61,2% do total de gastos apurado em 2016 destinou-se à aquisição de medicamentos sem registro na ANVISA, o que implica desconsiderar a segurança e a eficácia dos fármacos. Trata-se de medicamentos que sequer poderiam ser comercializados no Brasil ou fornecidos pelo SUS, já que a lei veda a dispensação pelo sistema público sem o registro, conforme prevê o art. 19-T, inc. II, da Lei nº 8.080/90.

Mas, em se tratando de saúde, é legítima a preocupação com resultados eficientes? Embora a Constituição Federal preveja ser a saúde direito de todos e dever do Estado, exige que a Administração Pública pautе suas ações pelo princípio da eficiência, o que a torna comprometida com os resultados.

Ao desconsiderar o cenário de escassez de recursos e as escolhas trágicas já feitas no âmbito orçamentário, gera-se como efeito a desorganização financeira e orçamentária decorrente do remanejamento dos recursos de sua execução planejada para o cumprimento das ordens judiciais.⁴⁸ Além

47. XAVIER, Christabelle-Ann. *Judicialização da saúde: perspectiva crítica sobre os gastos da União para o cumprimento das ordens judiciais*. v 2. Brasília: CONASS, 2018, p. 53-61. (Coletânea Direito à Saúde).

48. Usando o exemplo dos gastos em 2014 apenas da União para aquisição de medicamentos em cumprimento às decisões judiciais, a auditoria mais recente do TCU calculou que o valor despendido com os dois medicamentos mais caros (Soliris® e Naglazyme®) representou: “a) 30% dos valores empenhados liquidados na ação 20AE – Promoção da assistência farmacêutica e insumos estratégicos na *atenção básica* (repasse de recursos destinados ao custeio de medicamentos e insumos de uso da atenção básica e aquisição pelo Ministério da Saúde de insulinas e outros medicamentos e insumos, como os do Programa Saúde da Mulher); b) 233% da ação 4368 – Promoção da assistência farmacêutica e insumos para programas de saúde *estratégicos* (aquisição pelo Ministério da Saúde de medicamentos e insumos para o controle de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de chagas, tabagismo e outras doenças endêmicas); e c) 8% da ação 4705 – Apoio financeiro para aquisição e distribuição de medicamentos do *com-*

disso, essa forma de aquisição da medicação produz um gasto adicional, já que as compras se dão em pequena escala, sem o procedimento regular de licitação que permite a escolha da proposta mais vantajosa para compras de atacado.⁴⁹ É fácil perceber, assim, que o sistema de saúde brasileiro não teria capacidade orçamentária para fornecer os medicamentos pleiteados em juízo a todos os indivíduos que possuem o mesmo quadro clínico, o que resulta em um benefício restrito aos que tiveram acesso à justiça, de inviável universalização. Dessa forma, a intervenção judicial não promove a eficiência enquanto maximização de ganhos e minimização de custos.

Por fim, é propícia uma observação sobre os objetivos redistributivos do Judiciário, sobretudo no Brasil, em que se associa à ausência de determinado medicamento nas listas do SUS à má gestão e à corrupção dos administradores públicos. Sob a perspectiva econômica, o Direito não deve ser usado para corrigir aspectos de distribuição de renda. Segundo esta ótica, o foco do Judiciário em interpretações jurídicas que favoreçam determinada classe econômica ou grupo desfavorecido, sem fundamento jurídico que o justifique, traz um custo muito elevado, pois é difícil conseguir prever as consequências distributivas da decisão e criam-se incentivos distorcidos.⁵⁰ Mecanismos como a política fiscal ou políticas públicas de bem-estar social, por exemplo, podem alcançar objetivos redistributivos de forma mais eficiente e com menor custo social.

A melhor forma de subsidiar políticas redistributivas, em geral, não é por meio dos Tribunais, mas, sim, por meio de tributação e políticas públicas criadas pelo Estado que alcancem o maior número de pessoas na mesma

ponente especializado da assistência farmacêutica (aquisição centralizada e repasse financeiro para garantia do acesso aos medicamentos do componente especializado, os chamados medicamentos 'de alto custo')." (grifos no original). TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1787/2017. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Item 4.2 do voto.

49. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Intervenção Judicial na Saúde Pública, 2012, p. 3-4 e 10. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

50. COOTER, op. cit, p. 8.

situação, conferindo ao gasto público maior eficiência e menos desperdício. Em seu texto sobre a forma mais eficiente de prover direitos fundamentais, resume o professor Luciano Benetti Timm:

Um sistema de redistribuição de renda que faz necessário o recurso a um tribunal é uma forma ineficiente e dispendiosa de política pública e social, pois ela faz depender a implementação de um direito de um procedimento longo, necessariamente custoso para a sociedade e para o indivíduo litigante. A parte (e a sociedade) tem que gastar com advogados, burocracia das cortes e com os servidores envolvidos no processo (juízes, promotores, escrivães).⁵¹

5. CONCLUSÃO

A incorporação de elementos da Economia ao raciocínio jurídico indica que é preciso repensar o papel do Judiciário nas demandas de saúde, sobretudo em relação à previsão e à análise dos efeitos gerados pela decisão judicial. O conflito chega de forma individualizada e comove o juiz, que se sensibiliza – com razão – com o sofrimento alheio, especialmente em casos em que o paciente corre risco de morte, pois a ausência do medicamento reduz drasticamente sua qualidade de vida ou os tratamentos são caríssimos com inviável aquisição por particular. No entanto, embora as decisões sejam imbuídas de aspiração humanitária, seus efeitos causam um cenário de incerteza econômica e jurídica para os administradores do SUS e atingirão também aqueles cujos nomes o juiz desconhece. Considerando a complexidade do debate, não é possível estabelecer uma fórmula definitiva e geral do grau de intervenção judicial, razão pela qual objetivamos apenas propor, com base nas premissas da AED, parâmetros que exigem maior atenção do Judiciário sobre os incentivos para a litigiosidade.

51. TIMM, op. cit., p. 12. (versão online).

dade e sobre os efeitos da decisão judicial. Como reduzir os incentivos e otimizar os impactos da intervenção?

A fim de não fomentar a jurisprudência excessivamente protetiva e os efeitos negativos dela decorrentes, sugere-se: (i) adoção de ferramentas que estimulem o diálogo interinstitucional do Judiciário com órgãos como a CONITEC e a ANVISA, que possuem dados empíricos para subsidiar a decisão judicial, bem como canais de diálogo entre o Ministério Público, a sociedade civil e os entes federativos, para buscar alternativas de atendimento que poderiam ser adotadas pelo SUS, para evitar a judicialização; (ii) exercício do controle judicial com base em dados técnicos e científicos que ensejaram as decisões administrativas e sobre as eventuais consequências da decisão judicial sobre a política pública de saúde, estimulando partes e terceiros interessados a os apresentarem, bem como recorrendo a grupos de apoio técnico ao Judiciário (como os NATs), formado prioritariamente por médicos e cientistas que forneçam opinião isenta; (iii) maior controle do procedimento de tomada de decisão do administrador acerca da inclusão do medicamento nas listas públicas, privilegiando *intervenções mais procedimentais* do que substantivas, fornecendo os parâmetros de legalidade necessários para que o administrador corrija a ilegalidade. Para tanto, sugere-se observar, entre outros aspectos, se a fundamentação técnica foi clara e baseou-se em evidências científicas e na avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, assim como se houve transparência e se foi permitida a consulta pública, facultando o diálogo com a sociedade civil.⁵² (iv) sempre que verificado que o controle procedimental não é suficiente para restabelecer a legalidade violada pelo administrador, é

52. Propostas de critério procedimental feitas com base nas condições da teoria da *accountability* para a razoabilidade, de Norman Daniels e James Sabin, a qual busca verificar como as prioridades de saúde são estabelecidas pelas autoridades públicas, a fim de assegurar que a política de assistência à saúde decorra de procedimentos justos que originem escolhas administrativas fundamentadas, publicamente aceitas e que respeitem a equidade, aumentando a legitimidade do resultado. DANIELS, Norman; SABIN, James E. *Setting limits fairly: can we learn to share medical resources?* New York, NY: Oxford University Press, 2002.

cabível a intervenção substantiva, discutindo o conteúdo da política pública em relação ao litigante, com o menor grau de impacto interventivo possível; (v) seja no controle procedimental prioritário, seja no substancial, as decisões judiciais devem considerar as consequências para o litigante e demais usuários do SUS e adotar a solução que apresente menor impacto dentre as juridicamente possíveis para proteger o direito fundamental.

Além disso, ainda na tentativa de reduzir a judicialização, (vi) é preciso maior rigor na concessão da assistência judiciária gratuita, a fim de que sejam beneficiados os que realmente dela necessitem, e (vii) não deve ser desprezada pelo Judiciário a atuação da indústria farmacêutica sobre médicos prescritores e litigantes, os quais podem ser utilizados para atender a interesses particularistas.

Pretende-se, com esses parâmetros, abrir caminho para que ferramentas econômicas colaborem para reduzir a interferência judicial desordenada e suas externalidades negativas, privilegiar o *iter* percorrido pelo administrador e colaborar para educá-los acerca dos aspectos indispensáveis relativos a uma decisão justa, responsabilizando-os quando necessário, a fim de otimizar a atividade jurisdicional e permitir que ela produza uma efetiva melhoria do sistema de saúde.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Intervenção Judicial na Saúde Pública*. 2012. p. 1-21. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurispr. Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.
- CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven, CT: Yale University, 1970.

- CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques; ACURCIO, Francisco de Assis; MACHADO, Marina Amaral de Ávila; FERRÉ, Felipe; BARBOSA, Fernanda Loureiro Vasconcelos; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal e ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista saúde pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012.
- CHIEFFI, Ana Luiza; BARRADAS, Rita De Cassia Barata; GOLBAUM, Moisés. Legal access to medications: a threat to Brazil's public health system? *Health Services Research*, v. 17, n. 499, p. 1-12, 2017. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5517947/>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- CONASS. *Assistência farmacêutica*: medicamentos de dispensação em caráter excepcional, n. 5, 2004. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. Brasília, 2018, p. 81. Disponível em: www.cnj.br. Acesso em: 10 jan. 2019.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.
- DANIELS, Norman; SABIN, James E. *Setting limits fairly*: can we learn to share medical resources? New York: Oxford University Press, 2002.
- GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. 146 f. Tese (Doutorado). Departamento de Economia, Universidade de Brasília, DF.
- INTERFARMA. *Judicialização da saúde na prática*: fatos e dados da realidade brasileira, set. 2016. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- LOVALLO, Dan; KAHNEMAN, Daniel. Delusions of success: how optimism undermines executives' decisions. *Harvard Business Review*, v. 81, n. 7, jul. 2003.
- MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: *Encyclopedia of law and economics*. v. 1, p. 65-117, 2000.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 208.
- PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Direito e economia em dois mundos*: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- POSNER, Richard Alien. The economic approach to law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4., p. 757-782.
- POSNER, Richard Alien. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Aspen, 2011.

- POSNER, Richard Alien. What has pragmatism to offer law. *Southern California Law Review*, v. 63, n. 1653, p. 1660.
- SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da Constituição? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SALAMA, Mayerhof Bruno. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde e a judicialização do Impossível. In: SANTOS, Alethele de Oliveira e LOPES, Luciana Toledo (org.). *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*, v. 2. Brasília: CONASS, 2018.
- SHAVELL, Steven. Suit, settlement, and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs. *Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 55-81, jan. 1982.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics. *Revista de Processo*, ano 34, n. 178, dez. 2009.
- TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo; Timm, Luciano Benetti. (editores). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55-67.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1787/2017*. Plenário. Rel. Bruno Dantas. Item 4.2 do voto.
- XAVIER, Christabelle-Ann. *Judicialização da saúde: perspectiva crítica sobre os gastos da União para o cumprimento das ordens judiciais*. v. 2. Brasília: CONASS, 2018, p. 53-61 (Coleção Direito à Saúde).
- ZEBULUM, José Carlos. O julgamento do caso da fosfoetanolamina e a jurisprudência do STF. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 212-223, nov. 2016./fev. 2017.

Breves linhas sobre a inclusão da Análise Econômica do Direito na prolação de uma decisão judicial

Daniela Berwanger Martins e Matheus Lolli Pazeto

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca introduzir, em breves linhas e sem a pretensão de esgotar a matéria, o debate sobre a inclusão da AED nas decisões judiciais.

A AED é uma corrente jurídica que tem crescido nas últimas décadas. Forte no entendimento de que o direito deve buscar a aproximação com outros ramos de estudo, apresenta um novo olhar sobre o direito, por meio de ferramentas teóricas e práticas ínsitas ao estudo da Economia, para que seja levado em consideração em conjunto com as já consagradas teorias jurídicas e doutrinas jusfilosóficas.

Passando pela estruturação de uma decisão judicial e apresentação de princípios consagrados no estudo da Economia, este artigo procura debater como se dá a aproximação do Direito e da Economia no âmbito de uma decisão judicial, abordando, ao final, um caso concreto julgado pelo STJ, em que a Egrégia Corte lançou mão da AED.

2. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A CRFB/1988, em seu artigo 93, inciso IX, prevê que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. A mesma regra veio a ser positivada no Código de Processo Civil de 2015, como norma fundamental do direito processual brasileiro.

Conforme Neves,¹ essa exigência constitucional e legal de fundamentação das decisões se traduz na obrigatoriedade de o julgador exteriorizar “as razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas na decisão”.

As razões para exigência da fundamentação (ou motivação) de todas as decisões judiciais tem não só um caráter interno ao processo – permitindo o conhecimento, pelas partes, das razões que levaram ao acolhimento ou rejeição de seu pedido –, mas também um fundamento político externo.

Nas palavras de Neves:²

Sob o ponto de vista político, a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só

1. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 25.

2. *Ibidem*.

do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade.

A fim de que se atenda satisfatoriamente à expectativa de motivação das decisões judiciais, Didier Jr. *et al.*³ defendem que a decisão deve ser organizada de modo a conformá-la às exigências de racionalidade e controlabilidade.

Para tanto, propõem os mencionados processualistas, a seguinte sequência de raciocínio jurídico na elaboração de uma decisão judicial:

Analisadas as questões de fato e estabelecidas as premissas acerca do que ficou, ou não, demonstrado, cumpre ao magistrado apontar (*a*) qual a norma jurídica geral aplicável àquela situação fática, (*b*) quais os efeitos que dessa incidência podem ser extraídos. É também aqui que deve o juiz (*c*) analisar e resolver, eventualmente, a questão da compatibilidade constitucional da norma jurídica e ainda (*d*) analisar e resolver eventual conflito normativo verificado.⁴

A referida metodologia tem sido cada vez mais utilizada na prolação de decisões judiciais, notadamente com o advento da CRFB/1988 – promulgada num cenário de pós-positivismo jurídico ou, como tem sido tratado este paradigma no âmbito do direito constitucional, num cenário de neo-constitucionalismo⁵ –, que reforçou o caráter democrático do Estado de

3. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 367.

4. *Ibidem*, p. 370-371.

5. Consoante lições de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 201-202: “o pós-positivismo se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não

Direito, exigindo-se que as decisões judiciais estejam em conformidade com as regras e princípios extraídos do texto constitucional.

Por sua vez, para autores que estudam a AED, não tem sido suficiente que as decisões judiciais se pautem apenas em questões jurídicas ou jusfilosóficas. Nesse sentido:

Na busca por critérios operacionalizáveis de justiça e de como tomar uma decisão jurídica racional, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio teórico em filósofos que vêm tentando criar critérios ideais de se chegar a proposições normativas racionais e justas, com a postura “minimax” por detrás do véu da ignorância de John Rawls, a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas, os mandados de otimização de Robert Alexy ou o juiz hercúleo de Dworkin e sua decisão “correta”. Não obstante, a prática hoje demonstra apenas que a vontade consubstanciada na lei positivada foi completamente relativizada, sem que emergisse um critério minimamente universal que a substituísse na criação, interpretação e aplicação do direito.

Apesar da clara preocupação com valores, o *neoconstitucionalismo* não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. (...)

Ainda que tenha havido algum sucesso em reaproximar o direito da moral e da ética, para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, é necessário que antes sejamos capazes de responder à simples pergunta: a norma *X* é capaz de alcançar o resultado social desejado *Y* dentro de nosso arcabouço institucional? (...)

se esgota na lógica formal. (...) O campo do pós-positivismo jurídico não é apenas o Direito Constitucional. Não obstante, na seara constitucional, o pós-positivismo encontrou solo mais fértil para florescimento, tendo em vista as características das constituições contemporâneas, pródigas na consagração de princípios abstratos dotados de forte conteúdo moral. (...) O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas, que vem sendo designado por diversos autores como *neoconstitucionalismo*.”

É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas.⁶

Dessa forma, passa-se a analisar, no presente artigo, se há espaço para a inserção da AED em decisões judiciais, não sem antes tecer algumas linhas sobre a relação entre Direito e Economia.

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme Mankiw,⁷ “economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. Na maioria das sociedades, os recursos são alocados não por um único planejador central, mas pelos atos combinados de milhões de famílias e empresas”. Na sequência, conclui o autor que, em Economia, estuda-se como as pessoas tomam decisões.

Ainda em Mankiw,⁸ encontram-se listados os “dez princípios de economia”, quais sejam: 1) As pessoas enfrentam *trade-off*;⁹ 2) O custo de alguma coisa é aquilo de que você desiste para obtê-la; 3) As pessoas racionais pensam na margem; 4) As pessoas reagem a incentivos; 5) O comércio pode ser bom para todos; 6) Os mercados são, geralmente, uma boa maneira de organizar a atividade econômica; 7) Às vezes, os governos podem melhorar os resultados dos mercados; 8) O padrão de vida de um país depende de sua capacidade de produzir bens e serviços; 9) Os preços

6. TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 9-11.

7. MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2018, p. 3.

8. *Ibidem*, p. 17.

9. “(...) *trade-off* é um termo que define uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros” (MANKIW, op. cit., p. 4).

sobem quando o governo emite moeda demais; 10) A sociedade enfrenta *trade-off* de curto prazo entre inflação e desemprego. Os quatro primeiros princípios estão relacionados diretamente a “como as pessoas tomam decisões”, os três princípios seguintes a “como as pessoas interagem” e os últimos a “como a economia funciona”.

Dessa forma, pode-se compreender que a Economia não está relacionada apenas com temas como moeda, inflação, produção e comércio, a título de exemplo. Economia diz respeito também sobre tomada de decisão pelos indivíduos e as interações entre si. Em outras palavras, diz respeito a tudo aquilo que se submeta a uma possível escassez.

Quando se fala na relação entre Direito e Economia, pensa-se imediatamente nos institutos do direito econômico, como a regulação e a defesa da concorrência, ou, até mesmo, em ramos como o direito financeiro e tributário. Todavia, abordada esta concepção mais ampla do objeto de estudo da Economia, torna-se mais fácil perceber que a interação entre Direito e Economia pode ser feita de forma mais abrangente.

Veja-se a seguinte análise de Mackaay e Rousseau¹⁰ quanto ao comportamento das pessoas frente a uma norma jurídica:

Os cidadãos não ficam passivos diante da mudança de regras às quais são submetidos. A mudança da regra levará qualquer um a indagar se deve adaptar seu comportamento e, em caso afirmativo, em que direção. É que a regra de direito não controla, diretamente, o comportamento das pessoas. Fá-lo, apenas, quanto às consequências de suas ações. As pessoas continuam livres para reagir como entenderem e não, obrigatoriamente, no sentido desejado pelo legislador, assumindo, claro, as consequências.

10. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

O referido trecho guarda relação direta com um dos princípios da Economia mencionados acima, qual seja: as pessoas reagem a incentivos.

Assim, a AED, para Mackaay e Rousseau:¹¹

(...) parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o “direito econômico” são, igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito. Propõe, então, a partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros, a releitura do direito.

De forma mais detalhada, Mackaay e Rousseau¹² explicam do que trata a AED:

A análise econômica do direito retoma a razão de ser das instituições jurídicas. Postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las. A análise econômica do direito não se limita aos aspectos “econômicos” em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presentes nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, pretende explicitar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões. Nisso a análise econômica do direito concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina. A de desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas.

Ivo Gico Jr. apud Timm¹³ conceitua AED como “a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da

11. *Ibidem*, p. 7.

12. MACKAAY, op. cit., p. 8.

13. TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 14.

economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico”.

Dessa forma, em linhas gerais, pode-se afirmar que a AED busca apresentar um novo olhar sobre o Direito, auxiliando em sua compreensão e aperfeiçoamento, por meio de instrumentos utilizados no estudo da Economia.

Para tanto, a AED parte de *metodologia própria*, incorporando diversas ferramentas teóricas e práticas da economia.

Nas palavras de Ivo Gico Jr. apud Timm:¹⁴

(...) os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelece custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso esta regra seja alterada.

Ao final, conclui o referido autor que AED:

(...) pode nos fornecer o arcabouço teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para nos auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social.¹⁵

Abordados de forma concisa alguns fundamentos da Análise Econômica do Direito, passa-se a tratar dessa aproximação entre Direito e Economia no âmbito de uma decisão judicial.

14. Ibidem, p. 19.

15. TIMM, op. cit., p. 29.

4. A AED NA DECISÃO JUDICIAL

Como já abordado neste artigo, a sofisticação de teorias e métodos de decisões não tem sido suficiente para reduzir o nível de incertezas na solução de casos levados à análise do Poder Judiciário. Critica-se, inclusive, que a extensa gama de critérios levaria a uma maior discricionariedade. Assim defendeu Leal:¹⁶

Maiores esforços de determinação não necessariamente levam a maior limitação da discricionariedade. Ao contrário, como afirmado, podem apenas tornar o processo decisório mais incerto. Tome-se, como exemplo, a pluralidade de métodos disponíveis para orientar a interpretação constitucional no país e a dificuldade cada vez maior de antecipação de resultados e dos caminhos da fundamentação de decisões no Supremo Tribunal Federal. A tentativa de “controlar” a interpretação constitucional por meio de métodos e teorias decisórias que apelam para elementos contrafactuais ou prescrições vagas, em vez de aumentar a previsibilidade dos resultados, permite, na verdade, que fundamentos teóricos muito diferentes possam ser livremente selecionados para justificar qualquer decisão.

Sobre a falta de previsibilidade, Posner¹⁷ assume uma falha na AED, quando, com base nas leis estadunidenses, questiona a possibilidade de

16. LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 219, set./dez. 2016.

17. “At the heart of economic analysis of law is a mystery that is also an embarrassment: how to explain judicial behavior in economic terms, when almost the whole thrust of the rules governing the compensation and other terms and conditions of judicial employment is to divorce judicial action from incentives.” POSNER, Richard A. What do judges and justices maximize? (the same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 2, 1993.

explicar o comportamento dos juízes, em termos econômicos, quando a própria confiança em seu julgamento parte da separação de suas ações de incentivos externos.

O questionamento é válido quando se pensa numa possível tentativa de indução a decisões judiciais em um ou outro sentido. No entanto, o próprio autor demonstra ser, em regra, economicamente proveitosa a consideração dos precedentes já estabelecidos, seja para os próprios magistrados, que dedicariam menos tempo e esforço na fundamentação de cada decisão,¹⁸ seja para o jurisdicionado, que gozaria de maior previsibilidade nas sentenças.

Nas situações em que não há um precedente firmado, ou mesmo nas causas em que se visa a formar um precedente, a discussão é acirrada. Ainda que a legislação, bastante ampla no caso específico do Brasil, traga parâmetros para a solução da tomada de decisão judicial, restam as zonas grises, as quais ainda são solucionadas pelo uso da diversa gama de teorias e métodos já mencionados.

Interessante a análise de Posner¹⁹ quanto à atuação de juízes em casos inéditos, ponderando a influência de valores pessoais na decisão, ainda que inconscientemente: *“When a really new case arises, the rules of the judicial game require the judge to act the part of a legislator and therefore vote his values, although the rules do not require and may even forbid him to acknowledge that this is what he is doing.”*

Nessa senda, propõe-se que os magistrados se utilizem de institutos derivados da AED na resolução da lide.

18. *“Yet if judges considered every case afresh they would have to work much harder in each case, and they would also lose the protection from criticism, from ‘hassle’, that comes from being able to blame an unpopular decision on someone else (that is, on earlier judges). There might also be more litigated cases because of greater legal uncertainty.”*

19. POSNER, 1993, p. 40.

A proposta vai ao encontro da Lei nº 13.655/18, que trouxe novos artigos à Lei de LINDB. O instituto positivou a necessidade de que se considerem as consequências práticas da decisão tomada com base em valores jurídicos abstratos, determinando a necessidade e adequação sejam motivadas.²⁰

Nesse sentido, alerta Timm,²¹ fazendo referência às lições do ganhador do prêmio Nobel de Economia, Ronald Coase, que: “(...) decisões judiciais geram “efeitos de segunda ordem” para além da solução ao caso concreto (incentivam comportamentos, portanto)”, concluindo que “é por isso que filósofos do Direito pragmáticos defendem que juízes devem ponderar as consequências da aplicação da lei. Não devem ter apenas uma preocupação formal ou lógica com a integridade do sistema normativo”. É fato que os economistas assumem que os atores econômicos maximizam algum tipo de utilidade, com base nas escolhas racionais. A escolha da melhor alternativa seria uma forma de maximização. Mas o que se busca maximizar ao exigirmos que sejam consideradas as consequências práticas das decisões?

O não estabelecimento de um parâmetro leva de novo ao ponto central deste artigo, que diz respeito à imprevisibilidade e abertura para a discricionariedade na atuação jurisdicional. Observa-se a tendência dos estudiosos em indicarem os parâmetros da maximização de riquezas sociais, eficiência de Pareto e à maximização da justiça. Passemos a traçar breves comentários sobre os parâmetros.

20. “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

21. TIMM, Luciano Benetti. Artigos e ensaios de direito e economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 93.

A maximização de riquezas, na definição de Dworkin,²² é atingida quando bens e outros recursos estão nas mãos daqueles que mais o valorizam, e alguém valoriza mais um bem apenas quando estiver, ao mesmo tempo, disposto e apto a pagar mais para obtê-lo. Para Posner,²³ a maximização da riqueza social leva à felicidade, à liberdade, à autoexpressão, entre outros direitos.

Deve-se diferenciar utilidade de riqueza. A utilidade independe da aptidão de pagamento pelo bem. Posner²⁴ pondera os riscos de erro e incerteza e, sem negar que a maximização de riquezas é correlacionada à maximização de utilidade, conclui que o que deve ser perseguido pelos operadores do direito é a maximização de riquezas.

Na Economia, utiliza-se largamente o conceito de eficiência de Pareto, que leva em consideração a satisfação obtida de preferências individuais. Fala-se que uma situação é eficiente quando é impossível alterá-la sem que, para melhorar a situação de um agente, deva-se prejudicar a situação de outra pessoa. Nas palavras de Cooter e Ulen:²⁵

The other kind of efficiency, called Pareto efficiency after its inventor or sometimes referred to as allocative efficiency, concerns the satisfaction of individual preferences. A particular situation is said to be Pareto or allo-

22. *Is Wealth a value? "Wealth maximization, as defined, is achieved when goods and other resources are in the hands of those who value them most, and someone values a good more only if he is both willing and able to pay more in Money (or in the equivalent of Money) to have it."* DWORKIN, Ronald M. *Is wealth a value? The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 191, mar. 1980.

23. *"But perhaps I have misled Dworkin and others by being insufficiently explicit about what I think wealth is conducive to. It is conducive to happiness, freedom, self-expression, and other uncontroversial goods (uncontroversial if not pursued with total disregard for competing goods)."* POSNER, Richard A. *The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 244, mar. 1980.

24. *"Wealth maximization is, to be sure, imperfectly correlated with utility maximization; but the costs – in uncertainty, in protracted litigation, and in error – of using utility as a legal standard support the argument for using wealth as a proxy for utility."* Ibidem, p. 249.

25. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Berkeley: Law Books, 2016, p. 14.

catively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation).

Há críticas de Cooter e Ulen²⁶ e de Dworkin²⁷ à adoção da eficiência de Pareto no âmbito jurídico, o que nos parece coerente em lides tradicionais, apesar de visualizarmos possibilidade de benefícios à sociedade pela sua utilização em causas mais complexas, como as derivadas de ações civis públicas.

Analisando o tema, Dworkin²⁸ propõe a distinção entre a AED de uma análise da lei feita por economistas. Segundo o autor, esta última seria a aplicação a contextos legais da noção de eficiência dos economistas, que seria a eficiência de Pareto e não a maximização de riquezas.

Por fim, sem querer entrar na custosa definição de justiça, há que se observar que a AED, como já abordado anteriormente, tem como um de seus focos a eficiência. Recorre-se outra vez às palavras de Ivo Gico Jr. apud. TIMM:²⁹

26. *“An important normative standard in economics is Pareto efficiency. An improvement by this standard makes someone better off without making anyone worse off. When an appeals court adopts a new precedent, one party to the dispute wins and the other loses. A change in which there are some losers is not an improvement by the Pareto standard.”* Ibidem, p. 417.

27. *“Suppose no court has decided, for example, whether a candy manufacturer is liable to a doctor if the manufacturer’s machine makes it more difficult to practice medicine in an adjacent building. The doctor does not have a recognized legal right to damages or an injunction, but neither does the manufacturer have a recognized right to run his machine without paying such damages. The doctor sues the candymaker, and the court must decide which of these two rights to recognize. Neither decision will be Pareto-superior to the situation before the decision, for either decision will improve the position of one party at the expense of the other. Both decisions will reach a Pareto-efficient result, for no further change in the legal position would benefit one without hurting the other. So the requirement, that the court should decide in favor of a Pareto-superior rule, if one is available, would be useless in such a case.”* DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? The Journal of Legal Studies, v. 9, n. 2, p. 193, mar. 1980.

28. *“(…) The economic analysis of law, which makes the concept of wealth maximization central, must therefore be distinguished from the economists’ analysis of law, that is, from the application to legal contexts of the economists’ notion of efficiency, which is Pareto efficiency. When an economist asks whether a rule of law is efficient, he usually means to ask whether the situation produced by the rule is Pareto-efficient, no whether it is wealth maximizing.”* Ibidem, p. 194.

29. TIMM (org.), 2018, p. 27-28.

Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com determinada política pública (prognose) e do que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade).

Destarte, a abordagem econômica pode ser utilizada para aferir se as consequências de uma decisão serão ou não eficazes, podendo auxiliar na correção da decisão judicial.

A AED já chegou, inclusive, a ser utilizada em julgamento no âmbito do STJ. Trata-se do acórdão lavrado no Recurso Especial nº 1.163.283/RS, pela Quarta Turma, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cuja ementa se colaciona a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004.

INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.
2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.
3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.
4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes.

O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.
6. Recurso especial provido.

Por meio de referida ação, buscava a parte autora a revisão de cláusulas de um contrato de mútuo habitacional. A discussão que chegou ao STJ dizia respeito à aplicação ou não do disposto no art. 50 da Lei nº 10.931/04³⁰ a todos os contratos de financiamento imobiliário, incluindo aqueles celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

O voto do Ministro relator fez referência à exposição de motivos da Lei nº 10.391/04, na qual consta que a economia brasileira, à época da elaboração do projeto de lei, apresentava crescimento abaixo de seu potencial, inclusive no mercado imobiliário. Com base nisso, o mote da nova lei seria introduzir institutos no ordenamento jurídico brasileiro que promovessem o impulso econômico, por meio de maior segurança e credibilidade aos adquirentes de imóveis e respectivos financiadores.

Na sequência, após discorrer sobre o campo fértil para o uso da AED nos contratos de financiamento imobiliário, por se tratarem de negócios jurídicos eminentemente patrimoniais, o Ministro relator conclui que:

(...) a Lei n. 10.931/2004, com fundamento no incentivo à economia, se mostrou apta a alcançar esse desiderato. Os institutos nela previstos, e aqui nos interessam as regras processuais dispostas na lei, especificamente as que se encontram no art. 50, apresentam, certamente, potencial para colaboração do desenvolvimento econômico e social almejados.

(...)

As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar contro-

30. Lei nº 10.931/04. “Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.”

vertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, tanto porque somente o ponto conflitante será discutido, tanto porque a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. (STJ, REsp nº 1.163.283/RS, p. 12-13)

Destarte, verifica-se que a Corte Superior se valeu de relevante argumento econômico para a solução da lide. Isso porque, ao considerar que a exigência de especificação, na petição inicial, das obrigações contratuais que pretende o autor ver controvertidas em juízo, bem como a quantificação do valor incontroverso e respectiva manutenção do pagamento ao agente financiador, representa maior segurança e previsibilidade nos contratos imobiliários e, como consequência, atingiria os fins de crescimento econômico perseguidos pelo legislador com mais eficiência e sua aplicação deveria ser mantida a todos os contratos imobiliários.

Todavia, o acórdão não se pautou apenas nos argumentos econômicos. O Ministro relator também recorreu aos postulados de Teoria do Direito sobre conflito de normas (ao concluir que a Lei nº 10.931/04 não revogou as disposições da lei que trata do Sistema Financeiro de Habitação, que continua regendo os contratos celebrados em seu âmbito, mas não deixa de orientar tais contratos como uma norma geral), bem como regras e princípios próprios do direito processual civil – notadamente a efetividade, celeridade e boa-fé – para aplicação do disposto no art. 50 da Lei nº 10.931/04 aos contratos imobiliários celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Portanto, verifica-se que há espaço para a AED na fundamentação de decisões judiciais. É certo que a utilização de fundamentos unicamente econômicos na decisão judicial, inclusive rejeitando a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, suscitará controvérsias sobre sua validade. Porém, a utilização em conjunto com a observância da boa técnica na elaboração da decisão judicial – em que se pretende encontrar sempre a norma jurídica aplicável à situação fática – muito pode acrescentar à efetividade da decisão judicial, como no caso julgado pelo STJ e descrito acima.

5. CONCLUSÃO

Este artigo procurou debater sobre a inclusão da AED nas decisões judiciais. Inicialmente, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais, apresentou-se as razões para exigência da motivação das decisões judiciais. Assim, a decisão judicial possui não só um caráter interno ao processo – permitindo o conhecimento, pelas partes, das razões que levaram ao acolhimento ou rejeição de seu pedido –, mas também um fundamento político externo, qual seja, sua legitimação democrática, visto que é a partir da fundamentação que a decisão pode ser controlada pelos cidadãos em geral.

Na sequência, foi traçado um roteiro na elaboração das decisões judiciais, em que se deve estabelecer, primeiramente, as premissas fáticas do caso concreto, a partir do que estiver provado no âmbito do processo, e, ato contínuo, encontrar a norma jurídica aplicável ao caso, inclusive com a resolução de eventuais conflitos entre as regras e/ou princípios. Por sua vez, chegou-se à conclusão que esta última etapa não está imune às críticas, notadamente de quem estuda a AED, visto que a sofisticação de teorias e os métodos de decisões não têm sido suficientes para reduzir o nível de incertezas na solução de casos levados à análise do Poder Judiciário.

Neste ínterim, tratou-se da AED como uma abordagem que busca um novo olhar sobre o direito, por meio de ferramentas teóricas e práticas ínsitas ao estudo da Economia, o qual é mais do que simplesmente abordar temas como moeda, produção, comércio. É também como a sociedade administra seus recursos escassos, isto é, como as pessoas tomam decisões. Em uma aproximação com o Direito, diz respeito a, partindo da essência do processo decisório do ser humano e de como este se relaciona com os outros, desvendar e exprimir como ele reage ao direito positivo, visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, num exercício de

prognóstico, estender esse raciocínio a eventuais novos incentivos, sejam eles uma nova legislação ou uma decisão judicial.

Para finalizar, inseriu-se, efetivamente, o debate sobre como aconteceria a AED no âmbito da fundamentação de uma decisão judicial, bem como o tratamento que já foi dado ao tema por autores clássicos como Dowrkin e Posner. Tem sido proposto, pelos que estudam a relação entre Direito e Economia, que os magistrados utilizem-se de institutos derivados da AED na resolução da lide, o que vai ao encontro da Lei nº 13.655/18, que trouxe novos artigos à LINDB, positivando a necessidade de que se considerem as consequências práticas da decisão tomada com base em valores jurídicos abstratos, determinando que a necessidade e adequação sejam motivadas.

Enfim, concluiu-se que há espaço para a AED na fundamentação de decisões judiciais, com a ressalva de que a utilização de fundamentos unicamente econômicos na decisão judicial, inclusive rejeitando a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, suscitaria controvérsias sobre sua validade. Porém, a utilização em conjunto com a observância da boa técnica na elaboração da decisão judicial – em que se pretende encontrar sempre a norma jurídica aplicável à situação fática – muito pode acrescentar à efetividade da decisão judicial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.163.283/RS. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 07/04/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Berkeley: Law Books, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 191-226, mar. 1980.

- LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 215-226, set./dez. 2016.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- POSNER, Richard A. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 243-252, mar. 1980.
- POSNER, Richard A. What do judges and justices maximize? (the same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1-41, 1993.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.
- TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios de direito e economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Segurança jurídica como estoque de capital

O papel do Judiciário e a racionalidade econômica

Fabiola Utzig Haselof

1. A TRAGÉDIA DO JUDICIÁRIO. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO BEM COMUM

A Tragédia do Judiciário é uma paráfrase ao conhecido ensaio “A Tragédia dos Comuns” (*The Tragedy of the Commons*), do ecologista Garret Hardin, publicada na revista *Science*, em 1968.¹ A hipótese central abordada por Hardin é que a exploração excessiva de um bem comum, e que consista em um recurso finito, pode conduzir ao seu esgotamento, prejudicando todos os potenciais beneficiários deste bem coletivo. Para ilustrar o raciocínio, Hardin apresenta a situação hipotética de um pasto explorado por pasto-

1. HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968.

res de determinada localidade. Como o pasto é um recurso finito, se não houver um limite de animais que cada pastor possa colocar nele, é natural que, à medida que os pastores vão prosperando no seu negócio, adquiram mais animais. Cada animal que é adicionado ao pasto vai representar uma vantagem para o seu proprietário (internalização do lucro), que poderá lucrar mais com a venda dos frutos do animal (lã, leite e derivados). Há, no entanto, uma desvantagem, esta suportada pela coletividade (externalização do custo), que é a maior utilização do bem finito, contribuindo para o seu desgaste e mais rápido esgotamento. Quanto mais prosperarem os pastores, mais animais serão colocados no pasto, que será superexplorado, o que conduzirá ao seu esgotamento, haja vista que se trata de um recurso finito, fazendo os animais padecerem ou perecerem, o que levará seus proprietários à miséria. Esta, então, é a Tragédia dos Comuns.

A prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário também pode ser considerada um bem de uso coletivo,² cujos recursos são escassos,³ considerando a limitação da sua estrutura. O uso demasiado da estrutura jurisdicional e a sobreutilização deste recurso limitado podem dificultar ou inviabilizar o seu devido funcionamento, o que representa um prejuízo que é suportado por toda a coletividade, ou seja, por todos os jurisdicionados que não conse-

2. A noção de serviço judiciário como bem comum pode ser encontrada em outros trabalhos, como a pesquisa empírica intitulada *Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil, Relatório Final Ajustado*, sob coordenação de Hermílio Pereira dos Santos, da PUC-RS; no artigo *A tragédia do judiciário*, de Ivo Teixeira Gico Jr., *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014; na tese de doutorado de Erik Navarro Wolkart, *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*.

3. “A escassez leva, precisamente, à criação de instituições para enfrentá-la. Tais instituições visam, especialmente, a permitir que cada um se sirva do bem escasso segundo suas necessidades (não desperdiçar) ou adapte suas necessidades à escassez, e estimulam o espírito empreendedor a fim de descobrir novas fontes de aprovisionamento, ou outras formas de exploração dos recursos conhecidos. As duas forças são complementares. (...) Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso.” MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28-29.

guem obter uma resposta em tempo razoável, devido à sobrecarga causada pelo volume excessivo de processos que chegam ao Judiciário.⁴

A crítica que pode ser feita à Tragédia dos Comuns é que o esgotamento do recurso ocorre no ápice da crise e a adoção de medidas que propiciem a regularização do seu uso, eliminando sua sobreutilização ou superexploração, podem resgatar e recuperar a utilização normal do bem. No exemplo utilizado por Hardin, quando o pasto se esgota e os animais começam a perecer, é o momento de criar regras que limitem o número de animais que cada proprietário pode ter em seu benefício exclusivo. Foi exatamente o que ocorreu na vida real, em Boston, durante a década de 1630, quando o famoso parque Boston Common foi adquirido pelos puritanos fundadores do Massachusetts Bay Colony e passou a ser utilizado por muitas famílias como área de pasto para o gado. O aumento do número de animais causou o fenômeno do sobrepastoreio, que é a degradação decorrente do pastoreio intensivo, sem intervalos, para necessária recuperação, obrigando, em 1646, que o pastoreio fosse limitado a 70 animais naquele que se tornou o mais antigo parque público no centro de uma cidade. Diante dos sinais de escassez dos recursos, foi necessário estabelecer um regramento que preservasse a utilização racional do bem e que evitasse que a ausência de regras que limitassem o uso abusivo e irracional acabasse por provocar o colapso e consequente prejuízo a todos os potenciais beneficiários.

Da mesma forma, a Tragédia do Judiciário apenas sinaliza que chegamos a um ponto crítico em que é necessário estabelecer regras de racionalidade do uso do serviço judiciário que permitam seu regular funcionamento.

4. Mark Tushnet considera o uso de precedentes mecanismo essencial para dar o mínimo de racionalidade e permitir o funcionamento adequado do sistema. Na sua reflexão realista e pragmática, “o sistema de jurisdição baseada em precedentes dos Estados Unidos talvez acabe por deixar implicitamente marcada a ideia de que não podemos nos dar o luxo de oferecer justiça *em demasia*, vale dizer, de oferecer todos os direitos que o sistema jurídico se propõe a dispor”. TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, 2013.

2. A CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. A SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL E A INCORPORAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

Relativamente ao caso específico do Brasil, que tem suas raízes no sistema romano-germânico do *civil law* e passou a incorporar o *common law*, nossa conclusão é que a vinculação ao sistema de precedentes surge como método que objetiva resgatar a racionalidade e devolver segurança jurídica ao nosso sistema. Tais valores fundamentais (racionalidade e segurança jurídica) foram severamente abalados como resultado de fenômenos contemporâneos reciprocamente implicados no contexto da superação do positivismo jurídico⁵ e efetividade da Constituição,⁶ associada à facilitação do acesso ao Poder Judiciário. Essa combinação provocou um aumento de processos gerando altos níveis de incoerência em nossa jurisprudência e, conseqüentemente, uma diminuição na segurança jurídica, aumentando o número de ações ajuizadas, alimentando um círculo vicioso. Esse fenômeno é melhor observado quando compreendemos o ciclo da litigância. O sistema brasileiro foi diretamente impactado, pois a plasticidade da lei trabalhada no pós-positivismo dificultou a previsão do resultado do julgamento. Tal contexto

5. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017. No Brasil: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, p. 358-91, 2001.

6. HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución: escritos de derecho constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 61-84. No Brasil: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1982; ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. 2. ed. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005.

provocou o que consideramos o deslocamento da racionalidade da lei para o precedente.⁷

Além disso, existem algumas características institucionais específicas no sistema brasileiro que contribuem para essa crise de uma enxurrada de litígios. No Judiciário, o sistema não oferece bons incentivos para um acordo, os custos de uma ação judicial são baixos, não há exigências de comprovação de causa plausível no mérito para admitir o processo e julgamento⁸ e não há filtros para demandas frívolas. No Poder Executivo, a principal característica é uma grave falta de eficiência em nossa Administração Pública no nível operacional, tornando necessária a intervenção do Judiciário em uma enorme quantidade de situações. O Poder Legislativo no Brasil possui uma atuação insatisfatória, com grande parte dos congressistas envolvidos em escândalos de corrupção e buscando por benefícios pessoais no desempenho do mandato parlamentar, desconsiderando o interesse público que deveria reger sua atuação. Além disso, muitos mandatos são cumpridos por pessoas que jamais foram eleitas, pois são suplementes de parlamentares afastados dos mandatos, o que é um grave defeito do nosso sistema eleitoral, junto com o pluripartidarismo, que permite a existência de dezenas de partidos com cadeiras no Parlamento, dificultado o consenso e abrindo o caminho para as concessões costuradas pelos mais diversos interesses, mas dificilmente pelo interesse público. Em

7. O constitucionalismo contemporâneo no Brasil e seu impacto no deslocamento da racionalidade da lei para o precedente. HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 119-135.

8. Tratando da questão dos julgamentos sumários e dos critérios para sua admissão, a Suprema Corte dos Estados Unidos flexibilizou os requisitos para inadmitir o julgamento de uma causa. Anteriormente, a admissão de uma causa para julgamento dependia da comprovação de fatos consistentes com as alegações (*"state of facts consistent to the allegations of the complaint"*). A nova comprovação que passou a ser exigida para admissão de uma causa para julgamento depende da prova da existência de uma plausibilidade no mérito (*"plausible showing of merit"*). Caso não consiga apresentar provas da plausibilidade no mérito, a causa pode ser inadmitida e não vai a julgamento. POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Aspen Publishers, 2014, p. 788-779.

síntese, nosso Parlamento não funciona como deveria, fazendo necessária a intervenção do Poder Judiciário com frequência e intensidade maior do que seria desejável, o que é uma característica típica das democracias que ainda se encontram em processo de consolidação.⁹

Portanto, existe um conjunto de fatores institucionais e estruturais identificados, não apenas no Poder Judiciário, mas existentes no âmbito dos três Poderes, que contribuem para estimular o aumento da demanda pela intervenção do Poder Judiciário. Em outras palavras, as deficiências estruturais e operacionais dos Poderes Executivo e Legislativo acabam gerando um elevadíssimo número de casos para o Poder Judiciário, que, por sua vez, possui seu acesso bastante facilitado. Portanto, lidar com essa demanda invencível, que necessita produzir uma quantidade enorme de decisões, exige a adoção de mecanismos de previsibilidade e preservação da igualdade na aplicação da lei, que atuam como técnica de racionalidade do uso do sistema através da segurança jurídica.

Chegamos ao ponto principal deste artigo: apresentar fundamentos que nos fazem crer que a segurança jurídica se apresenta, possivelmente, como um dos maiores problemas ou desafios atualmente enfrentados pelo Brasil. Isso porque os efeitos negativos da insegurança jurídica são propagados nas mais diversas áreas, não ficando restritos ao âmbito jurisdicional. A falta de segurança jurídica provoca o constante aumento das ações ajuizadas, o que promove maior inconsistência na jurisprudência, impede que pessoas físicas e jurídicas planejem sua conduta, reduz as chances de um acordo, desestimula investimentos e proporciona um ambiente onde é possível beneficiar determinadas pessoas físicas e jurídicas específicas, o que torna especialmente difícil combater a corrupção, especialmente os crimes de colarinho branco. Portanto, a insegurança jurídica tem um enorme custo social ao dificultar a paz social, o bem-estar e a felicidade.

9. HASELOF, Fabíola Utzig. Jurisdição constitucional: contribuição do judiciário para fortalecimento de democracias em processo de consolidação. *Revista da AJURIS*, ano XLIV, n. 143, dez. 2017.

Acreditamos que a adoção de precedentes vinculantes, típicos da tradição do *common law*, é o primeiro passo que possibilitará a obtenção de segurança jurídica no sistema brasileiro. A influência do *common law* no nosso Direito teve início com a Constituição Republicana de 1891, quando adotamos o controle incidental de constitucionalidade (*judicial review*). Gradualmente, várias alterações foram sendo promovidas na nossa legislação em reformas pontuais, constitucionais e infraconstitucionais,¹⁰ mediante as quais fomos pouco a pouco adotando a sistemática de eficácia formalmente vinculante. Em 2015, um novo Código de Processo Civil foi promulgado, incorporando precedentes vinculantes do Supremo Tribunal, Tribunais Superiores e Tribunais de Apelação, o que significa não apenas os precedentes do Supremo Tribunal, mas precedentes ordinários também se tornaram formalmente obrigatórios no Brasil (não apenas vinculantes *de facto*), não obstante a nossa tradição do *civil law*.¹¹ Mudanças também foram feitas no sistema de provas e

10. HASELOF, Fabíola Utzig. A mistura das jurisdições no Brasil. A influência remota e crescente do *common law* e a incorporação do sistema adversarial. In: HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Editora Forum, p. 106-110. Em síntese, mencione-se a Lei nº 11.672/2008, que disciplina recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/73; art. 1.031 do CPC/2015) e a Lei nº 11.418/2006, que disciplina a repercussão geral (art. 102, § 3º da CF; art. 543-A e B do CPC/73; art. 1.035 e 1.036 do CPC/2015), bem como a Súmula Vinculante prevista no art. 103-A, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

11. Nos países da Europa Continental, de modo geral, o precedente não é formalmente vinculante, embora seja normalmente seguido pelas Cortes inferiores. Por isso, muitos juristas afirmam que, em tais sistemas, os precedentes são vinculantes *de facto*, mas não de direito (ALGERO, Mary Garvey. The sources of law and the value of a precedent: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation. *Louisiana Law Review*, v. 65, n. 2, p. 788, 2005; MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 103, 119, 122-123, 130-131, 461). MacCormick, no seu estudo comparado dos precedentes, menciona que somente alguns tipos especiais de precedentes em alguns sistemas continentais possuem eficácia vinculante de direito, citando como exemplo os precedentes estabelecidos pela Corte Constitucional da Alemanha. Precedentes comuns (*ordinary precedents*) estabelecidos por outras Cortes alemãs não são formalmente vinculantes, mas devem ser seguidos, exceto se houver justificadas razões em sentido contrário. O mesmo ocorre na Polónia e na Espanha, onde os precedentes oriundos do Tribunal Constitucional são os únicos que possuem eficácia vinculante formalmente estabelecida na lei (Ibidem, p. 461-462).

evidências, que incorporam o sistema adversarial, típico dos sistemas do *common law*, demonstrando que o atual sistema brasileiro é uma mistura de tradições do *civil law* e do *common law*.

3. A RESISTÊNCIA AO SISTEMA DE PRECEDENTES E SEUS REFLEXOS NA RACIONALIDADE ECONÔMICA

Não obstante as recentes reformas significativas em nossa legislação processual civil, deixando claro que nosso sistema é o resultado de uma mistura do *civil law* e do *common law*, alguns segmentos no Brasil, no entanto, resistem à adoção do sistema de precedentes. Esta resistência vem principalmente de dois segmentos: o primeiro, integrado por profissionais que argumentam que o sistema de precedentes é incompatível com a tradição do *civil law*; o segundo vem de um segmento que se beneficia ou procura algum benefício da incoerência da jurisprudência e da possibilidade do julgamento casuístico, que nega a igualdade perante a lei.

Não acreditamos na consistência desses dois argumentos. Observe-se que muitos países que não tinham tradição do *common law* passaram a incorporá-lo quando se tornaram colônias inglesas, o que demonstra que, não obstante a tradição, o método pode ser incorporado, e assim ocorre de forma recíproca, ou seja, o *common law* sendo incorporado por sistemas do *civil law* e vice-versa.¹² Em outras palavras, tal argumento que rejeita

12. Richard Posner destaca a praticidade e o conforto que o método silogístico proporciona, fazendo com que julgadores (e também advogados), com o intuito de tornar sua atividade o mais objetiva possível, se empenhem em fundamentar suas posições jurídicas da forma mais silogística possível (“*So compelling and familiar is syllogistic reasoning that lawyers and judges, ever desirous of making their activity seem as objective as possible, try hard to make legal reasoning seem as syllogistic as possible.*” POSNER, Richard. *The syllogism and other methods of logic*. In: POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. US: Harvard University Press, 1993, p. 39).

incorporações recíprocas não se sustenta empiricamente, e prova disso são as denominadas jurisdições mistas.¹³

Acreditamos que a combinação de sistemas (códigos e casos) é um fenômeno contemporâneo,¹⁴ que promove a melhoria recíproca, levando à conclusão de que atualmente os sistemas são complementares, porque a lei estabelece os limites e as regras do jogo, assegurando a certeza prévia sobre o que se pode esperar. O precedente, a seu turno, permite antever o resultado do julgamento em uma situação específica, que é

13. O estudo dos sistemas denominados jurisdições comprova que muitas das transformações que vem ocorrendo entre nós já foram mais intensamente experimentadas por outros sistemas. Em regra, são sistemas que adotavam o *civil law* e passaram a incorporar o *common law* como resultado de conquistas e aquisições territoriais (jurisdição mista por imposição) ou pela assinatura de tratados (jurisdição mista espontânea), passando a misturar os dois sistemas. Ou seja, ambas as tradições passaram a coexistir harmonicamente no mesmo sistema. São sistemas nos quais códigos e precedentes formalmente vinculantes são fontes de lei. Esses acontecimentos históricos que originam as jurisdições mistas ocorreram no período que vai do século XVIII, quando surge a jurisdição mista da Escócia, em 1707, ao assinar o *Act of Union* e ter sua soberania integrada à do Reino Unido, e tem seu marco final na primeira metade do século XX, quando se encerra o mandato britânico sobre Israel, ocasião na qual a influência britânica que legou a Israel o *common law* é flexibilizada pelo movimento de intensa produção legislativa que se iniciou no estado israelense. Como exemplo de jurisdição mista, podemos citar Louisiana, Quebec, Filipinas, Malta, Porto Rico, África do Sul, Camarões, Zimbábue (República do Zimbábue, ex-Rodésia), Botswana, Lesoto, Swaziland (Suazilândia), Namíbia, Sri Lanka, Seicheles, Santa Lucia, Maurícia, Israel e Escócia. HASELOF, 2018; HASELOF, 2017, p. 385-406.

14. De outro lado, os países do *common law* também passaram a incorporar institutos do *civil law*. Embora países como os Estados Unidos da América tenham tradição legislativa, tanto que no período que sucedeu sua independência, em 1776, até meados do século XIX, houve tendência à adoção do *civil law* e do direito codificado, especialmente o francês e o espanhol (RENÉ DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 452), o certo é que a partir de então ficou clara a opção pelo *common law*. Não obstante, a partir da segunda metade do século XX, observa-se um incremento da produção legislativa e do emprego do método silogístico como técnica de raciocínio conducente à conclusão, sendo este um processo mental tipicamente relacionado ao *civil law*. Vê-se que o método silogístico, sempre associado ao raciocínio dedutivo típico do *civil law*, é um processo mental largamente empregado no *common law* anglo-americano. Da mesma forma que o *common law* tem utilizado o método silogístico dedutivo, também o método indutivo tem sido utilizado de forma mais ampla ou mais restrita em países como França, Itália e Alemanha (PALMER, Vernon Valentine. *Double reasoning in the codified mixed systems: code and case law as simultaneous methods*. *European Journal of Comparative Law and Governanc*, p. 28, 2013).

uma garantia fundamental da isonomia. Quando o resultado do julgamento pode ser antevisto, isso funciona como garantia de economia de tempo, pois, desde o julgamento de Primeira Instância, o precedente é aplicado, ademais, desestimula o ajuizamento de ações cujo resultado desfavorável é conhecido, desafogando o Poder Judiciário. E, caso a ação já tenha sido ajuizada, o precedente estimula a celebração do acordo entre as partes, afastando o viés comportamental do excessivo otimismo de ambas as partes com o resultado do julgamento e que opera como fator dificultador do acordo.¹⁵ Isso ocorre porque, quando há excesso de otimismo de ambas as partes com o resultado do julgamento, faz-se com que o valor da proposta de acordo seja mais baixo que o esperado e o valor esperado mais alto que o proposto, diminuindo ou eliminando a margem negociável ou *settlement range*. Quanto maior a margem negociável, maiores serão os pontos nos quais poderão ser identificados benefícios recíprocos e, por outro lado, maior será a margem de perda potencial caso não se chegue a um acordo (*settlement process: getting to yes*). Esses dois pontos incentivam as partes a transigirem, embora a existência de uma larga margem negociável também possa prolongar as negociações até que todos os pontos sejam acomodados.¹⁶ O papel que a adoção do sistema de precedentes desempenha como fator estimulante dos acordos é fundamental, pois, como em qualquer contrato, é necessário que ambas as partes tenham parâmetro de um valor que as faz acreditar que a celebração do acordo é vantajoso. Tanto a discrepância na jurisprudência quanto o otimismo estimulado pela incerteza

15. BAR-GILL, Oren. The evolution and persistence of optimism in litigation. *The Journal of Law, Economics & Organizations*, v. 2, n. 2, 2005.

16. "A larger range (of settlement) will, by definition, contain more points that are mutually beneficial. The larger the range, moreover, the less it will cost the parties to determine that a settlement – some settlement – is in the best interest of both, and the greater the potential loss from failing to reach agreement. But while on balance the size of the settlement range and the likelihood of settlement may well be positively correlated, the larger the range the longer the negotiation settlement is likely to take." (POSNER, op. cit., p. 780).

do julgamento podem estreitar a margem negociável, dificultando ou até mesmo inviabilizando a possibilidade de acordo.¹⁷

Quanto à possibilidade de proferir decisões judiciais diferentes dependendo do juiz, sem o resultado isonômico proporcionado pelo uso do precedente e sem a formulação do raciocínio distintivo (*distinguishing*), ele apenas contribui para criar uma situação caótica em nosso sistema judiciário, fomentando a incerteza jurídica e impedindo-nos de produzir um estoque ótimo de bens de capital. Considerando que não há previsibilidade no desfecho dos julgamentos, a tendência é o aumento do ajuizamento de ações judiciais. No Brasil, existem atualmente mais de 110 milhões de ações judiciais em tramitação.¹⁸ Isso gera uma enorme despesa tanto para o Judiciário quanto para as partes, e a falta de segurança jurídica reduz drasticamente as chances de um acordo. A ansiedade envolvida neste contexto de incerteza causa sofrimento e impede as pessoas de usarem seu tempo e dinheiro com atividades mais prazerosas e gratificantes. Da mesma forma, os recursos públicos poderiam ser empregados em outras finalidades se nossa estrutura não estivesse tão sobrecarregada.

O custo de fazer negócios com o Brasil também é enorme, desencorajando os investidores, que optam por investir em lugares que ofereçam segurança jurídica, o que dificulta nosso desenvolvimento e a geração de riqueza. A falta de segurança jurídica provoca o aumento dos custos do litígio (custos da negociação) e o custo de fazer negócios no Brasil. Observe-se que, apesar de o Brasil figurar como 9^a economia mundial, ocupa a posição 125^a no ranking Doing Business 2017,¹⁹ que mede a facilidade de fazer

17. "As with any contract, a necessary condition for negotiations succeed is that there be a price at which both parties would conclude that agreement would increase their welfare." (POSNER, op. cit., p. 779).

18. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb-79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

19. Elaborado pelo The World Bank e disponível em: <http://www.doingbusiness.org/en/rankings>. Acesso em: 12 jun. 2020. O ranking considera dez aspectos (*Dealing with construction permits; Getting electricity, Registering property, Getting credit, Protecting Minority Investors, Paying*

negócios em 190 países, o que se traduz em atratividade para empreendedorismo e investimento. Esses efeitos causados pela ausência de segurança jurídica representam um alto custo social, pois, ao desincentivar investimentos, recursos deixam de ser aplicados e gerados no país, dificultando nosso desenvolvimento econômico.

Por outro lado, os precedentes podem ser considerados como um estoque de bens de capital que produz conhecimento e confere informações para possíveis litigantes em uma determinada área do direito. Essas informações são capazes de esclarecer direitos e obrigações atuais e futuros, tratando com igualdade as situações semelhantes, incentivando acordos, agilizando o uso do Poder Judiciário e criando um ambiente previsível ancorado na segurança jurídica. Além disso, devemos estar preparados para o uso de inteligência artificial no Judiciário e essas ferramentas requerem a previsibilidade fornecida pelo sistema de precedentes.

4. OS PRECEDENTES COMO ESTOQUE DE CAPITAL NA EXPRESSÃO DE POSNER

Na sua obra *Economic analysis of law*, Richard Posner considera o conjunto de precedentes como estoque de capital de um país.²⁰

O capital jurídico do Estado é composto pelo conjunto de regras jurídicas aplicadas pelo Poder Judiciário. Essas regras jurídicas constituem o bem de

taxes, Trading across borders, Enforcing contracts, Resolving insolvency), a maioria diretamente relacionada à burocracia estatal, que não seria diretamente ligada ao Poder Judiciário. Não obstante, a burocracia é consideravelmente alimentada e estimulada pela falta de segurança jurídica.

20. "Viewed economically, the body of precedents is an area of law is a stock of capital goods – specifically, a stock of knowledge that yields services over many years to potential disputants in the form of information about legal obligations. Capital goods depreciate; the value of the services that they yield declines over time. This can result either from the physical wearing out of the good or from obsolescence – a change in the environment that reduces the value of the services that the good yields". POSNER, op. cit., p. 583.

capital do Poder Judiciário e podem ser oriundas do Poder Legislativo ou da interpretação dada pelos Tribunais e que forma os precedentes.²¹ Portanto, quando falamos em estoque de capital do Poder Judiciário, estamos nos referindo à jurisprudência, ou seja, às decisões judiciais já proferidas e que permitem antever como o Judiciário julga determinado tema.²² Um Estado pode ter um estoque de capital que dê lastro a um ambiente de segurança jurídica e a conseqüente confiança, prosperidade e riqueza por ele gerado. Também pode ter um capital jurídico depreciado por sua incoerência e falta de estabilidade ou por haver se tornado obsoleto, criando um ambiente de desconfiança e insegurança jurídica, cuja conseqüência, veremos, é a sobrecarga do Poder Judiciário, o fomento da burocracia e de despesas, não com investimentos, mas com o carregamento de uma estrutura ineficiente.

Quando o Estado aplica suas regras jurídicas com estabilidade, ele proporciona previsibilidade aos jurisdicionados, e essa previsibilidade fomenta a segurança jurídica, que cria um ambiente de confiança para os jurisdicionados, para os investidores, sinaliza claramente a conduta esperada das pessoas físicas e jurídicas, permitindo que se adequem a essa expectativa, além de favorecer a autocomposição dos conflitos, já que cada uma das partes pode dimensionar o seu direito e prever seu risco, sendo certo que todos esses aspectos operam como fatores redutores da litigância. Uma vantagem importante da previsibilidade da decisão dos Tribunais é evitar que as partes superdimensionem o seu direito, pois, quando isso ocorre, é um fator que dificulta a autocomposição.

21. O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, ergo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamento oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes. GICO Jr., *op. cit.*, p. 26.

22. Os precedentes podem ser considerados um estoque de bens de capital que produz conhecimento e confere informações para os potenciais litigantes sobre determinada área do direito. POSNER, *op. cit.*, p. 743.

Do contrário, quando a jurisprudência de um Estado é conflitante, a consequência será a imprevisibilidade, diante da impossibilidade ou dificuldade de prever o resultado de uma demanda judicial, gerando insegurança jurídica. Esta, por sua vez, prejudica a confiança dos jurisdicionados, afasta investidores, não sinaliza a expectativa de conduta, dificulta a composição dos conflitos²³ e fomenta o aumento das demandas judiciais. O aumento das demandas judiciais, por sua vez, considerando que a estrutura permanece inalterada, dificulta a resposta jurisdicional na mesma medida, agravando a crise do Judiciário.

O investimento em capital jurídico, ou seja, o investimento em um sistema capaz de produzir uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, permitindo a previsibilidade das decisões judiciais, cria um ambiente de segurança jurídica, por sua vez, fomentador de riqueza. Essa atmosfera de segurança jurídica, que permanece inalterada enquanto a jurisprudência se mantiver estável, é um importante indicador de que o capital jurídico é um bem durável. Ademais, é possível concluir também que, quanto maior a quantidade de situações cuja solução estiver claramente sinalizada na jurisprudência, maior o capital jurídico desta sociedade.²⁴

Um Estado que disponha de um sistema jurídico que, além de regras estáveis, consiga abranger o maior número de situações possíveis, e se apresente acessível ao conhecimento amplo, incrementa seu capital jurídico, potencializando sua condição ótima de previsibilidade e criando um ambiente de segurança jurídica.

23. *"Uncertainty as we have seen can be expected to reduce the chances of a settlement."* POSNER, op. cit., p. 787.

24. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, logo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes. A segurança decorrente do capital jurídico não é consumida em um único período, ela é usufruída continuamente enquanto aquelas regras forem aplicadas pelo Judiciário, razão pela qual o capital jurídico é um bem durável. GICO Jr., op. cit., p. 26.

A segurança jurídica proporcionada pelo estoque de capital considerado ótimo, por sua vez, fomenta a geração de riqueza, principalmente pelo ambiente de confiança que propicia a segurança necessária para atrair investimentos, pela diminuição dos custos das demandas e pelo desafogamento do Poder Judiciário. Isso porque, quando as partes conhecem de antemão a posição dos Tribunais, isso trabalha como fator redutor dos litígios, por vários motivos, exemplificativamente, facilitando a elaboração dos contratos, de modo a evitar futuras disputas e diminuindo o custo das empresas com consultorias e solução de conflitos; reduzindo o custo gerado pela burocracia que envolve os processos contenciosos; estimulando a celebração de acordos, o que reduz os custos da adjudicação do processo para as partes, e, por outro lado, na medida em que as causas são solucionadas por autocomposição, o Poder Judiciário tem sua sobrecarga aliviada, o que favorece o seu melhor funcionamento. Portanto, são beneficiados tanto aqueles que têm disponibilizadas as informações para programarem suas ações ou alcançarem a autocomposição e, assim, deixam de arcar com as despesas de uma ação judicial, quanto os jurisdicionados com ações pendentes, que mais rapidamente terão a solução do seu conflito. Além disso, deixa de ser necessário o investimento em aumento da estrutura do Poder Judiciário.

5. CICLO DA LITIGÂNCIA

Os ciclos da litigância seriam uma flutuação da atividade litigiosa, que consiste em um processo contínuo de retração e expansão das taxas de litigância, mas não periódico, pois os ciclos podem variar no seu tempo de duração.²⁵ O ponto inicial do ciclo pode ser situado em um momento de *Insegurança Jurídica*, que irá provocar a *Expansão da Litigância* e

25. *Ibidem*, p. 38.

o conseqüente *Aumento das Decisões Judiciais*, que produzirão *Capital Jurídico* e a conseqüente *Segurança Jurídica*. Como efeito, teremos a *Retração da Litigância*, até que ocorra a *Depreciação do Capital Jurídico*, que criará um ambiente de incerteza ou ausência de regra e provocará o ressurgimento da Insegurança Jurídica, dando início a um novo ciclo.

Observando esse ciclo de litigância, podemos concluir que é um círculo virtuoso, na medida em que consegue efetivamente produzir um momento de retração da litigância, que pode durar por longo período ou até definitivamente (dependendo da capacidade de reposição do capital depreciado). Portanto, a primeira conclusão que chegamos é que o capital jurídico produzido neste ciclo efetivamente conseguiu criar um ambiente de segurança jurídica que é pressuposto necessário para retração da litigância. A subsequente depreciação do capital jurídico é um desdobramento que naturalmente pode ser esperado como efeito do surgimento de novas leis que necessitem ser interpretadas ou acomodadas com as regras em vigor, ou mesmo que conflitem com a orientação em vigor, mudança na interpretação dos tribunais, em razão de transformações sociais relevantes, aprimoramento relativamente a uma interpretação que tenha revelado impactos negativos verificados na experiência ou mesmo o recuo de uma orientação jurisprudencial que tenha se mostrado equivocada. O capital jurídico pode também ficar depreciado como efeito de conjunturas econômicas. Todas essas possibilidades ocorrem naturalmente e fazem parte das tensões cotidianas de uma sociedade pluralista, que dialoga a todo momento com os mais variados interesses sociais, políticos e econômicos.

Portanto, mesmo considerado o momento no qual haverá depreciação do capital jurídico e será gerada insegurança jurídica, este ciclo de litigância retrata um círculo virtuoso. Isso porque a depreciação do capital jurídico é um fato natural e que não significa que haverá uma redução do estoque de capital, pois tudo depende da capacidade de produção e

reposição do estoque.²⁶ Partindo dessa premissa, o trabalho de Landes e Posner busca encontrar as condições que representam um equilíbrio de longo prazo.²⁷ Ivo Gico Jr., por sua vez, explora um contexto diverso, pertinente ao sistema brasileiro, qual seja, o desequilíbrio de curto prazo entre o capital jurídico em determinado período e o nível ótimo de equilíbrio jurídico de longo prazo.²⁸

A trajetória a ser percorrida até a produção do capital jurídico ótimo vai envolver a análise dos investimentos feitos pelas partes no Poder Judiciário e também os incentivos oferecidos aos julgadores que formarão jurisprudência. Segundo Landes e Posner,²⁹ como as partes somente se beneficiam da resolução do seu conflito, mas não exatamente da segurança jurídica que decorre da jurisprudência criada, o que seria o fator incentivador da alocação de recursos na produção do capital jurídico para que este alcance o nível ótimo? A resposta é a utilidade do resultado. Isso porque uma parte provavelmente não irá investir na adjudicação de um processo mais do que poderá ganhar se obtiver êxito, a menos que o simples julgamento a seu favor lhe traga uma satisfação (utilidade) que, na sua perspectiva, justifique o investimento.

26. "The fact that a capital good depreciates does not mean, of course, that the capital stock of which it is a part must shrink. That depends on the rate of the replacement of the capital goods", POSNER, op. cit., p. 583.

27. LANDES, W. M., & POSNER, R. A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, ago. 1976.

28. "Suponha que ocorra um choque que faça com que o estoque de capital jurídico fique abaixo do seu nível ótimo. Esse choque pode ser decorrente de uma mudança de posição no STF devido a uma nova composição, de uma mudança na legislação, como a introdução de um novo CPC ou mesmo devido às mudanças inesperadas das condições socioeconômicas, como foi o caso da maxidesvalorização do Real em 1999. Qualquer um desses choques pode imediatamente tornar obsoleta parte do estoque de capital jurídico existente. A presença de um estoque subótimo de capital gera insegurança jurídica. Essa insegurança faz com que aumente o número de casos perante o Judiciário, pois as partes considerarão mais difícil antever qual seria a regra jurídica aplicável ao caso concreto e, portanto, qual o valor esperado de um determinado acordo extrajudicial. O resultado será um incremento temporário de litígios (investimento) até que a discrepância entre o capital jurídico real e o ótimo desapareça." GICO Jr., op. cit., p. 33.

29. LANDES, op. cit., p. 31

Por outro lado, a necessidade de ajuizamento de ação somente surge pela incapacidade de as partes chegarem a uma solução consensual, que seria menos onerosa. Essa incapacidade normalmente decorre dos diferentes pontos de vista que cada parte guarda sobre o seu direito, e muitas vezes decorre do fato de que cada parte estar superestimando sua probabilidade de êxito, o que é um indicativo da importância da produção de capital jurídico que gere segurança e previsibilidade.

Portanto, a razão entre as ações judiciais e acordos está relacionada ao estoque de capital jurídico, pois, quanto maior o nível de insegurança jurídica decorrente de um estoque de capital considerado insuficiente, incoerente, instável (abaixo do ideal ou subótimo), menor a probabilidade de autocomposição, o que aumenta a litigiosidade e também os custos da transação em contratos futuros,³⁰ o que é apenas um dos desdobramentos econômicos negativos provocados pela ausência de segurança jurídica.

6. O PROBLEMA DO CICLO DE LITIGÂNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO (CÍRCULO VICIOSO AO INVÉS DE VIRTUOSO)

No sistema brasileiro, este ciclo de litigância, aparentemente, não cumpre todas as etapas, pois não conseguimos alcançar com êxito o momento de segurança jurídica e que vai dar as condições para que ocorra a retração da litigância, que retrata a etapa virtuosa do ciclo.

30. Para uma demonstração empírica dessa relação entre insegurança jurídica, aumento da litigância e decorrente aumento dos custos de transação vide Rezende e Zylbersztajn (2011). “Nesse estudo, os autores demonstram como a dispersão entre decisões no Tribunal de Justiça de Goiás sobre a validade de contratos de venda antecipada de soja elevou a insegurança jurídica, gerando aumento do número de litigância e, posteriormente, aumento de custos de transação na negociação de contratos futuros. (...) Para uma breve revisão da literatura sobre o aumento da taxa de litigância decorrente do aumento da incerteza decorrente da insegurança jurídica vide Dari-Mattiacci e Deffains (2007, p. 11 e ss.)” GICO Jr., op. cit., p. 35.

Do nosso ponto de vista, isso ocorre porque, ao admitirmos que decisões possam contrariar entendimento firmado por instâncias superiores, isso tem como consequência a produção de decisões discrepantes, gerando incoerência na jurisprudência a nível sistêmico. Ao produzirmos decisões que não guardam coerência com as decisões superiores (plano vertical) e tampouco no âmbito do mesmo órgão jurisdicional (plano horizontal), colhemos como resultado o fomento da insegurança jurídica, que irá estimular o aumento das demandas ajuizadas e alimentar o ciclo vicioso no qual estamos inseridos. Em outras palavras, não conseguimos entrar na etapa virtuosa do ciclo da litigância, no qual são produzidos precedentes estáveis e coerentes em número considerável e que cria o ambiente de estoque de capital ótimo. Esse ambiente de estabilidade e coerência é necessário para dar condições para que o capital jurídico depreciado, e que vai precisar percorrer novamente todas as etapas, consiga ser repostado sem causar impacto negativo no nível de estoque de capital ótimo. Quando conseguimos formar um estoque de capital ótimo, geramos segurança jurídica e reduzimos o ajuizamento das ações judiciais, estimulando acordos e desafogando o Poder Judiciário.

Observe-se que os precedentes são fundamentais para que consigamos avançar para a etapa virtuosa do ciclo. Sem eles, ficamos presos nas etapas viciosas, que geram insegurança, instabilidade, angústia, ansiedade, desperdício de recursos públicos e das partes, desestimulam acordos e investimentos, e dificultam nosso desenvolvimento econômico, a geração de riqueza, de felicidade e a realização da Justiça. Portanto, investir em estoque de capital jurídico significa criar mecanismos de aprimoramento da segurança jurídica. Quanto maior o investimento em capital jurídico, menor a utilização do Poder Judiciário, originando um círculo virtuoso de litigiosidade.

Por outro lado, quanto menor o investimento em capital jurídico, conseqüentemente, maior a insegurança jurídica que conduz ao incremento da litigiosidade, que, por sua vez, aumenta o número de decisões confli-

tantes, incrementando a insegurança e a litigiosidade, alimentando um ciclo desastroso que retrata a tragédia do Poder Judiciário brasileiro.³¹

7. CONCLUSÃO

A economia é a ciência da escolha racional em um contexto no qual os bens são escassos. As melhores escolhas serão as capazes de maximizar os benefícios esperados. E a previsibilidade do resultado é um elemento facilitador de uma escolha racional, que é alcançada quando o sistema jurídico é dotado de um regramento que viabiliza a produção de um estoque de capital jurídico considerado ótimo, porque previsível e estável, promovendo um ambiente de segurança jurídica.

A produção do capital jurídico vai necessitar do investimento (alocação de recursos) das partes na movimentação da máquina judiciária para produzir uma jurisprudência estável que proporcione segurança jurídica. Portanto, investir em estoque de capital jurídico significa criar mecanismos de aprimoramento da segurança jurídica. Observe-se que as partes apenas se beneficiam do resultado produzido no seu caso, ou seja, não auferem diretamente qualquer benefício resultante da jurisprudência que investiram para que fosse produzida, e, portanto, é considerado uma externalidade positiva. Não é possível às partes cobrarem por exemplo *royalties* pelos benefícios gerados pela jurisprudência que ajudaram a criar, ou seja, não é possível que internalizem a externalidade positiva gerada, o que poderia conduzir a um problema de suboferta da jurisprudência e o que também pode justificar o emprego de subsídios públicos à litigância. O Brasil investe consideravelmente em acesso à Justiça e aplicação de subsídios públicos à litigância³² e tal investimento possui importan-

31. Esse cenário é desenvolvido por Ivo Gico Teixeira Junior em sua tese de doutorado. *Ibidem*.

32. Nos Juizados Especiais, o acesso em primeira instância é gratuito e isento de despesas de sucumbência. O investimento ocorre também na estruturação da Defensoria Pública e no sistema de

te potencial de impacto econômico: quando o investimento produz um estoque de capital ótimo, houve uma alocação eficiente de recursos que produziram segurança jurídica, criando condições mais favoráveis para autocomposição das partes e desestimulando demandas previsivelmente infundadas, além da diminuição de custos com burocracia. Por outro lado, quando o estoque de capital produzido é subótimo, ou seja, a jurisprudência produzida é incoerente, oscilante, instável, o resultado é uma alocação ineficiente de recursos, já que o investimento não consegue ampliar o benefício esperado e gera ainda mais despesa pelo efeito do constante aumento da taxa de litigância.

Esse investimento no acesso à Justiça, no sistema brasileiro, associado a características estruturais e institucionais, tem produzido como principal efeito a sobrecarga do Poder Judiciário, incentivando o ajuizamento de ações, mas pouco tem contribuído na produção de capital jurídico que confira segurança jurídica e atue promovendo a redução da litigiosidade. Portanto, no sistema brasileiro atual, em que ainda identificamos alguma resistência à adoção do sistema de precedentes, observamos apenas o primeiro efeito mais imediato do investimento em capital jurídico (aumento da demanda), mas o resultado esperado desse investimento, a segurança jurídica, que atuaria em um segundo momento como contentora e redutora do nível de adjudicação, este resultado nós não conseguimos alcançar. Esse resultado insatisfatório ocorre quando, apesar dos investimentos públicos e privados, o produto (estoque de capital) gerado pelas decisões judiciais não consegue criar um ambiente de segurança jurídica, por causa da sua insuficiência, instabilidade ou incoerência. Quando isso acontece, o estoque de capital produzido é considerado abaixo do ideal, o que conduz ao incremento da litigiosidade, que, por sua vez, cresce o número de decisões conflitantes, aumentando o nível de insegurança ju-

Assistência Judiciária Gratuita, que isenta de custas do processo, honorários de sucumbência e despesas processuais com peritos, tradutores, intérpretes, contadores.

rídica e retroalimentando a litigiosidade, originando um ciclo desastroso que retrata a tragédia do Poder Judiciário brasileiro.

Por outro lado, quando conseguirmos formar um estoque de capital ótimo, estaremos gerando segurança jurídica e reduzindo o ajuizamento das ações judiciais, estimulando acordos e desafogando o Poder Judiciário. Observe-se que os precedentes são fundamentais para que consigamos avançar para a etapa virtuosa do ciclo. Sem eles, ficamos presos às etapas viciosas. Portanto, investir em estoque de capital jurídico significa criar mecanismos de aprimoramento da segurança jurídica. Quanto maior o investimento na formação de estoque de capital jurídico ótimo, menor a utilização do Poder Judiciário, propiciando o surgimento de um ciclo virtuoso de litigiosidade.

O ciclo virtuoso da litigiosidade tem seu ponto inicial no momento de *Insegurança Jurídica*, que irá provocar a *Expansão da Litigância* e o consequente *Aumento das Decisões Judiciais*, que, por sua vez, produzirão *Capital Jurídico* e a consequente *Segurança Jurídica*. Como efeito, teremos a *Retração da Litigância*, até que ocorra a *Depreciação do Capital Jurídico*, que criará um ambiente de incerteza ou ausência de regra e provocará o ressurgimento da *Insegurança Jurídica*, dando início a um novo ciclo.

No caso do Brasil, o ciclo fica limitado à Produção do Capital Jurídico, que nesta etapa se encerra e se reinicia, retornando ao ponto inicial da Insegurança Jurídica. Essa disfunção é causada pela qualidade do estoque de capital jurídico produzido, que não é suficiente, estável ou coerente a ponto de criar segurança jurídica e permitir o ingresso na fase seguinte, da Retração da Litigância, que marca a parte virtuosa do ciclo. A incorporação dos precedentes por países do *civil law* é uma realidade empiricamente comprovada a nível global e, no Brasil, apresenta-se como caminho para alcançar uma atmosfera de segurança jurídica que permita a produção de um estoque capital considerado ótimo e que se apresenta como caminho para que possamos ingressar e vivenciar a etapa virtuosa do ciclo da litigiosidade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALGERO, Mary Garvey. The sources of law and the value of a precedent: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation. *Louisiana Law Review*, v. 65, n. 2, 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BAR-GILL, Oren. The evolution and persistence of optimism in litigation. *The Journal of Law, Economics & Organizations*, v. 2, n. 2, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, p. 358-91, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CHASE, Oscar G.; WALKER, Jane. *Common Law, Civil Law and the Future of Categories: An Introduction*. Nova Iorque: LexisNexis, 2010.
- COASE, Ronald. The problem of social costs. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960.
- COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, v. 92, ano 23, out./dez. 1998.
- COOTER, Robert. *An introduction to law and economics, law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson, 2013.
- CROSS, Rupert e HARRIS J.W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Law Series Press, 1991.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito. *Revista de Processo*, v. 269, p. 421-432, jun. 2017.

- FUX, Rodrigo. A evolução da análise econômica do direito no Brasil. *Revista J&C*, n. 219, nov. 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-evolucao-da-analise-economica-do-direito-no-brasil/>. Acesso em: 07 jan. 2019.
- GICO Jr., Ivo. *A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Brasília, UnB, 2012.
- HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968.
- HASELOF, Fabíola Utzig. Jurisdição constitucional: contribuição do judiciário para fortalecimento de democracias em processo de consolidação. *Revista da AJURIS*, ano XLIV, n. 143, dez. 2017.
- HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Forum, 2018.
- HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución: escritos de derecho constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOOD Jr, John T. *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*. Louisiana Law Review, v. 35, n.35 1975.
- KAPLOW, Louis. Multistage adjudication. *Harvard Law Review*, n. 732, 2013.
- KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: an economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, p. 382-399, jan. 1994.
- LANDES, W. M., & POSNER, R. A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, ago. 1976.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane, *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MACKAAY, Ejan, *Law and economics for civil law systems*. Cirano: Edward Elgar, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. São Paulo: RT, 2009.
- McPHERSON, B.H. *The reception of english law abroad*. Brisbane: Supreme Court of Queensland Library, 2007.
- PALMER, Vernon Valentine. Double reasoning in the codified mixed systems: code and case law as simultaneous methods. *European Journal of Comparative Law and Governanc*, 2013.

- PALMER, Vernon Valentine. Mixed Legal Systems. In: BUSSANI, M., MATTEI, U. (eds). *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Aspen Publishers, 2014.
- POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- RENÉ DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.
- SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. Handbook of Public Economics, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1982.
- TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, 2013.

Uma análise do princípio da boa-fé no direito contratual inglês e no canadense

A contribuição do estudo de *Bhasin* para a análise da segurança jurídica no direito contratual brasileiro

Gabriela Arruda

1. INTRODUÇÃO

No caso-marco *Bhasin*, a Suprema Corte do Canadá, por unanimidade, decidiu que existe um princípio geral de boa-fé no direito contratual, oficialmente se distanciando do direito contratual inglês. *Bhasin* tem sido qualificada como uma decisão revolucionária.¹ Eu questiono neste trabalho se *Bhasin* realmente representa um divisor de águas. Menciono as doutrinas de termos implícitos, que vêm sendo aplicadas pelo direito contratual in-

1. HUNT, Chris. Good faith performance in Canadian contract law. *The Cambridge Law Journal*, v. 74, n. 1, 2015.

glês e canadense para lidar com questões de injustiças e concluo que o reconhecimento do princípio geral de boa-fé não é uma panaceia para todos os problemas de execução dos contratos.

Considerando que a boa-fé não é claramente definida, *Bhasin* pode resultar no acréscimo da litigância, eis que a quebra da boa-fé provavelmente será alegada como causa de pedir por partes insatisfeitas com a forma na qual os acordos econômicos se desenvolveram. Defendo que, apesar da inovação trazida por *Bhasin*, as repercussões práticas deste caso provavelmente não resultarão em acentuada mudança de direção no direito contratual canadense.

Em conclusão, discorro acerca da contribuição que o estudo de *Bhasin* pode apresentar para a análise da segurança jurídica, liberdade de contratar e obrigatoriedade dos contratos no direito contratual brasileiro. O estudo das discussões travadas no direito inglês e no canadense contribui para melhor compreensão da realidade em que se inserem as relações contratuais brasileiras. O reconhecimento de princípios abertos como o da boa-fé e o da função social do contrato não trazem apenas os efeitos benéficos desejados. Há uma série de consequências negativas que devem ser reconhecidas e enfrentadas. A existência de um *trade-off* deve ser levada em consideração antes de se decidir por aplicar princípios gerais da boa-fé e da função social do contrato para acolher pretensão do contratante insatisfeito com os resultados da execução contratual.

2. DIREITO CONTRATUAL INGLÊS E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O direito contratual inglês não adota a boa-fé como princípio geral do direito contratual. A liberdade de contratar é imprescindível para o direito contratual inglês, cujas raízes estão no individualismo. O princípio da boa-fé é considerado uma ameaça à liberdade das partes de perse-

guir os próprios interesses na medida em que o Judiciário pode impor obrigações exteriores à intenção das partes. Apesar da resistência do direito contratual inglês em relação ao princípio da boa-fé, não se pode dizer que o direito inglês permite a má-fé na execução dos contratos. O direito contratual inglês dispõe de soluções individuais para problemas de injustiça contratual. A partir da doutrina dos termos implícitos, o Judiciário inglês garante a execução de boa-fé dos contratos. O processo de interpretação e as doutrinas sobre erro e frustração também lidam com os conceitos de boa-fé e de má-fé.

2.1 Termos implícitos

Existem duas categorias de termos implícitos: 1) termos implícitos pela lei que se referem a regras contratuais, 2) termos implícitos no caso concreto, que se referem à divisão de risco entre os contratantes na relação contratual. Os primeiros são considerados implícitos em todos os contratos de determinado tipo, enquanto os termos implícitos no caso concreto são implícitos em uma específica relação contratual, considerando as intenções das partes naquele contrato específico. Enquanto os termos implícitos pela lei não se baseiam na intenção das partes, os termos implícitos no caso concreto baseiam-se na intenção das partes. Nesse contexto, o foco será na utilização da doutrina dos termos implícitos aplicados a questões de injustiça no direito contratual inglês.

Existem dois testes para determinar se um termo é implícito no caso concreto, quais sejam, o teste da eficiência do negócio ou o da necessidade do negócio e o teste do espectador não oficial. Em *The Moorcock*,² o teste da eficiência do negócio foi aplicado para reconhecer um termo implícito no contrato. O teste do espectador não oficial foi elaborado em *Shirlaw v*

2. (1889) 14 PD 64, [1886-90] All ER Rep (CA) at 68.

*Southern Foundries (1926) Ltd.*³ para reconhecer como implícito um termo que é óbvio. No caso *Attorney-General of Belize v Belize Telecom Ltd.*,⁴ porém, um novo teste foi elaborado pelo Privy Council, juntando os dois testes anteriores numa única pergunta: “É isto o que o instrumento contratual, lido como um todo em consideração com todo o contexto, razoavelmente significaria?”⁵ O termo implícito deve ser necessário, razoável e não contrário a um termo contratual expresso.

Ao aplicar o teste da eficiência do negócio ou o da necessidade do negócio para reconhecer um termo implícito no caso concreto, o Judiciário altera a alocação do risco. Apesar de o termo ser implícito num caso concreto, a decisão que o reconhece funciona como um precedente para futuros casos similares, especialmente quando a decisão é de uma Corte de Apelação. No caso *Dynamic Transport Ltd v OK Detailing Ltd.*,⁶ a Suprema Corte do Canadá reconheceu como termo implícito no caso concreto em que o vendedor deve aplicar e usar seus melhores esforços para buscar a subdivisão da terra nos casos em que a aprovação da subdivisão é condição antecedente ao contrato.

No caso de termos implícitos reconhecidos pela lei, os termos são implícitos em todos os contratos de uma espécie, por exemplo, contratos de locação, contratos de trabalho, mesmo quando as partes não tenham tido a intenção de incluir os referidos termos. No caso *Liverpool City Council v Irwin*,⁷ o Judiciário inglês reconheceu como termo implícito pela lei a obrigação da municipalidade, na qualidade de locador de um prédio de apartamentos, de executar manutenção razoável das áreas comuns, mantendo elevadores e escadas seguros e prontos para uso pelos locatários.

3. *Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd*, [1939] 2 KB 206, [1939] 2 All ER 113.

4. [2009] UKPC 10.

5. *Supra* note 6.

6. [1978] 2 SCR 1072.

7. [1977] AC 239.

A corte inglesa High Court of Justice of England and Wales afirmou, em *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd.*,⁸ o dever de honestidade na execução como termo implícito no caso concreto na relação contratual. Tratava-se de um contrato relacional, que corresponde a uma relação contratual de longo prazo entre partes comerciais, o que requer comunicação, cooperação e confiança entre as partes de modo a que ambas as partes obtenham eficiência em seus negócios. O contrato é um sistema de cooperação. Normalmente, os contratos relacionais são contratos de longo prazo e a alocação do risco pode ser incompleta porque não é possível saber todos os riscos no momento da negociação do contrato. Hugh Collins identifica como obrigações implícitas nos contratos relacionais (que ele denomina redes) como o dever de fornecer informações necessária aos negócios; o dever de evitar prejudicar os interesses da outra parte a não ser no caso de obter lucro para a própria parte; e o dever de proteger a relação contratual de danos decorrentes de interferência externa (dever de lealdade e cooperação).⁹

Escrevendo sobre esta decisão, David Campbell defende que *Yam Seng* prova que o direito contratual inglês tem doutrina de boa-fé. Entretanto, a boa-fé não é aplicada por meio de um princípio geral, mas, sim, por meio de doutrina dos termos implícitos no caso concreto, reconhecidos pelo Judiciário, mas que nunca serão reconhecidos contra a intenção das partes.¹⁰

Lord Justice Leggatt, em *Yam Seng*, dispôs que um exemplo de uma norma geral existente em quase todas as relações contratuais é a expectativa de honestidade. Esta é essencial ao comércio, que depende da confiança.¹¹ O dever de honestidade é de extrema importância, princi-

8. [2013] EWHC 111(QB).

9. Supra note 3 at 329.

10. CAMPBELL, David. Good faith and the ubiquity of the “relational” contract. *Modern Law Review*, v. 77, n. 3, p. 460- 475, 2014.

11. Ibidem, p. 482.

palmente porque é impossível para qualquer contrato ser perfeitamente completo, pois as partes não podem antecipar todos os eventos que podem acontecer. Por esta razão, o dever de honestidade permeia a execução do contrato e a honestidade tem papel fundamental nos casos em que o contrato é aplicado a situações não expressamente mencionadas no instrumento.

Hugh Collins conclui que o direito inglês desenvolveu uma concepção de boa-fé na execução do contrato por meio do mecanismo de termos implícitos e isto é benéfico ao direito inglês. De fato, o direito inglês vem aplicando boa-fé há mais de um século como solução adequada a cada caso concreto por meio da doutrina dos termos implícitos.¹²

3. DIREITO CONTRATUAL CANADENSE ANTES DE *BHASIN*

3.1 Doutrina dos termos implícitos e boa-fé

O direito contratual canadense se baseia no direito contratual inglês, o qual não reconhece o dever de boa-fé na execução do contrato como princípio geral, porque isto criaria obrigações não acordadas pelas partes. A partir de uma perspectiva inglesa, enraizada no individualismo, reconhecer um dever de boa-fé na execução do contrato como princípio geral minaria a liberdade contratual. Desta forma, o direito inglês lida com questões de injustiça no caso concreto aplicando soluções individuais baseadas nos termos implícitos. As partes podem contratar contra um termo implícito. Entretanto, a redação do contrato deve ser mais explícita para excluir termos implícitos por lei do que termos implícitos no caso concreto.

12. *Supra* note 3 at 331.

Neste sentido, é interessante transcrever a afirmação de Mister Justice Andrews em *Greenclose Ltd v National Westminster Bank Plc* [2014] EWHC 1156 (Ch), [150]:

There is no general doctrine of good faith in English contract law and such a term is unlikely to arise by way of necessary implication in a contract between two sophisticated commercial parties negotiating at arms' length.' So far, specific instances of good faith are as far as English contract law has moved towards a more general duty of good faith; these are situation-specific, for example: Mahmud v. BCCI [1998] AC 20; Crossley v Faithful [2004] EWCA Civ 293.

No direito contratual canadense, há instâncias específicas nas quais a boa-fé foi reconhecida. Diversos termos (cláusulas, obrigações) foram reconhecidos como implícitos no contrato com base na eficiência contratual ou no fato de ser óbvio no caso daquela relação contratual. Para o propósito deste trabalho, focarei no reconhecimento pelo Judiciário do dever de cooperar, que parece limitar as opções discricionárias do contratante. No caso *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.*,¹³ a Corte de Apelação de Nova Escócia (*Nova Scotia Court of Appeal*) manteve a decisão da 1ª instância que reconheceu o dever de cooperar no cumprimento das obrigações contratuais. No caso *CivicLife.com v Canada (Attorney General)*,¹⁴ a Corte de Apelação de Ontário (*Ontario Court of Appeal*) reconheceu como implícito o dever de cooperar para atingir os objetivos do contrato. O reconhecimento de termos implícitos não é afastado pela cláusula chamada *the entire agreement clause*, porque o termo implícito já é parte do contrato.

As doutrinas da *common law*, que fornecem soluções individuais para casos concretos em que surgem injustiças na execução de contratos, podem

13. [1990] NSJ No 78, 96 NSR (2d) 82, 19 ACWS (3d) 1372 [Gateway Realty].

14. 2014 SCC 71, [2014] 3 SCR 494 [CivicLife].

ser entendidas como um contrapeso à teoria da liberdade de contratar. Neste contexto, a doutrina de termos implícitos aplica o conceito de boa-fé e fornece soluções similares sem criar um dever geral de boa-fé que poderia ser imposto sobre as partes contrariamente às intenções manifestadas expressamente no contrato. Hugh Collins resumiu esta ideia ao afirmar que os termos implícitos permitem a intervenção judicial enquanto mantêm a aparência de conformidade com a ideia de respeitar a autodeterminação das partes.¹⁵

A razão pela qual o direito contratual inglês desconfiava do princípio da boa-fé como princípio geral é o fato de que este reconhecimento aparentemente daria ao Judiciário o poder de reescrever os contratos. Em consequência, isto estimularia o ajuizamento de ações por partes contratuais insatisfeitas com a execução ou com o resultado do contrato.¹⁶ Eu sustento, todavia, que, na prática, o Judiciário parece já ter este poder de modificar os contratos quando a execução do mesmo se mostra injusta independentemente do reconhecimento do dever de boa-fé como princípio geral.

Desse modo, anteriormente a *Bhasin*, a boa-fé no direito contratual canadense era entendida e aplicada como um termo implícito aplicável apenas à execução do contrato e não à negociação. Recentemente, contudo, o Canadá reconheceu a boa-fé como princípio geral do direito contratual, o que marcou seu distanciamento de suas origens inglesas.

Não há, porém, uma definição amplamente aceita de boa-fé. No sistema jurídico canadense, Lord Justice Bingham em *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*. [1988] 1 All ER 348 (CA) identificou boa-fé com metáforas utilizadas coloquialmente, tais como, “jogando limpo” e “colocando as cartas na mesa”:

does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly con-

15. Supra note 3 at 297.

16. Ibidem at 306-307.

veyed by such metaphorical colloquialisms as “playing fair”, “coming clean” or “putting one’s cards face upwards on the table”. It is in essence a principle of fair and open dealing.

4. DEVER DE BOA-FÉ EM *BHASIN V HRYNEW*

O caso envolveu uma espécie de contrato de franquia ou representação comercial entre o apelante Bhasin e a apelada Can-Am. As partes atuavam no mercado de vendas de planos de investimento voltados para a educação. De acordo com o contrato, Bhasin atuava como diretor responsável por vender os planos da Can-Am para possíveis investidores. O contrato previa renovação automática após 3 anos, sujeita tal renovação ao direito da Can-Am de rescindir o contrato invocando uma cláusula expressa de não renovação no prazo de 6 meses antes do término do prazo inicial do contrato. Can-Am tinha também um contrato em separado com o outro apelado, Hrynew, que também atuava como diretor de vendas para a Can-Am e era um dos competidores de Bhasin. Nos meses que levaram à expiração do prazo inicial de 3 anos, Can-Am praticou várias condutas desonestas, conforme qualificado por Cromwell J. A principal conduta desonesta foi a decisão de indicar Hrynew como auditor no âmbito da província, dando-lhe a atribuição de fiscalizar o trabalho de Bhasin, no sentido de verificar se a prática comercial de Bhasin respeitava as leis provinciais sobre *securities*. Bhasin ficou muito insatisfeito com isto, pois Hrynew estava em evidente conflito de interesses, uma vez que era competidor direto de Bhasin. Hrynew, de fato, usou sua nova posição para pressionar Can-Am a rescindir o contrato com Bhasin. É importante destacar que Cromwell J. reconheceu que Can-Am mentiu para Bhasin várias vezes acerca das funções e poderes de Hrynew e sobre as intenções da Can-Am de renovar o contrato com Bhasin. Considerados todos os fatos, Cromwell J. determinou que a desonestidade por parte de Can-Am estava

direta e intimamente ligada ao contrato com Bhasin e constituiu violação do dever de agir honestamente quando a Can-Am decidiu pela aplicação da cláusula de não renovação. O dever de agir honestamente é um dever reconhecido na *common law*.

Danos foram calculados com base na expectativa contratual de modo a colocar Bhasin na posição em que ele estaria caso a Can-Am não tivesse violado seu dever de agir honestamente sobre o processo de renovação do contrato. Como resultado, Bhasin foi compensado pelo valor do seu negócio, que erodiu porque, de acordo com Cromwell J., se Can-Am não tivesse mentido para Bhasin no processo de renovação do contrato, Bhasin teria logrado manter o valor do seu negócio celebrando contratos com outras partes comerciais.

Nesse caso, Can-Am estava enganando Bhasin e Hrynew estava tirando clientes de Bhasin. Hrynew somente teve chance de fazer isto porque foi alçado por Can-Am à posição de *provincial trading officer*. A cláusula de renovação não era obrigatória, mas Can-Am mentiu seguidas vezes para Bhasin acerca da intenção de renovar o contrato. Enquanto afirmava para Bhasin que tinha a intenção de renovar o contrato, negociava com Hrynew tomando como premissa a não renovação do contrato com Bhasin. No final, Can-Am tentou justificar sua decisão de não renovar o contrato dizendo que gostaria de renovar, mas não funcionou.

Os fatos em *Bhasin* são extremos na medida em que Bhasin foi enganado em diversas ocasiões, mas não a ponto de cada mentira ser acionável individualmente. No julgamento de casos futuros, a discussão perante o Judiciário pode se concentrar em o quão próximo o caso concreto está de *Bhasin*.

As duas principais conclusões em *Bhasin* foram: boa-fé na execução do contrato é um princípio geral do direito contratual canadense e; existe um dever baseado na *common law* de agir honestamente na execução das obrigações contratuais.

Bhasin foi decidido pela Suprema Corte do Canadá em 2014 com as razões escritas pelo Justice Cromwell. Foi o primeiro caso em que a mais

alta corte canadense expressamente reconheceu a boa-fé como princípio geral. *Bhasin* foi considerado um divisor de águas em relação ao individualismo que define a abordagem inglesa à liberdade contratual. A Suprema Corte decidiu que: 1) Existe um princípio geral de boa-fé subjacente a diversos aspectos do direito contratual; 2) Em geral, as implicações particulares do princípio geral da boa-fé são determinadas a partir do recurso à doutrina já desenvolvida que dá efeito a aspectos de tal princípios em casos concretos e particulares; 3) É correto reconhecer, na *common law*, um novo dever que se aplica a todos os contratos como manifestação do princípio geral da boa-fé: o dever de honestidade na execução do contrato, o que requer que as partes sejam honestas com as outras em relação à execução de suas obrigações contratuais.¹⁷

Em consequência, a Suprema Corte decidiu em *Bhasin* que a boa-fé é um princípio geral do direito contratual. A Suprema Corte explicou que, para determinar as consequências particulares da boa-fé, primeiramente nós precisamos olhar para os precedentes, utilizando-os como guia na aplicação da boa-fé. O princípio geral da boa-fé se manifesta por meio das doutrinas já existentes e que são aplicadas quando: 1) as partes devem cooperar para atingir os objetivos contratuais; 2) uma das partes exerce poder discricionário sob o contrato; 3) uma das partes procura se evadir de deveres contratuais.¹⁸

Além disto, em *Bhasin*, a Suprema Corte reconheceu um novo dever sob a *common law* derivado da boa-fé, que é o dever de honestidade na execução de todas as relações contratuais. Justice Cromwell qualificou, como uma evolução apropriada no direito contratual canadense, o reconhecimento do dever de boa-fé na execução do contrato.

Apesar de afirmar o dever de boa-fé como princípio geral do direito contratual, *Bhasin* faz referência às doutrinas e precedentes da *common law*

17. *Bhasin* at para 93.

18. *Ibidem* at para 47.

e foca na aplicação de apenas um destes princípios, qual seja, o dever de honestidade na execução do contrato. O dever de honestidade na execução do contrato foi explicado como sendo, como regra, o dever de não mentir e de não enganar. A Suprema Corte, porém, abriu as portas para desenvolvimentos futuros da boa-fé e outras situações podem vir a ser reconhecidas como exigindo um grau de boa-fé na execução do contrato.

É interessante ressaltar que o dever de honestidade na execução do contrato foi reconhecido como um termo implícito pelo Judiciário inglês em *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd*.¹⁹ Neste caso, o fato de o contrato ser um contrato relacional contribuiu para o reconhecimento do dever de cooperar e, em consequência, do dever de honestidade na execução.

Os fatos em *Yam Seng* foram os seguintes: as partes celebraram contrato e o réu concedeu ao autor o direito de exclusividade para distribuir certas fragrâncias com o nome “Manchester United” em áreas específicas do Oriente Médio, Ásia, África e Austrália. O contrato não funcionou da forma como as partes imaginaram e o autor rescindiu o contrato, fornecendo como principal motivo para a rescisão várias violações contratuais pelo réu. O autor alegou que o réu falhou em assegurar que as ordens feitas pelo autor fossem embarcadas rapidamente e falhou ou se recusou a fornecer ao autor todos os produtos especificados. Além disto, o réu prejudicou as vendas pelo autor dos produtos objeto do contrato no aeroporto de Cingapura ao permitir que os mesmos produtos fossem vendidos por menor preço no mercado interno de Cingapura. O autor alega que havia um termo implícito no contrato de execução do contrato de boa-fé.

A decisão reconheceu que existe um dever implícito de honestidade e fidelidade ao que foi negociado no contexto de contratos de distribuição de longo prazo. O reconhecimento dessas obrigações implícitas é feito a partir da interpretação do contrato, o que envolve identificar as intenções obje-

19. *Supra* note 11 at paras 120 – 131.

tivas das partes a partir das convenções e usos naquela área de negócios, aplicando o princípio da eficácia do negócio.

Yam Seng parece não ser mencionado com entusiasmo pelas cortes inglesas. Entretanto, em *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd.*,²⁰ a Corte Inglesa de Apelação (*English Court of Appeal*) enfatizou que o contexto deve ser levado em consideração quando da interpretação de uma cláusula contratual que estabelece que as partes contratantes têm o dever de cooperar em boa-fé. Neste caso, Justice Jackson afirmou que não há princípio geral de boa-fé no direito contratual inglês. Entretanto, citando *Yam Seng*, Justice Jackson dispôs que o dever de boa-fé é implícito pela lei como um incidente de determinadas categorias de contrato.²¹

Enquanto o fundamento de *Bhasin* foi o dever de boa-fé como princípio geral, o fundamento de *Yam Seng* foi o dever de boa-fé como termo implícito no caso concreto. O resultado de ambos foi, contudo, similar. Ambos reconheceram a violação do dever de honestidade na execução do contrato. Entretanto, a diferença entre as doutrinas que fundamentam cada decisão pode levar o direito contratual canadense a se afastar do direito inglês e começar a forjar nova identidade.

No âmbito do direito contratual canadense, há críticas a *Bhasin*, sobretudo pelo fato de o termo boa-fé não ser claro e não ter um conteúdo definido. A *common law* é tradicionalmente avessa à adoção do princípio da boa-fé em razão da incerteza trazida. Questiona-se, por exemplo, se, no caso de duas partes contratuais terem interpretações distintas, seria reconhecida violação à boa-fé por uma delas. Como as partes contratuais devem reger suas condutas e a comunicação com a outra parte durante a execução do contrato e ainda proteger seu legítimo interesse de lucrar com o contrato? O que é boa-fé para uma pessoa pode não ser para outra e *Bhasin* não fixou

20. [2013] EWCA Civ 200 at paras 105-150 [Mid Essex].

21. *Ibidem* at para 105.

parâmetros, o que faz de *Bhasin* um precedente problemático para o direito contratual em razão de criar muita incerteza. Antes de *Bhasin*, a boa-fé era reconhecida em casos bem definidos, em especial nos contratos de trabalho. A partir de *Bhasin*, boa-fé passou a ser reconhecida no contexto comercial.

De acordo com a visão inglesa, boa-fé aprisiona o comércio e as pessoas, pois os contratantes podem se ver compelidos a cumprir obrigações não previstas no contrato. Por outro lado, o princípio da boa-fé pode se tornar sem importância caso os tribunais não o apliquem aos casos concretos.

É relevante questionar que o reconhecimento do princípio da boa-fé é colocado algumas vezes como a salvação, o que não me parece ser correto. Para resolver o caso específico de *Bhasin*, a Suprema Corte canadense acabou complicando inúmeros outros cenários comerciais. Neste ponto, eu questiono que a relação custo-benefício de *Bhasin* pode não ter sido positiva para o direito comercial. O custo decorrente da incerteza gerada pelo reconhecimento da boa-fé como princípio geral é muito alto para o modesto benefício que tal reconhecimento traz.

Apesar da crença existente na *common law* na obrigatoriedade dos contratos, há tempos o Judiciário vem concedendo alívio para contratos em razão de questões de injustiças. O equilíbrio entre valores conflitantes vem sendo colocado em prática desde o século XIX, período em que grande ênfase era dada aos valores liberais. A partir dessa perspectiva, conclui-se que a certeza no direito contratual não é um valor absoluto e que, na prática, cláusulas contratuais são afastadas com frequência. A *common law* lida com questões de injustiça contratual há muito tempo, eis que o direito inglês não permite má-fé nas relações contratuais.

Entretanto, hoje, valores individuais não são o centro do pensamento social e político e grandes mudanças podem ser sentidas no direito contratual. Alívio de contratos desvantajosos tem crescentemente sido visto como uma matéria de justiça.

Eu sustento que *Bhasin* trouxe incerteza para o direito contratual canadense, eis que as implicações práticas deste caso são amplas e ainda não

totalmente definidas ou conhecidas. Em *Bhasin*, a Suprema Corte abriu a porta para que partes contratuais busquem ampliar ao máximo o conceito aberto de boa-fé, prejudicando a certeza dos contratos. As cláusulas contratuais têm papel importante em guiar as partes em suas interações umas com as outras. No caso de a relação contratual azedar, um contrato bem redigido guiará as partes para a solução. O reconhecimento da boa-fé como princípio geral, contudo, permite que partes insatisfeitas tentem impor novos deveres com base no princípio geral da boa-fé. Como consequência, há crescente apreensão relativa à execução dos contratos pelas partes e como tal execução pode desprestigiar os parâmetros da boa-fé. Os limites da evolução da boa-fé na *common law* canadense ainda não são conhecidos. Algumas das consequências podem incluir o aumento de precauções tomadas por partes comerciais, diminuição da eficiência, aumento dos custos, em especial para a litigância.

Neste ponto, destaco trecho da obra de Gustavo Kloh acerca do direito contratual brasileiro em que o autor menciona discussão semelhante. Gustavo Kloh afirma que a intervenção do Estado na propriedade e nos contratos deve ser necessária, cuidando-se para não exceder na intervenção ou na abstenção. O autor menciona, outrossim, que a adoção de princípios como o da dignidade e o da solidariedade no âmbito do direito contratual gera incerteza no cumprimento do contrato, aumentando a sensação de insegurança por permitir maior intervenção do Judiciário nos contratos, alterando a distribuição de riscos previamente acordada entre as partes. Gustavo Kloh destaca, ainda, que, em contratos de longa duração, é possível a celebração de contratos incompletos, hipótese que exige maior grau de cooperação entre as partes contratantes e maior eficiência do Judiciário em eventual intervenção, de modo a preservar o espírito original do contrato.²²

22. KLOH, Gustavo. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019.

5. CONCLUSÃO: A CONTRIBUIÇÃO DO ESTUDO DE *BHASIN* NA ANÁLISE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

O estudo de *Bhasin* e das discussões em torno desta emblemática decisão da Suprema Corte do Canadá contribui para a compreensão dos efeitos do reconhecimento da boa-fé como princípio geral no direito contratual brasileiro, assim como de demais princípios cujos conceitos são fluidos e, por conseguinte, podem assumir diversas significações conforme o caso concreto.

Entendo ser interessante a análise dos argumentos do direito contratual inglês para negar o reconhecimento da boa-fé como princípio geral de direito contratual, pois o direito inglês expressa de forma clara e direta que visa a proteger a autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos contratos, não se melindrando em se opor à adoção da boa-fé como princípio geral. O estudo do precedente da Suprema Corte canadense que reconheceu a boa-fé como princípio geral no direito contratual (*Bhasin*) é importante por trazer à superfície argumentos a favor e contrários à intervenção judicial nos contratos tendo como base a boa-fé.

A partir da análise dos argumentos, expressos nas doutrinas canadense e inglesa a favor e contra o reconhecimento da boa-fé como princípio geral do direito contratual, é possível concluir que a adoção de tal princípio traz vantagens e desvantagens. A princípio, poder-se-ia pensar que a adoção da boa-fé não traria prejuízo algum às relações contratuais. Entretanto, é importante estudar o impacto do reconhecimento da boa-fé sob uma perspectiva técnica, em que se reconhecem impactos positivos e negativos. Reconhecer que existe um *trade-off* entre segurança jurídica, obrigatoriedade dos contratos, autonomia da vontade de um lado e proteção à boa-fé nas relações contratuais de outro torna o debate mais profundo e substancial, permitindo melhor compreensão da realidade do mundo fático e do impacto econômico da adoção de entendimentos jurisprudenciais.

Deste modo, o estudo de *Bhasin*, assim como das discussões acadêmicas sobre o referido caso, permitem a adoção de postura mais crítica acerca da teoria contratual brasileira e do impacto da aplicação de princípios gerais que, à primeira vista, parecem justos e benéficos. A intervenção judicial nos contratos com fundamento no princípio geral da boa-fé traz consequências negativas para a segurança jurídica, a liberdade de contratar e a obrigatoriedade dos contratos. Essa discussão está muito presente na Teoria Econômica dos Contratos e é relevante no contexto brasileiro, em que o posicionamento contrário à boa-fé como princípio geral parece ser entendido como aceitação da má-fé. O estudo dos precedentes ingleses e canadenses permite que nos afastemos das discussões rasas e possibilita uma compreensão mais profunda do tema, trazendo para o centro do debate as possíveis consequências negativas do reconhecimento da boa-fé como princípio geral do direito contratual.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPBELL, David. Good faith and the ubiquity of the “relational” contract. *Modern Law Review*, v. 77, n. 3, p. 460- 475, 2014.
- HUNT, Chris. Good faith performance in Canadian contract law. *The Cambridge Law Journal*, v. 74, n. 1, 2015.
- KLOH, Gustavo. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019.
- MCCAMUS, John D. *The Law of Contracts*. 2. ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

Defesa da concorrência e do consumidor

Guilherme Bollorini

1. INTRODUÇÃO

Os movimentos sociais que ocorreram na Europa a partir da segunda metade da década de 1980 prenunciaram o fim de uma era. O acontecimento-chave foi a queda do Muro de Berlim, em novembro de 1989. A partir de então, foi-se desmoronando o arcabouço jurídico e econômico que sustentou um dos lados da chamada Guerra Fria, conflito político e ideológico que durou cerca de 45 anos (grosso modo, entre 1946 e 1991), culminando com o desaparecimento pacífico da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o principal motor da ideologia socialista, ou comunista, como alguns preferem chamá-la.

A verdade é que um dos lados sucumbiu, restando ainda alguns países que, ou implantaram reformas de cunho liberalizante na economia, embora mantendo o poder político agrilhado no que ainda se denomi-

na partido comunista (caso da China e, ainda em estado embrionário, Cuba); ou buscaram uma alternativa baseada na coerção militar e na manutenção de uma economia fechada e estatizante (Coreia do Norte, por exemplo).

A vencedora da Guerra Fria, porém, foi incontestável: a economia de mercado. Como observou Charles Wheelan:

A economia soviética fracassou em grande parte porque os burocratas do governo dirigiram tudo, desde o número de barras de sabão produzidas por uma fábrica de Irktusk até o número de estudantes universitários de engenharia elétrica em Moscou. No final, a tarefa se mostrou impossível.¹

Analisando o aspecto político das transformações ocorridas naquele período, que resultaram na “desconstrução do Estado tradicional, da justiça social”, Luis Roberto Barroso reconheceu como uma de suas causas “o colapso da experiência socialista, um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia e pobreza”.²

Mas que força é essa que o mercado tem, suficiente para suplantar, com sucesso total, experiências que, na teoria, ajudariam a dar ao ser humano a dignidade nunca alcançada ao longo da história? O mercado provou ser o melhor dos sistemas econômicos? Haveria um pressuposto básico para os mercados funcionarem bem? E o papel do Estado e, conseqüentemente, do Direito na realização desse sistema? Esses são os pontos principais sobre os quais versará o presente trabalho.

1. WHEELAN, Charles. *Economia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 19.

2. BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 103.

2. A DEFINIÇÃO DE MERCADO E A CONCORRÊNCIA

Adotamos a definição proposta por Paulo Sandroni,³ no sentido de que o mercado é o local onde se realizam as transações comerciais entre compradores e vendedores, formado por várias instituições (bolsas de valores, lojas, feiras etc.) e caracterizado pela maneira com a qual elas atuam sobre o excedente econômico, que vai ser justamente o objeto dessas transações, como bens intercambiáveis, que são realizadas com base em um sistema de preços que, em geral, obedece à interação contínua entre a oferta e demanda desses bens. E completa sua lição:

Isso leva a uma classificação dos mercados em cujos extremos estão a concorrência perfeita (suposta pela economia clássica) e o monopólio. Um mercado seria de concorrência perfeita quando reunisse, tanto no lado da oferta como no da procura, um grande número de agentes econômicos (compradores e vendedores), que seriam indiferenciados entre si, criando uma situação em que é indiferente para o produtor vender a este ou àquele, desde que paguem o mesmo preço, a mesma coisa ocorrendo com os compradores. (...)

Entretanto, se é que algum dia existiram, os mercados de concorrência perfeita ou algo próximo disso praticamente desapareceram no desenvolvimento do capitalismo. O funcionamento da economia de mercado (expressão que é usada como sinônimo de capitalismo) modificou-se de modo irreversível por vários fatores, entre eles o gigantismo das modernas unidades industriais (por exigência técnicas ou por critérios de rentabilidade determinados pela economia de escala, na qual, quando maior a produção, menores são os custos e maiores são os lucros) e o crescente intervencionismo do Estado na economia (formando empresas, regulando preços, estoques e a oferta monetária, por exemplo).

3. SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. São Paulo: Editora Record, 2005.

Fica evidente pela leitura desse texto que, embora não haja mercado em concorrência perfeita, não mais que uma abstração, um ideal, tal como se toda a sociedade passasse a obedecer os Dez Mandamentos, deve-se buscar a prevalência de um sistema político e econômico que a proteja e estimule, visando sempre melhorar as condições de vida da população, expandir o capital humano por meio de maciço investimento em educação de qualidade, promover a evolução tecnológica e também o surgimento de novas oportunidades de negócios e empregos.

Na lição de Denis Borges Barbosa:⁴

para que haja concorrência entre agentes econômicos, é preciso que se verifiquem três identidades: que os agentes econômicos *desempenhem* suas atividades *ao mesmo tempo*; que as atividades se voltem para o mesmo produto ou serviço; que as trocas entre produtos e serviços, de um lado, e a moeda, de outro, ocorram num mesmo mercado.

A concorrência, como já assinalado, é própria do regime de economia de mercado, havendo, naturalmente, que se considerar como intrínseco a esse sistema econômico a disputa entre empresas.

Essa disputa acarreta danos às empresas, mesmo porque o que se procura é sempre alhear a clientela da adversária em proveito próprio; no entanto, desde que respeitadas as regras da competição, não constituem, tais danos, ilícitos. Se determinada empresa produz ou vende mercadoria de qualidade superior à de um competidor, é até saudável para o consumidor que aquele seja aliado do mercado, caso persista em atuar com baixo nível de tecnologia.

Deve-se levar em conta, por outro lado, que o jogo competitivo entre os agentes econômicos se realize de acordo com as regras estabelecidas,

4. BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

pois liberdade ilimitada quer dizer possibilidade de prejudicar outrem. Isso tudo significa que, em determinado mercado, há regras a serem seguidas que marcam uma linha demarcatória entre os padrões aceitáveis e inadmissíveis de concorrência. Neste último caso, um concorrente utiliza métodos não aceitáveis de práticas de mercado e exatamente aí o Direito intervém e atua para reprimir a concorrência desleal.

O seguinte excerto da jurisprudência do STF situa devidamente a questão:

A livre concorrência, com toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expresso da proibidade profissional. Excedidos esses limites surge a concorrência desleal.

Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente patentes ou sinais distintivos registrados. (R.T.J. 56/453-5).

Mas a concorrência perfeita, como ideal que é, como visto acima, estimula a identificação de problemas e a busca de soluções, contando nesse contexto com a indefectível participação dos governos. Mas a realidade das sociedades de mercado é a de uma *concorrência imperfeita*, que se poderia situar em um meio caminho entre a concorrência perfeita e o monopólio.

A defesa da concorrência, como lido no texto acima, tem a ver diretamente com uma economia, por assim dizer, saudável. Isso porque, devido à escassez dos bens e produtos, há que se dar condições à sociedade para poder beneficiar-se da melhor maneira possível dessa situação, evitando-se o monopólio, que traz enormes riscos, tais como restrição do volume produzido, aumento de preços, acomodação gerencial e redução dos níveis ou negligência nos investimentos em pesquisa e

desenvolvimento, na autorizada lição da Professora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio.⁵

Tendo em vista a escassez de recursos que está na base da economia, parece intuitivo que a sociedade deva se organizar para reprimir (juridicamente) situações que artificialmente restrinjam a oferta e levem a aumentos de preços.

Nem sempre, porém, o monopólio implica uma proposta nociva dentro do sistema de mercados. É o caso das patentes, por exemplo. Novamente a lição de Charles Wheelan:⁶

Os economistas podem discordar sobre quanto tempo deve durar uma patente ou que tipos de inovação deveriam ser patenteáveis, porém, a maioria concorda que a barreira de entrada criada por uma patente é um incentivo importante para que empresas façam os tipos de investimentos que geram produtos novos.

Esse entendimento relativo ao monopólio da patente é tratado como verdade evidente pela maioria dos economistas.

3. MONOPÓLIOS, CARTÉIS (TRUSTES) E SUA REPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NA EUROPA

Quando se fala em cartelização, deve-se ter em mente que o resultado é sempre o monopólio. Na lição de Paulo Sandroni:⁷

5. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro – texto de consulta para a aula ministrada em 12/11/2018 na Fundação Getúlio Vargas.

6. WHEELAN, op. cit., p. 30.

7. Sandroni, op. cit.

Grupo de empresas independentes que formalizam um acordo para sua atuação coordenada, com vistas a interesses comuns. O tipo mais frequente de cartel é o de empresas que produzem artigos semelhantes, **de forma a constituir um monopólio de mercado**. O termo “cartel” refere-se em geral ao mercado internacional – onde chegam e existem cartéis de países – enquanto se prefere utilizar termos como truste e sindicato para os mercados regionais. (...) As empresas que formam um cartel mantêm sua independência e individualidade, mas devem respeitar as regras aceitas pelo grupo, como a divisão de mercado e a manutenção dos preços combinados. (...) No entanto, a cartelização é fenômeno normal nas economias capitalistas tanto as desenvolvidas quanto as subdesenvolvidas. A atuação dos cartéis elimina a concorrência; os consumidores podem ser lesados por preços construídos artificialmente e por produtos obsoletos; as fontes de matérias primas ficam submetidas a compradores que fixam condições de compra etc.

Evidente que o Direito não poderia ficar indiferente a essas distorções ocorridas no mercado, tão clara é sua nocividade para a sociedade e o próprio regime capitalista. Assim, no ano de 1890, foi promulgada nos Estados Unidos a Lei Sherman (*Sherman Act*). Esta lei declarou ilegais contratos e combinações monopolistas para o controle do comércio exterior e interior. Mais tarde, ainda nos EUA, veio a Lei Clayton (*Clayton Act*), que ampliou ainda mais as restrições, pois proibia a imposição de preços que visassem ao monopólio com a finalidade de eliminar a concorrência; e também uma inovação importante: aquela lei proibia a concentração de empresas de um ramo sob a mesma direção.

É importante observar que, atualmente, a realidade sempre tende a fortalecer os monopólios e a cartelização, o que desafia constantemente a atuação estatal. Como observou Charles Wheelan:⁸

8. WHEELAN, op. cit., p. 89.

Durante o tempo todo o governo faz cumprir leis antitruste que proíbem as empresas de conspirar para eliminar os benefícios da competição. Haver três companhias aéreas que confabulam secretamente ao estabelecer as tarifas não é melhor que o monopólio escancarado. O princípio fundamental é que todas essas instituições constituam os trilhos nos quais corre o capitalismo.

Na Europa, o desenvolvimento da doutrina da concorrência é mais recente, conforme ensina o advogado Vitor Luiz Orsi de Souza,⁹ especialmente após a Segunda Guerra Mundial; sob a influência do direito norte-americanos, os legisladores europeus começaram a se preocupar em impedir prática anticoncorrenciais, tendo como marco principal desse movimento a criação do Mercado Comum Europeu pelo Tratado de Roma (1957). Veja-se a conclusão do texto citado:

Dentro desse contexto, assinala-se que o Mercado Comum Europeu é de inspiração liberal, baseado na iniciativa privada e nas regras de economia de mercado, sendo necessário, por esta razão, o estabelecimento de um regime assegurador de que a concorrência, no âmbito do edifício comunitário, não seja falseada, pressupondo a realização dos objetivos do tratado.

A propósito disso, devemos evidenciar ainda nesse contexto, a extinta CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço) tinha as diretrizes próprias, na medida em que regulava a concorrência em seus arts. 60 a 67 e arts. 80 e 81 para evitar qualquer cartelização das indústrias europeias do carvão e do aço. Semelhante disposição existe no Tratado da Comunidade Europeia, precisamente no art. 81 e no art. 82.

9. SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. Filosofia da lei de concorrência brasileira, americana e europeia. *Jus*, jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12907/filosofia-da-lei-de-concorrenca-brasileira-americana-e-europeia>. Acesso em: 12 jun. 2020.

4. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A REPRESSÃO ÀS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL

Também, no Brasil, o Direito da Concorrência é recente. Tornou-se princípio constitucional em 1946 (art. 148). Em 1962, foi publicada a Lei nº 4.162, que criou o CADE, tendo sido considerada a primeira lei antitruste brasileira. A CRFB/1988 dispôs da seguinte forma:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

(...)

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

(...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Vale dizer, mais uma vez acompanhando o ensinamento do advogado Vitor Luiz Orsi de Souza, a lei que criou o CADE visava, sobretudo, controlar

os abusos de preços. Somente após a Emenda Constitucional nº 1/1969 concretizou-se a norma de repressão ao abuso do poder econômico. Com a promulgação da CRFB/1988, veio a regra acima transcrita, que indica de forma clara a necessidade de haver monitoramentos no mercado, buscando sempre manter predominantemente a concorrência entre seus agentes econômicos.

Mas uma importante mudança ocorreu no final da década de 1980, e aqui cabe a transcrição dessa abordagem histórica feita pelo referido jurista:

No entanto, este ambiente começou a ser mudado em 1989, quando a abertura comercial e a adequação das tarifas e normas do comércio internacional brasileiro se submeteram às regras da OMC (Organização Mundial do Comércio). Desta feita, com o processo de privatizações iniciado em 1992 e a liberação dos preços que culminavam com o novo ordenamento econômico do Plano Real em 1994, o qual eliminou progressivamente os subsídios e vantagens anticompetitivas a produtores domésticos, o país foi moldando o seu sistema legal para a nova realidade que se apresentava.

Logo depois, em junho de 1994, o Brasil abandonou definitivamente o controle de preços, trocando-o pela lei de oferta e demanda ao adotar a *Lei nº 8.884/94* como titular deste papel, dispondo de um moderno aparato de defesa e promoção da concorrência, como também estabeleceu o controle preventivo e repressivo das infrações contra a ordem econômica (art. 1º), sob orientação dos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores, tendo a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos por ela.

Como luva à mão, temos o posicionamento do Ministro Eros Roberto Grau:

As regras da Lei nº 8.884/94 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 a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de 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.

Com esta lei, outrossim, o CADE, como órgão judicante, passou a ser Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, nos termos do art. 3º da respectiva lei.

Em novembro de 2011, foi publicada a Lei nº 12.529, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Manteve o CADE, que permaneceu vinculado ao Ministério da Justiça.

O CADE exerce função preventiva na análise de atos de concentração quanto repressiva, na fiscalização e aplicação de sanções aos ilícitos contra a ordem econômica, com evidentes reflexos na área concorrencial.

A promoção da concorrência (“advocacia da concorrência”) é exercida pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, conforme dispõe o art. 19 da Lei nº 10.529/2011. Esse órgão atua em todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal) e perante a sociedade como um todo.

É importante relevar que questões subjetivas de concorrência (por exemplo, disputas de marcas) não são resolvidas pelo CADE, que trata de concorrência em seu aspecto difuso.

5. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A Professora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio¹⁰ delimita os campos entre essas duas vertentes da atividade econômica:

Defesa da concorrência e tutela do consumidor são políticas relacionadas, mas que não se confundem. A primeira protege o processo de trocas no mercado e, ao fazê-lo, indiretamente beneficia o cliente do mercado (na maior parte das vezes, o consumidor). A segunda tem por objetivo proteger diretamente a figura do consumidor, definida, no direito brasileiro, como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço com seu destinatário final (art. 2º da Lei nº 8.078/90 – Código do Consumidor).

Nesse sentido, o interesse do consumidor é protegido pelas normas de defesa da concorrência de forma apenas mediata, enquanto a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios imediatamente tutelados.

É importante observar que, no art. 170 da CRFB, dois princípios, entre outros, avultam de importância: a livre concorrência e a defesa do consumidor.

A Lei nº 12.529/2011 estabelece como um de seus objetivos a “defesa dos consumidores” (art. 1º). Veja-se, portanto, que o direito brasileiro coloca o direito do consumidor como diretamente protegido pela lei da concorrência.

É evidente a relação existente entre a livre concorrência e o direito do consumidor. Onde se faz política de estímulo à livre concorrência, haverá reflexos nas relações de consumo, especialmente pela possibilidade de escolha entre várias opções possíveis, com reflexos evidentes na formação dos preços no mercado e na ampliação ao acesso a bens de consumo.

10. SAMPAIO, P. R. P. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. In: Armando Castelar Pinheiro; Antonio José Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. (Org.). Direito e economia: diálogos. 1ed. Rio de Janeiro: FGV, v. 1, p. 177-200, 2019.

Analisando a redução dos custos das viagens aéreas nos Estados Unidos, Charles Wheelan¹¹ aproxima a relação entre a livre concorrência e a melhoria das condições de consumo. Veja-se:

Consumidores muitas vezes olham com nostalgia para trás, para os “velhos tempos” das viagens aéreas, quando a comida era boa, os assentos maiores e as pessoas se vestiam bem para viajar. Não é só a nostalgia que está falando, a qualidade das viagens aéreas caiu demais. Mas o preço das viagens caiu ainda mais. Antes de 1978, as tarifas das linhas aéreas eram fixadas pelo governo. Todo voo de Denver para Chicago custava a mesma coisa, mas a American e a United ainda assim competiam por clientes. E usavam a qualidade para se distinguir uma da outra. Quando a indústria foi liberada, o preço tornou-se a margem básica para a competição, presumivelmente porque é o fator que mais importa aos clientes. Desde então, tudo relacionado a estar perto ou dentro de um avião ficou menos agradável, a tarifa média, corrigida pela inflação, caiu aproximadamente pela metade.

Pois bem, em várias passagens da Lei nº 10.529/2011 releva-se a proteção ao consumidor (arts. 1º, 19, incs. I e IV, art. 38, inciso III, art. 45, inc. V e art. 88, § 6º, inc.), baseada principalmente na efetividade da garantia da liberdade de escolha. A realidade, porém, fica distante desse objetivo, pois parece haver uma tendência ao monopólio e ao domínio dos mercados por parte dos agentes econômicos. Por isso, a necessidade do Estado adotar políticas de defesa da livre concorrência. Na lição de Lafayette Josué Petter:¹²

A ideia de que os mecanismos naturais de mercado, com sua incessante busca por eficiências de toda ordem, voltados, direta ou dissimuladamente, para a obtenção do lucro, resguardariam os interesses dos consumidores – pois o

11. WHEELAN, op. cit, p. 38.

12. PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

mercado é a eles destinado – cai por terra quando examinada a realidade que se nos apresenta, farta na exemplificação de abusos de poder econômico de toda ordem, seja na formação de cartéis e na constatação de monopólios e oligopólios, seja pelo comportamento imposto ao consumidor pelas agressivas políticas de marketing que a todo instante geram novas necessidades para eles. Ou seja, é contestável a chamada soberania do consumidor.

Buscando uma situação de equilíbrio ideal, Ana Paula Martinez¹³ discorre a respeito do que o consumidor pode auferir em um sistema econômico baseado na livre concorrência: “A soberania do consumidor existirá quando estiverem presentes os seguintes elementos: (i) existência de opções efetivas de escolha proporcionada pela concorrência; e (ii) possibilidade de os consumidores escolherem livremente entre essas opções.” O que se busca aqui não é somente um maior número de opções, mas um “equilíbrio entre a busca de eficiência econômica e a manutenção de uma série de opções efetivas para o consumidor”.

Mas nem sempre a existência de um sistema concorrencial garante melhores condições ao consumidor. A tendência acima afirmada, de buscar sempre o domínio do mercado, pode, a princípio, iludir o consumidor. Mais uma vez é necessário recorreremos aos ensinamentos de Ana Paula Martinez, segundo os quais, tendo em vista que a concorrência é indispensável para a dinâmica do mercado, cujo destinatário final é o consumidor, este tem seus interesses tutelados de forma mediata por meio da proteção da concorrência. No exemplo dado pela mesma autora, um produtor (denominado produtor-predador) institui, em um mercado concorrencial, preços mais baixos, com o objetivo de eliminar os concorrentes. Esta prática é, a princípio, favorável aos consumidores, que comprarão os produtos a preços mais baixos. Contudo, a tendência neste mercado é que se instaure um sistema de monopólio,

13. MARTINEZ, Ana Paula. *A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais*. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, 2004.

sistema este prejudicial aos consumidores, que ficarão sujeitos aos preços daquele produtor e terá suprimida a sua liberdade de escolha.

Daí a importância de se reprimir essa prática desde o início, e a Lei nº 12.529/2011, em seu art. 116, que alterou o art. 4º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 8.137/90, que incluiu entre os tipos penais que configuram abuso do poder econômico a conduta de fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas. E arremata Ana Paula Martinez:¹⁴

(...) o interesse maior dos consumidores é a existência de um mercado competitivo, situação que não restaria no caso de prática de preços predatórios durante período suficiente para a eliminação dos concorrentes. Por isso que o interesse do consumidor – mercado competitivo/liberdade de escolha – é mediado pela proteção dos concorrentes.

Por isso que, não obstante as evidentes vantagens que uma economia de mercado pode oferecer à sociedade e aos consumidores em especial, torna-se indispensável alguma intervenção do Estado para buscar um equilíbrio que preserve e favoreça a disseminação da livre concorrência. E a legislação, como visto, oferece meios para que a leal concorrência seja estimulada e preservada, mas é fundamental aparelhar o Estado no sentido de possibilitar a correta e efetiva fiscalização do funcionamento do mercado.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que a proteção à livre concorrência constitui decisão política fundamental – e, no Brasil, mandamento constitucional – para que os agentes econômicos e os consumidores possam buscar o melhor na defesa de seus interesses.

14. Ibidem.

A CRFB/1988 adotou os princípios da livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamentos da ordem econômica e social, e que se imbricam de modo que o primeiro constitua um limite ao princípio da livre concorrência, sendo o Estado, como agente regulador, elemento fundamental para que ambos sejam protegidos e não se anulem, o que só acontece quando há abuso do poder econômico.

Pode-se afirmar que o caminho para o desenvolvimento de um país passa não somente pela quantidade de bens produzidos pelas empresas, mas pela qualidade da sua distribuição no meio social, isto é, que aqueles sejam ofertados em regime de livre concorrência (salvo as exceções que, no caso brasileiro, são previstas pela CRFBa) a uma quantidade sempre maior de consumidores.

Não há outro ente apto a promover essa busca que não o Estado. Mas não será uma intervenção desastrosa. Nas palavras de Charles Wheelan,¹⁵ identificam-se as funções principais do governo:

O governo não só apara as arestas do capitalismo; em primeiro lugar, ele torna possíveis os mercados. (...) O bom governo torna a economia de mercado possível. Ponto final. E o mau governo, ou governo algum, joga o capitalismo contra os rochedos, um dos motivos de haver bilhões de pessoas vivendo em absoluta miséria por todo o globo.

Para começar, o governo estabelece as regras. Países sem governo que funcionem não são oásis de prosperidade em livre mercado. São lugares onde é caro e difícil conduzir até os negócios mais simples.

Não basta somente editar uma legislação que proteja a livre concorrência e os direitos do consumidor. País de tantas frustrações no que respeita à efetividade do Direito – houve até constituições que mentiram descaradamente – o Brasil busca, atualmente, um caminho que necessariamente

15. WHEELAN, op. cit, p. 83.

passa pelo respeito aos princípios e regras constitucionais, não apenas para declará-los, mas também fazê-los valer.

Esse caminho passa obrigatoriamente pela efetivação dos direitos sociais previstos na CRFB. País de enormes desigualdades, o Brasil necessita estabelecer um conjunto de regras que não apenas estimulem o crescimento econômico e higidez dos mercados, mas que também garantam o respeito à dignidade da pessoa humana.

E no que diz respeito à livre concorrência e aos direitos do consumidor, que o Estado crie a infraestrutura necessária, intervenha o menos possível e reprima severamente o abuso do poder econômico e o crime. Só isso já seria alvissareiro.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2013.
- MARTINEZ, Ana Paula. *A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais*. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, 2004.
- PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- SAMPAIO, P. R. P. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. In: Armando Castelar Pinheiro; Antonio José Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. (Org.). *Direito e economia: diálogos*. 1ed. Rio de Janeiro: FGV, v. 1, p. 177-200, 2019.
- SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. São Paulo: Record, 2005.
- SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. Filosofia da lei de concorrência brasileira, americana e europeia. *Jus*, jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12907/filosofia-da-lei-de-concorrencia-brasileira-americana-e-europeia>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- WHEELAN, Charles. *Economia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Reflexões sobre a aplicação do consequencialismo jurídico

Uma visão parcial de um magistrado

Marcella Araujo da Nova Brandão

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, é importante informar ao leitor que não sou especialista em consequencialismo jurídico ou mesmo Teoria da Decisão. Ocorre que, com a conclusão de curso de Interpretação Econômica do Direito na FGV-RIO, somada a 17 anos de prática e vivência como magistrada federal do funcionamento do Poder Judiciário, sobretudo dos juizados especiais federais previdenciários, vi-me mergulhada em uma profusão de nuances do Direito e sua eficiência real na sociedade, que merecem reflexão. Não houve outra saída que não tentar sistematizar essas ideias em um texto. Essa então é a proposta deste trabalho.

A Interpretação Econômica do Direito tem sua origem e campo fértil de aplicação no sistema da *commom law*. Talvez esse fato tenha levado a uma

resistência inicial em território nacional de aceitação da Teoria Econômica do Direito como uma poderosa ferramenta na busca de realização do melhor Direito efetivamente tutelado na Constituição.

Atualmente, embora na academia a Interpretação Econômica do Direito já encontre certo espaço e respeito dos pensadores do Direito, na prática forense, ainda se trata de algo distante, ou apenas discutido nas causas de grande repercussão e especialmente pelos Tribunais Superiores.

Porém, parece-me que é nas chamadas “demandas de massa e repetitivas” que o campo de aplicação da Interpretação Econômica do Direito encontra um campo fértil para se desenvolver.

Veja-se que, para esses casos, o desenvolvimento de um eficiente sistema de precedentes e decisões que levem em consideração as suas consequências, inclusive econômicas, é bastante interessante para equilíbrio do sistema orçamentário e mesmo de equilíbrio da federação.

Um resumo do conceito de Interpretação Econômica do Direito sob a ótica do consequencialismo jurídico pode ser definido como:

Qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas. (...) Assim, será tratada como consequencialista tanto a posição que reserva à valoração das consequências da decisão um papel residual no referido juízo de adequação (quando, p. ex., entender-se que a consideração das consequências somente deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, i.e., a uma única decisão correta), quanto aquela que admite, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, formas diferentes de argumentação (p. ex., a que se ocupa em medir a “distância” da decisão ou de suas premissas daquilo que supostamente

seria exigido pela interpretação gramatical de um dispositivo legal ou de um precedente paradigmático).¹

2. A JURIDICIDADE E SUA RELAÇÃO COM A INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Desde logo é importante entender que o incremento do uso do argumento econômico no mundo jurídico não pode apenas decorrer de modismo ou de mais uma importação de um instituto do *common law*.

A evolução da teoria da decisão no direito continental, especialmente no ambiente jurídico, levou à necessidade da juridicidade ser inserida como um extensor do próprio conteúdo da legalidade.

Aqui apenas necessário um breve parêntese para esclarecer que a teoria da decisão, como explica Fernando Leal:

(...) não é uma disciplina preocupada com métodos de interpretação, teorias hermenêuticas ou outras recomendações baseadas em concepções sobre a natureza do direito, democracia ou separação de poderes que pretendem conduzir e, assim, limitar a discricionariedade judicial. Na síntese de Resnik, “teoria da decisão” é o produto de esforços comuns de economistas, matemáticos, filósofos, cientistas sociais e estatísticos – além de certamente o trabalho daqueles que trabalham com psicologia cognitiva – voltado a dar sentido a como indivíduos e grupos tomam e devem tomar decisões. Como se nota, o que se encontra sob o rótulo “teoria da decisão” envolve tanto uma dimensão positiva ou descritiva, preocupada em compreender como as pessoas, de fato,

1. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, p. 130-158. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41531/40881>. Acesso em: 12 jun. 2020.

decidem, e uma dimensão normativa, voltada para a determinação de como agentes racionais devem decidir.²

Dito isso, voltamos a confirmar que, modernamente, o juiz continental precisa validar a norma não apenas do ponto de vista formal na legalidade, mas sobretudo na juridicidade. E, nesse campo, é evidente a relação existente entre a juridicidade e a teoria da Interpretação Econômica do Direito.

O exercício legítimo do poder somente é alcançado quando, na interpretação da norma, se atinge um resultado que efetivamente leve ao bem-estar social, eficiência e equilíbrio. Justamente esses também são os valores perseguidos na análise da consequência das decisões judiciais pelo viés da Interpretação Econômica do Direito por meio do consequencialismo jurídico.

Vale dizer que a legalidade alcança legitimidade nos princípios norteadores da atuação pública moderna, por exemplo, a eficiência, a economicidade, a responsividade, a participação e a consensualidade.³

Sérgio Guerra conclui a respeito do tema:

Desse modo, o Estado se vê diante do desafio de adotar práticas gerenciais modernas e eficientes, que deixem de ter o ato administrativo como a simples concretização da escolha estatal, e passe a buscar categorias, institutos e fórmulas que privilegiem a mediação de interesses conflitantes, ambivalentes, sem perder de vista que sua função é eminentemente pública.⁴

Assim, neste novo cenário, a eficiência e a legitimidade passam a condição de princípios orientadores da renovação do direito administrativo

2. Leal, Fernando A. R. *Consequencialismo racionalidade e decisão jurídica*: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 85-113.

3. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

4. GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Forum: 2008, p. 22.

pós-moderno e, embora com origens distantes, se encontram no direito pátrio com a teoria econômica do direito e o consequencialismo jurídico.

Reitere-se pela relevância que o princípio da eficiência não visa a negar o princípio da legalidade, mas, sim, demonstrar que a legalidade estrita por si só não se presta à nova lógica da administração de resultados.

No processo contemporâneo de Reforma do Estado e, conseqüentemente, de sua máquina administrativa, a Lei ganha novo papel.

A legalidade ganha um aspecto finalístico e material, relacionada aos resultados práticos obtidos e não apenas pelo aspecto meramente formal e procedimental abstrato. Ou seja, há uma valorização do elemento finalístico contido na lei e resultante de um processo legislativo democrático.

Veja-se Adilson Abreu Dallari a respeito:

O princípio da eficiência não derroga nem supera o princípio da legalidade. Sua inserção no texto constitucional significa que não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público.⁵

Em última análise, a Lei não será descumprida, mas, no processo de sua aplicação, seus objetivos maiores são protegidos em relação ao próprio teor literal, especialmente em situações em que houver aparente conflito entre estes. A aplicação da lei somente se legitima quando os objetivos nele previstos forem alcançados na sua aplicação no caso concreto.

5. DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003. p. 220.

Esta exigência de juridicidade na atuação administrativa é constitucional e refere-se tanto ao plano da eficácia, como, sobretudo, da efetividade, ou seja, a produção real dos resultados pretendidos pela Constituição da República.

Veja-se que o argumento econômico é útil como método de interpretação do direito sempre que a própria norma indique a necessidade de previsão da consequência de sua aplicação, como juízo de valoração.

3. O DIREITO POSITIVO

Com relação ao tema, cumpre ressaltar a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou a LINDB. Essas normas introduzidas, chamadas de Lei da segurança para a inovação pública, foram fruto de amplo debate, que levou em consideração a academia e o direito comparado e garantiu a participação de todos em audiências públicas e debates. Para consulta, tratam-se dos registros: Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349/2015 e Projeto de Lei (PL) nº 7.448/2017. Veja-se a redação dos arts. 20 e 21, de referido diploma legal:

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

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

Art. 21, LINDB. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar as condições para que a regulação ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O objetivo louvável do legislador – embora talvez pudesse ser melhor alcançado de outras formas – foi neutralizar a utilização indiscriminada de cláusulas gerais e abstratas como fundamento de decidir como argumento de autoridade, sem a devida motivação ou verdadeiramente apoiados em normas concretas.

O mais relevante me parece dessa alteração legislativa foi enterrar de vez argumentos de que decidir com o viés econômico pela análise das consequências é decidir contra o direito. Ao contrário, decidir com base em consequências passa a ser de forma objetiva cumprir a norma prescrita em lei.

4. PRECEDENTES INTERESSANTES

Na área previdenciária, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1946, entendeu pela inconstitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional (EC) nº 20/98, que fixava em R\$ 1.400,00 o teto dos benefícios previdenciários, inclusive o salário-maternidade. No voto condutor, há clara utilização de argumento de natureza econômica a partir da mensuração das consequências da aplicação da norma impugnada.

Veja-se o voto:

Na verdade, se se entender que a Previdência Social doravante responderá por apenas R\$ 1.200,00 por mês durante a licença gestante e que o empregador responderá sozinho pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste empregador pelo trabalhador masculino ao invés da mulher trabalhadora. Estará então propiciada a discriminação que a constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo. Proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto

no inciso I, do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter que responder pela diferença.⁶

Sobre a decisão:

Notem bem: o que está em questão não é a eficiência da regra do teto constitucional. O que está em questão é o atingimento de outros valores constitucionais, como a inclusão da mulher no mercado de trabalho. E o argumento econômico é parte do percurso narrativo ou retórico da decisão judicial voltada a promover o princípio constitucional. De novo, não é uma discussão sobre eficiência. Trata-se do meio jurídico adequado a atingir um fim constitucional.

Também no RE nº 407688-SP, o STF, ao decidir pela constitucionalidade de forma incidental do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.099/90, possibilita a penhora de bem de família dado como garantia em contrato de locação pelo fiador.

No processo de tomada de decisão, os Ministros exerceram um juízo de prospecção dos efeitos sociais tanto da invalidação como da confirmação da validade da norma em questão, buscando tentar extrair qual dessas teria maior efetividade em promover a garantia constitucional do direito à moradia. Se confirmassem a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que invalidara a norma, possivelmente seria trazido um grau de incerteza para o locador, que importaria em maior instabilidade ao tradicional e, diria eu, conservador mercado de locações. O reflexo final poderia ser um aumento do custo para o locatário.

6. SALAMA, Bruno. Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais, Seminário Teoria da Decisão Judicial. Cadernos do CEJ, v. 30, p. 29, 2015.

Veja-se, por exemplo, o alto custo de seguros fiança e garantias locatícias bancárias. Ou seja, em conclusão, na valoração dos efeitos e consequências de ambas as decisões possíveis, entenderam os ministros da suprema corte que a declaração de constitucionalidade da norma era o que melhor realiza o direito constitucional à moradia.

O TCU também vem pautando suas decisões em considerações de natureza econômica. Veja-se os acórdãos exemplificativos nºs 1201/2009 e 384/2014, em que o julgador devolveu os processos ao regulador para que ele melhor evidenciasse os fundamentos técnicos de que se valeu na tomada de decisões. Esses processos envolviam revisão tarifária, campo fértil e polêmico na tomada de decisões pela dialética das relações Estado *versus* cidadão.

Vale dizer que o magistrado não pode ignorar os efeitos, estímulos que suas decisões produzirão sob o aspecto econômico e do custo.

Ressalto que essa necessidade de argumentação não decorre de tempos de crise, em que a limitação e escassez de recurso torna a análise de custos mais rotineira, mas sobretudo para melhor interpretar o direito.

O norte que deve pautar a atuação do intérprete do Direito no que diz respeito ao manejo da análise econômica do direito são três palavras, a saber: equilíbrio, racionalidade e eficiência.

As escolhas individuais não podem ignorar o bem-estar social e a busca da estabilidade desse bem comum. E esse resultado somente poderá ser alcançado quando o intérprete atente para a leitura que terá a mais eficiente obtenção do resultado que atenda à finalidade da norma e seus parâmetros de justiça, inclusive a partir da análise de seus efeitos.⁷

Vale lembrar trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Resp 1.163.283/RS:

7. FUX, Rodrigo. A evolução da análise econômica do direito no Brasil. *Revista Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro: JC Editora, n. 219, p. 58, nov. 2018.

a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados.

Por fim, vale lembrar ainda as considerações que foram feitas no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 9, relativa à validade da Medida Provisória (MP) nº 2152-2, de 01 junho de 2001, destinada à incentivar a economia e redução de consumo de energia elétrica em período de escassez que o país enfrentou, bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165, que discutia o caso de planos econômicos e cuja amplitude dos efeitos em caso de procedência da ação constitucional eram de mensuração complexa e díspares dependendo das consideração e consequências que eram medidas.

Como salienta Fernando Leal: “Nos dois casos, efeitos de grande magnitude foram levantados e soa pouco crível dizer que eles deveriam ser – e que, efetivamente, seriam – simplesmente desconsiderados em qualquer um dos problemas de decisão.”⁸

5. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O LEGISLATIVO

A questão da análise econômica do Direito no processo de elaboração das Leis não é tanto objeto de estudo como na área da Teoria da Decisão.

O legislador, como aquele que deve prever os comandos genéricos e abstratos que serão o arcabouço normativo de uma sociedade, não pode

8. Ibidem, p. 5.

se esquivar nesse processo de prospecção de mensurar os efeitos e consequências das normas editadas.

Pode-se afirmar, sem medo, que a análise econômica faz parte do juízo de valoração do legislador no processo de elaboração de leis. Vale lembrar que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) tem, na sua origem, a função de limitar os gastos do Estado a partir de uma análise jurídica e econômica do que o legislador entendeu e do que fixou como limites de gastos para setores do Estado.

Mostra-se relevante lembrar a importância da participação da análise econômica e do consequencialismo jurídico no processo de elaboração das normas, especialmente nesse contexto de discussão da necessária Reforma da Previdência no país.

A queda de braço pela manutenção de determinados direitos a grupos sociais como militares e servidores públicos, se válidas sob o aspecto da democracia e da necessidade de visões plurais sobre a questão, torna imperiosa a cautela que a Casa Legislativa deve ter na elaboração do novo regramento de Previdência Pública no Brasil.

Cumprir destacar tal aspecto, porque se acompanha muitas vezes de um discurso pueril de garantia de direitos sob um aspecto meramente literal do texto da norma, sem nenhum embasamento econômico sob a viabilidade da manutenção desse direito.

Veja-se, como exemplo, a questão da fixação de idade mínima no Regime Geral de Previdência Social, até passado recente inexistente, o que é surpreendente pela frágil situação do equilíbrio da previdência, bem como a ausência de uma análise e proposta firme para reequilíbrio da previdência pública dos servidores civis e regime de remuneração dos militares da reserva ou reformados. A idade mínima foi introduzida no sistema previdenciário brasileiro em novembro de 2019, por meio da Emenda Constitucional 103/2009.

Outro ponto que parece bem relevante diz respeito à existência e estabelecimento de limites à utilização do consequencialismo jurídico. Esse aspecto ganha especial relevância na fixação de parâmetros para o “ativismo judicial à brasileira”.

A importação de um instituto de direito do *common Law* para o sistema brasileiro por si só não é um problema. Ao contrário, essa tendência de relação entre os sistemas jurídicos, além de enriquecer as ferramentas na busca do melhor direito, dinamiza paradigmas passados e eternamente repetidos nos julgados sobre questões já enfrentadas e que poderiam ser vistas sob outros ângulos.

Vale dizer que parece necessário estabelecer uma metodologia no processo de tomada de decisão, quer seja judicial, quer seja administrativa, onde deverá necessariamente ser previamente constatado: (i) se os julgadores possuem competência ou atribuição para tanto e se não as possuem e estão em exercício de função atípica se esta é programável e controlável; (ii) se a decisão que se propõe é a mais adequada, considerando as alternativas e seu viés intrusivo; (iii) se as consequências das decisões são compensadoras. Registram Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de Freitas: “Não se trata de um dever de utilização de uma ‘retórica das consequências’, como já se cogitou, nem, tampouco, tem o propósito de tornar o controle mais lasso. Quem exerce o controle não pode descuidar o seu autocontrole”⁹.

Porém, nesse aspecto em particular da análise econômica do direito e do consequencialismo jurídico, não se pode esquecer que, no modelo da *common law* norte-americano, existe a expectativa, digo, é esperado o comportamento e o ativismo do Juiz.

A margem de atuação discricionária do juiz norte-americano, nesse sentido é bem mais ampla. Desde que devidamente motivado o Juiz norte-americano extrai o direito de normas mais vagas e pelos precedentes. Richard Posner¹⁰ dispõe que:

A combination of structural and cultural factors imposes a legislative role on our judges that they cannot escape. So the question becomes, what pre-

9. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de Freitas. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. *CONJUR*, 18 mai. 2018.

10. POSNER, Richard A. *How judges think*. Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 372.

vents the descent of the judiciary into an abyss of unchanneled discretionary justice that would render law so uncertain and unpredictable that it no longer be law, but instead would be the exercise of raw political power by politicians called judges.

Além desse aspecto, o próprio funcionamento do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América difere muito do brasileiro. Veja-se que Posner, na obra citada, cita o baixo número de julgamentos pela Suprema Corte como um fator negativo à fixação de uma estabilidade no sistema de precedentes. O professor também afirma a fragilidade do texto constitucional norte-americano, por demais simples e resumido.

Curioso apontar que a situação no Brasil é diametralmente oposta. O número de processos que chegam ao STF, e que lá são processados e julgados, é enorme e sem referências em outras cortes constitucionais. Vale dizer também o longo tamanho e complexidade de nosso texto constitucional em confronto com o texto constitucional norte-americano.

Porém, o que chama atenção é que o elevado número de julgamentos não teve o efeito esperado de garantir uma maior segurança jurídica e estabilidade do que é o direito naquela situação concreta.

Veja-se que os extremos tanto para um grande número de julgamentos como para um baixo número de julgamentos levou ao mesmo efeito de geração de uma instabilidade na definição do melhor direito.

Novamente, é possível concluir que a palavra de ordem na interpretação quer se considere ou não à teoria econômica do direito é o equilíbrio. Afirma Posner:

The stabilizing force of consensus is weaker in Supreme Court than in the lower courts, especially in constitutional cases. Legalism is out of the question because of case selection (the easy cases are likely to be decided satisfactorily in the lower federal courts); because the Constitution is vaguer than most statutes and is in some respects embarrassingly obsolete;

because the court decides such a small percentage of cases and thus has only limited control over the lower federal courts (which tend therefore to go their own way, generating conflicts that the court may take many years to get around to resolving) because the justices are not bound by the Court's precedents or subject to review by a higher court; and because constitutional cases are, in consequence of the constitutional's focus on fundamental political rights and structures, forever presenting contentious political issues for the Court to resolve.

Outro aspecto relevante de diferenças entre os sistemas da *common law* norte-americana e do sistema brasileiro diz respeito aos custos do processo.

Veja-se que uma vertente da análise econômica do direito destaca que a análise das consequências da decisão passa necessariamente pela valoração pelo magistrado do custo econômico dessas decisões. E, nessa conta, não se pode ignorar que, nos sistemas de *common Law*, os custos do processo são muito altos.

Não há sistema de amplo acesso à justiça gratuita e defensorias públicas, nem uma jurisdição ampla que seja gratuita, como ocorre, por exemplo, nos juizados especiais federais no Brasil. Conforme a Lei nº 10.259, a competência dos juizados especiais federais no Brasil é absoluta e, portanto, abarca toda e qualquer causa prevista em seu art. 3º.

Essa diferença de custos da justiça é tão significativa que a política pública de incentivo à conciliação e mediação no Brasil deu mais frutos na seara da competência da justiça estadual, em que, em geral, as custas do processo são elevadas.

No sistema de juizados especiais federais, o jurisdicionado pessoa física não corre risco de ter que incorrer em qualquer custo do processo, que é integralmente gratuito.

Daí o grande número de causas sem qualquer plausibilidade jurídica, ou sucessivas repetições de teses já repelidas pelo STF, sob a motivação de que não há nada a perder.

Esse sistema de gratuidade absoluta dos juizados especiais federais é nocivo ao sistema por não desenvolver o consenso e a aceitação às questões já decididas ou mesmo ao incremento de uma política de adoção de métodos adequados à solução de conflitos pela via consensual, como a mediação.

Novamente, a respeito do sistema norte americano Posner menciona: *“American Law is very costly, like American medicine. But Just as in the case of medicine one is hard-pressed to figure out what to do to lower those costs without lowering quality by more than the cost savings would justify.”*

6. CONCLUSÃO

O consequencialismo jurídico encontra seu espaço no direito brasileiro em todos os campos, quer seja normativo, hermenêutico e judicial, como uma ferramenta cuja origem, apesar de ser fora do direito, tem íntima relação com os objetivos buscados nos princípios da eficiência na perseguição da juridicidade.

Embora não tenha sido objeto de análise objetiva nesse artigo em razão da complexidade de sua concepção teórica, o domínio dos modelos de árvore de decisões utilizados pelo julgador consciente da necessidade de cuidado na mensuração dos efeitos e consequências inclusive de cunho econômico das suas decisões levará a uma maior realização dos direitos protegidos na Constituição da República.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.
- FUX, Rodrigo. A evolução da análise econômica do direito no Brasil. *Revista Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro: JC Editora, n. 219, p. 58, nov. 2018.

- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Forum: 2008.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de Freitas. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. *CONJUR*, 18 mai. 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Massachusetts: Harvard University Press, 2008.
- SALAMA, Bruno. Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais, Seminário Teoria da Decisão Judicial. *Cadernos do CEJ*, v. 30, p. 29, 2015.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem – RDA, Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, p. 130-158. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41531/40881>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- SILVA, Gabriel Cozende Pereira. *Eficiência administrativa na jurisprudência do STF: Análise crítica e proposta conceitual*. Rio de Janeiro: Vermelho Marinho, 2018.

Uma ponderação entre inflação legislativa e justificações consequencialistas

Marcos Paulo Secioso

1. ENTRE OS PARADIGMAS CAUSALISTA E FINALISTA

Os reflexos da tensão entre os paradigmas causalista e finalista se espraiam por diversos campos do saber e não poderia ser diferente no Direito e na prática decisória. De um lado, milita a busca por explicações, por causas, por parâmetros que deram origem à situação presente para que, na aplicação do conhecimento e sentimento em busca de Justiça, se alcance a melhor reparação possível de eventual lesão detectada. Por outro, não há que se olvidar da estabilização das relações, do futuro que aguarda e os reflexos das decisões tomadas no presente.

Na vontade de atender ao causalismo e ao finalismo, posiciona-se quem tem o poder de decisão e, não raras vezes, com um problema a resolver: qual paradigma privilegiar quando não há como ser atendidos os dois senhores

do tempo (passado-presente/presente-futuro), pois a demanda da justa reparação das causas está em conflito com os prognósticos de uma decisão que necessita levar Justiça e valorização das relações para além do hoje?

Nesse dilema, há que se discutir “a aceitabilidade de justificações consequencialistas no direito a partir de uma tensão entre a orientação decisória para o passado, que caracteriza tradicionalmente o raciocínio jurídico”¹¹ em contraposição ao “foco de raciocínios preocupados com os efeitos de possíveis alternativas de decisão”.¹²

Há, sem dúvida, um forte viés causalista na subsunção, na aplicação da norma ao caso concreto, eis que esta presume uma articulação na qual, verificada uma situação passada, busca-se uma norma passada (vigente desde sua edição no passado), para garantir a solução da demanda posta ao poder decisório. Entretanto, não há como afirmar que a regulação, através da edição de normas, é puramente causalista, já que a própria norma poderá empreender esforço para antever resultados e ponderá-los, garantindo um viés finalista em sua força normativa.

Outra perspectiva para a mesma questão cinge-se à divisão entre retributivistas e utilitaristas no que diz respeito à aplicação das sanções.

Defensor do retributivismo, Kant alça a punição a um imperativo categórico, pois “sua imposição independe dos seus efeitos serem bons ou ruins, é uma exigência moral”.¹³ Em total despreocupação consequencialista, Kant entende que a punição não deve servir para promover um bem para o criminoso ou para a sociedade, ou seja, “as consequências da punição não interessam a Kant”.¹⁴ Eis que a pessoa não deve servir como meio para outros propósitos e uma pessoa deve receber o que for correspondente às suas ações passadas; seu merecimento é consequência direta do que fez.

11. LEAL, Fernando. *Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica*: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 1.

12. STRUCHINER; CHRISMANN, 2014, p. 147.

13. *Ibidem*, p. 147.

14. *Ibidem*, p. 148.

Na direção oposta, o utilitarismo, que remonta às ideias de Bentham, entende que o direito penal se presta ao aumento da felicidade total da comunidade. Nesse sentido, a ideia intrínseca à punição deveria ser a de “prevenir, ou ao menos de reduzir a incidência de tais comportamentos indesejados”,¹⁵ acreditando essa corrente que as intuições das pessoas são utilitaristas na maior parte do tempo.¹⁶

O debate então ganha espaço entre o retributivismo e o utilitarismo, ou entre o causalismo e o finalismo. Mas seria possível uma característica finalista na norma? Sim. Provável? Pode ser. Efetiva? Talvez seja mais difícil. Por quê? Pela própria dificuldade inerente de se traçar prognósticos. Se alguém com o poder decisório já teria dificuldades, com ampla liberdade e em uma situação concreta, de traçar a melhor solução sob o prisma finalista, é de se intuir que a norma editada para regulação abstrata (elaborada para dar conta de diversos casos) e presa no início de sua vigência (sem levar em consideração mudanças ocorridas nos momentos subsequentes à sua edição) encontra muito mais limitações para a adequada prognose da justiça futura.

Além da dificuldade de se elaborar boas previsões, há experimentos que revelam, sobretudo no momento de aplicação das penas, “uma certa preferência por informações de caráter retributivista”¹⁷ em comparação, por exemplo, às informações que conduziriam à prevenção de novas incidências (que revelam uma visão prospectiva). As pessoas se sentem mais confiantes em estarem fazendo justiça quando têm acesso a mais informações que revelem o dolo, o merecimento do autor e a seriedade do crime e ignoram fatores relacionados à perspectiva utilitarista.¹⁸ Em suma, ainda que possam pensar teoricamente numa perspectiva utilitarista, no julgamento, atuam de forma retributivista e em sintonia com as emoções do caso:

15. *Ibidem*, p. 149.

16. *Ibidem*.

17. *Ibidem*, p. 151.

18. *Ibidem*, p. 152.

Algumas pessoas tendem a preferir, quando estão projetando para o futuro, normas com sanções utilitaristas em detrimento daquelas com sanções retributivistas (...) No entanto, quando devem aplicar essas mesmas normas criadas por elas, as pessoas tendem a buscar motivos retributivistas e não mais endossam o texto que haviam aceitado”¹⁹

Em um exemplo concreto desse fenômeno, em experimento que abordava o problema das drogas entre os estudantes nas escolas, 30% dos pesquisados apoiaram uma política de tolerância zero, todavia, apresentadas situações concretas em que a tolerância zero violava a proporcionalidade e os sentidos intuitivos de igualdade, o apoio à política caiu para 6%.²⁰

Nota-se uma assimetria entre o desejo utilitarista ao elaborar uma regra (que pretende alcançar certa finalidade) e a psicologia retributivista de julgamento, o que traz “distintas noções sobre a punição justa conforme a posição que ocupamos (juiz ou legislador)”.²¹

Neste escopo, temos a primeira das premissas para exercitar nossa ponderação: a atividade julgadora apresenta propensão a justificar raciocínios causalistas e a atividade legislativa enfrenta severos problemas quando pretende alcançar certo objetivo, sobretudo ante a dificuldade de antever o que conduzirá ao melhor quadro, ou o que deve ser feito para alinhamento com a deontologia a ser concretizada.

Seria mais fácil se houvesse a possibilidade de se definir, por lei, o resultado, mas, como afirma Aristóteles ao tratar sobre a deliberação e o juízo de conveniência (Ret. 1362a): “as pessoas deliberam não sobre o fim, mas sobre os meios que a ele conduzem”. E quanto mais distante e mais variáveis no jogo, maior a chance de erro de perspectiva, de atribuição de relevâncias e de compreensão sobre os meios efetivos.

19. STRUCHINER, op. cit., p. 153, apud CARLSMITH & DARLEY, 2008.

20. Ibidem, p. 154 e 155.

21. Ibidem, p. 155.

2. A BUSCA PELO ELEMENTO NORMATIVO E OS LIMITES DESSA BUSCA

Se o objetivo dos indivíduos é atingir graus mais elevados de bem-estar, prosperidade e felicidade (ainda que se possa considerar esta última abstrata, difusa ou polissêmica), deveria a comunidade, e, em última instância, o Estado, refletir essa finalidade.²² Nesse escopo, se a individualidade é inerente ao ser humano, obter a uniformização de todo agir pelo que pensa a maioria em cada caso, muito provavelmente redundará em tantas restrições à individualidade que o resultado será menos bem-estar para todos e menos bem comum no convívio social.

É também dessa questão que advém a importância de se pensar os níveis de interferência do agir estatal, diminuindo ou excluindo sua gestão em segmentos cujas decisões individuais diferentes possam conviver em harmonia, ou, ao menos, relativa harmonia. Surge, pois, a dicotomia entre o que deve ser visto como de âmbito público e o que deve ser de âmbito privado. E nova dicotomia entre o que, no âmbito privado, deve ser objeto de regulação e o que deve fazer parte do conjunto de autonomias individuais.

Tais discussões no campo mais abstrato, ou tangenciando a filosofia moral, dão sinais de que talvez possa existir uma meta-regra que se ocupe em definir quais campos reclamam atuação, vislumbrando que itens devem ser submetidos à ciência política, essa entendida tal como previa Aristóteles (nas obras *Ética a Nicômaco* e *Política*) como o “campo do saber destinado a analisar os meios institucionais para o bem comum”.²³

Determina a precaução que a decisão sobre limites deva ser tomada antes de iniciadas as discussões materiais, tal como se decide constitucionalmente os elementos essenciais à estrutura jurídica de um Estado,

22. TROTTA, Wellington. Esboço sobre a relação entre ética e política através da ideia de justiça, segundo Aristóteles. *Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro. EMARE, v. 10, n. 2, p. 178, 2018.

23. *Ibidem*, p. 176.

alcançando-se uma forma em que “o povo controla a si mesmo”.²⁴ Isso é necessário, pois é mais sábio e mais seguro estabelecer limites “de antemão, antes de surgirem controvérsias específicas, do que resolvê-las no contexto de um problema político particular e das paranoias e paixões que o acompanham”.²⁵ Nesse cenário, a interferência na liberdade ganha relevância notória, colocando em xeque a ideia de que a simples obediência formal às 50% + 1 das opiniões seria suficiente para que se apoie ou recrimine, aprove ou afaste, determine ou proíba, que se criminalize, ou mesmo que se considere democrática, uma decisão em razão da adesão de maioria.

Esta problemática coloca em rota de choque dois vetores. Por um lado, “naturalmente, é necessário estabelecer limitações colaterais ao governo da maioria”,²⁶ pois “uma maioria totalmente livre para agir é, de fato, coisa perigosíssima”.²⁷ Por outro, “a tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”.²⁸

A primeira das tentativas de compatibilização desta antinomia seria estabelecer vazios normativos nas áreas em que houvesse possibilidade de opressão da minoria pela maioria, seja em razão de divergências religiosas, metafísicas ou de simples moral (sem repercussão além da mera divergência de ideias ou modos de expressão, assim entendidas as contrariedades que não gerem prejuízos concretos a terceiros), garantindo maior liberdade a todos pela ausência de imposição legal. Todavia, ainda haveria diversos campos classificados como zonas cinzentas no que concerne à definição dos prejuízos, e, como se sabe, maior liberdade implica maior insegurança, e apenas inseguranças suportáveis são normalmente aceitas pela comunidade.

24. ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 13.

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

27. *Ibidem*, p. 12.

28. *Ibidem*.

Eis então um novo problema: cada um, baseado nas suas experiências, memórias, emoções, percepções e fantasias, tem um limite diferente de aceitação de insegurança para cada área do tecido social. Como lidar com tamanhas variantes, sendo certo que a norma deve ser dirigida a todos num Estado Democrático de Direito?

Aristóteles entende que a excelência moral está situada no meio-termo e que o excesso ou a falta destroem a excelência e o valor das obras. Considera meio-termo como “o que se desvia em igual distância de cada um dos extremos, que é único e idêntico para todos os homens”.²⁹ Mas há que se notar a sequência de sua expressão: “por meio-termo em relação a nós quero significar aquilo que não é nem demasiado nem muito pequeno, e não uma coisa única e idêntica para todo mundo”.³⁰ Para o estagirita, a busca do meio termo é desejável em todas as circunstâncias, mas não se pode confundir o meio termo social com o meio termo pessoal. Estes nem sempre coincidem ou estão de acordo.

Na seara psicológica, afirma Lang que “até o mundo, embora comum a todos e, neste sentido, partilhável, talvez nunca seja sentido por duas pessoas exatamente da mesma maneira”.³¹ Com efeito, “quando dois homens contemplam uma paisagem e um deles a aprecia e outro não, já se abre um abismo entre eles”.³²

Vislumbrando essa diversidade inerente aos indivíduos e às comunidades, a investigação de John Rawls diferencia a justiça de uma doutrina religiosa, filosófica ou moral “que se aplique a todos os temas e abarque todos os valores”,³³ trazendo para a concepção política um espectro “bem

29. ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução Luciano F. de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015. EN. 1106a.

30. *Ibidem*.

31. LANG, R. D. *O eu e os outros: o relacionamento interpessoal*. Tradução Aurea B. Weissenberg. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 35.

32. *Ibidem*.

33. RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 19.

mais restrito que doutrinas morais filosóficas abrangentes, como o utilitarismo, o perfeccionismo, (...).³⁴ Nesse sentido, o espectro político e de justiça deve corresponder a uma parte do campo moral, bem como as diferenças entre os povos devem ser observadas, já que “um governo mundial, ou bem seria um despotismo global opressivo, ou um império frágil dilacerado por guerras civis constantes”.³⁵

É difícil negar que a diversidade, a diferença e as múltiplas percepções de mundo deveriam ser fundantes de qualquer sistema político e jurídico. Mas, além disso, esses fundamentos também podem assumir o papel de vetores capazes de mostrar disposições que, na aparente uniformidade, passariam despercebidas. Profícuo lembrar que, muitas vezes, se reconhece a existência de algo ao se deparar com o seu contrário, com a comparação, com o ânimo distinto. Nesse sentido, a noção de complementariedade já deixa clara a necessidade de um diferente para que se constitua a própria identidade:

Uma mulher não pode ser mãe sem ter um filho. Precisa de um filho que lhe dê a identidade materna. Um homem precisa de esposa para ser marido. Um amante sem amada é um pseudoamante (...) Todas as identidades exigem um outro – alguém em quem e através de cujo relacionamento a autoidentidade é efetivada.³⁶

Sem prejuízo desse aspecto, em que a identidade poderá muitas vezes exigir posições complementares para que atinja sua própria definição, há algo pouco mais sutil, mas igualmente importante no campo da psicologia e da sociabilidade: “todo relacionamento implica numa definição do eu pelo outro e do outro pelo eu”,³⁷ o que suscita a confirmação e negação do outro

34. *Ibidem*.

35. *Ibidem*, p. 18.

36. LANG, *op. cit.*, p. 78.

37. *Ibidem*, p. 82.

como elementos constitutivos do próprio ser, pois “é difícil estabelecer uma identidade consistente para si mesmo – isto é, ver-se consistentemente da mesma maneira – caso as definições de si próprio feitas pelos outros sejam inconsistentes ou mutuamente exclusivas”.³⁸

Eis um aspecto da alteridade que não se confunde com se submeter à visão do outro, ou fixar-se em certo estereótipo de forma rígida. Apenas faz emergir a noção de consistência de uma identidade quando suas relações com os “diversos outros” são estabelecidas fortalecendo a noção de que há ali uma verdadeira identidade e não mera ilusão, desejo, fantasia ou surto. Diferentes (e não iguais) confirmando uma identidade garante muito mais força a essa forma de ser e se expressar, do que iguais aquiescendo ao molde da pregação para convertidos.

Martin Buber afirma que “uma sociedade é chamada humana na medida em que seus membros confirmam uns aos outros”,³⁹ havendo um “desejo de ser confirmado pelos outros tal qual se é e até como se poderá vir a ser”. Esta confirmação, por óbvio, há de respeitar as leis da natureza, que a tudo dota de algum nível de diferença e exige, em muitos casos, a complementariedade como condição da própria existência.

Diante dessas considerações, não é difícil concluir que a eventual e aparente calma momentânea da uniformidade imposta é sempre mais instável que a diversidade assumida, ainda que esta última possa parecer mais turbulenta à primeira vista. A história é profícua em exemplos de que a energia gerada pela violação constante de identidades, em algum momento, rompe com o estado de aparentemente normalidade.

Uma vez constatada a necessidade de assunção das diferenças e o imperativo das múltiplas relações no seio social, há que se pensar uma maneira de equacionar os potenciais conflitos. Voltemos então a Rawls e sua proposta, que parece perquirir o que denomina de “estrutura básica” justa,

38. Ibidem, p. 83.

39. Ibidem, p. 94, apud BUBER, 1957.

que definiria “o contexto social de fundo dentro do qual as atividades de associações e indivíduos ocorrem”,⁴⁰ ou ainda:

a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo.⁴¹

A atividade normativa estabelecendo regras prescritivas, restritivas e sancionatórias transparece uma tentativa de regular e uniformizar, sendo certo que o limite da uniformização ou o nível de uniformização desejável são pontos a se considerar e que estabelecerão o tamanho do Estado, ou, ao menos, o tamanho de sua interferência na esfera privada.

Vale dizer, estas são questões que vão além de si mesmas e abrem diálogo com outro fator, qual seja, a confiança na autoridade incumbida de decidir sobre: 1) o que fazer (potencial executivo); e 2) a quem cabe dar razão (potencial julgador).

Quanto mais nos parece confiável o ente designado para a execução de políticas públicas ou para dar a solução a eventuais conflitos, menor a necessidade de garantirmos que a decisão sairá em determinada direção através de regras pré-determinadas. Por outro lado, o excesso de regras e a burocracia dá mostras da falta de confiança em quem está institucionalmente apto à tomada de decisões.

Não obstante a desconfiança em relação à autoridade presente reflete uma realidade atual, o problema em si é milenar! Para o pensamento aristotélico, por exemplo, a margem de adequação para alcance da justiça no caso específico deveria ser a menor possível, com redução das cláusulas ou texturas abertas. Note-se como a questão é colocada:

40. RAWLS, op. cit., p. 19.

41. Ibidem, p. 13.

É, pois, sumamente importante que as leis bem-feitas determinem tudo com o maior rigor e exatidão, e deixem o menos possível à decisão dos juízes. Primeiro, porque é mais fácil encontrar um ou poucos homens que sejam prudentes e capazes de legislar e julgar, do que muitos. Segundo, porque as leis se promulgam depois de uma longa experiência de deliberação, mas os juízos se emitem de modo imprevisto, sendo por conseguinte difícil aos juízes pronunciar-se retamente de acordo com o que é justo e conveniente.⁴²

Dois pontos abordados merecem aqui destaque. O primeiro em que o filósofo denota uma maneira de elaborar as leis: “longa experiência de deliberação”, e o segundo, em que retrata uma desconfiança sobre a capacidade humana de julgar quando presentes as emoções do caso concreto, preferindo a prévia ponderação fria. Ocorre que nem sempre as leis derivam de longa experiência de deliberação,⁴³ nem a ponderação prévia e fria é capaz de considerar, no plano abstrato, todas as possibilidades com que se deparam os executivos e julgadores diante dos casos concretos, sobretudo numa sociedade mais dinâmica que a encontrada há 2.500 anos.

Deste modo, sem prejuízo de outros aspectos, há de se considerar dois pontos quando se busca construir metarregras que têm como pretensão nortear o que estará ou não sujeito à regulação normativa prévia:

1. Qual o nível de legitimação e confiabilidade da autoridade incumbida de decidir e executar decisões?
2. O que é razoável efetivar como necessidade de restrição da liberdade e autonomia individuais?

42. ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução Manuel A. Júnior, Paulo F. Alberto e Abel N. Penal. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. Ret. 1354b.

43. Cass Sustein, destacado jurista americano, defende que “o atual sistema de regulamentação nos Estados Unidos exibe um conjunto de prioridades muito pobre, que reflete mais a reação a pressões públicas do que a análise de objetivos cuidadosos”. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução Cássio A. Leite. 22. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 181.

Num cenário em que as mãos do Estado exageram em seu poder regulatório, nota-se clara inflação legislativa, excesso de normas regulamentares e predomínio do paradigma causalista na tomada de decisão. Pouco espaço é deixado para avaliações que, considerando o caso concreto, propõem uma decisão finalista alternativa, prospectiva e consequencialista.

Regras mandatórias, precedentes, trabalho dogmático, subsunção e interpretações padronizadas geram uma sensação de estabilidade, mas, por outro lado, também obrigam “advogados, tomadores de decisão e acadêmicos críticos a pensarem retrospectivamente quando estão diante de problemas concretos”.⁴⁴ Trata-se da busca de “algum elemento jurídico autoritativo preexistente à tomada de decisão para justificar a imposição de cursos de ação”.⁴⁵ Tal modelo privilegia a ideia do Executivo, Judiciário, ou qualquer tomador de decisão, como aplicadores de normas pré-estabelecidas.

Além disso, num mar de normas, quase todos estarão, em alguma medida, agindo em desacordo com certa regra específica que desconhecem. Eis o efeito quando se chega a um ponto em que a regulação transborda: a imposição da rigidez em cada movimento resulta em rachaduras ou quebra do próprio poder regulatório com as “leis que não pegam”. E “leis que não pegam”, por óbvio, condenam o sistema ao descrédito e à falta de confiabilidade.

3. A EFETIVIDADE NORMATIVA

A questão sobre o que é razoável efetivar como necessidade de restrição da liberdade e autonomia individuais encontra subperguntas: identificada a necessidade regulatória, há justificativa para criminalizar a conduta transgressora? Ou sanções cíveis e administrativas dão conta de manter a

44. LEAL, op. cit., p. 2.

45. *Ibidem*.

ordem sistêmica? Recomendações não vinculantes como orientadoras de boas práticas bastariam? Influenciação (*nudges*)? Ou ausência absoluta de interferência? O que legitimaria cada uma dessas posturas?

Ao que parece, há um longo caminho da máxima regulação estatal (mediante penas de cerceamento de liberdade) até a esfera do privado, que deve permanecer absolutamente livre (até mesmo de influências sutis). Há, como se vê, uma gama bastante significativa de soluções entre o extremo do encarceramento por certa conduta e o polo oposto, em que se defenderia a absoluta ausência de interferência no agir, privilegiando o máximo da autodeterminação individual.

Esta é uma seara na qual uma análise mais aprofundada pode revelar grandes surpresas contraintuitivas, como no caso da creche que, antes contando apenas com uma regra que proibia os pais de se atrasarem ao buscar seus filhos no horário de saída, buscou diminuir o número de atrasos instituindo uma multa para cada ocorrência. “Ao contrário do que o diretor esperava, o número de casos de atrasos sofre um aumento após a introdução da multa”,⁴⁶ numa clara demonstração de “enfraquecimento da regra, de perda massiva de adesão ao seu texto”.⁴⁷

Apesar de diversos estudos mostrarem que cenários que envolvem punição garantem uma cooperação mais efetiva entre os membros do grupo ou comunidade,⁴⁸ há situações, como o caso da creche, em que a ausência de sanção expressa acaba por garantir maior efetividade na adesão ao comportamento desejável, levando à conclusão, por parte de alguns, de que o contrato social incompleto (em que se verifica a ausência de sanção) e o fato das pessoas não saberem o que esperar da violação, é um trunfo que pode conduzir ao maior respeito pela regra.⁴⁹

46. STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo (org.). *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD/PUC-Rio, 2014. p. 138.

47. *Ibidem*.

48. *Ibidem*, p. 143.

49. *Ibidem*, p. 147.

Com a introdução da multa, as pessoas começaram a se utilizar de cálculos de custo e benefício típicos de negócios financeiros, eliminando o medo de outras sanções possíveis (expulsão da escola, reuniões com coordenadores, comunicações vexatórias),⁵⁰ ou ainda, livrando-se de um dever moral notório: agora já estou quite com minha consciência, bastando para isso pagar a multa.

Não se questiona o fato de que sanções exercem importante papel na ação das pessoas, sendo capazes de mudar o comportamento dos indivíduos,⁵¹ mas parece que a efetividade normativa atinge sua plenitude quando diversos valores como liberdade, consciência moral, cultura, garantia de boa convivência, aspectos psicológicos e prosperidade criativa se equacionam, de forma direta ou indireta, num conjunto bem calibrado de normas (contratos sociais completos ou incompletos), recomendações, influências (*nudges*) e atuação livre de interferência.

Os defensores de maior dureza nas punições como mecanismo inibitório de comportamentos tenderão à criação de um maior número de tipos penais. Mas seria razoável essa amplificação penal sem que antes se questionasse se a criminalização é o mecanismo que alcança os melhores resultados no combate e prevenção ao comportamento que se pretende inibir? Há de fato racionalismo na decisão de criminalizar e esperar que o agente pondere racionalmente sobre vantagens, risco e pena atribuída pela lei? Ou outros fatores de ordem psicológica, moral, cultural e circunstancial atuam dando outros vieses à decisão de praticar uma conduta indesejável? É racional desconsiderar tais fatores na atividade legislativa?

Há quem defenda que a falta de criatividade é uma das causas do Direito Penal Amplo. Que a ideia de cerceamento da liberdade como solução também para os casos notoriamente polêmicos, em que juízos morais e premissas metafísicas se imbricam com a deontologia jurídica, adviria da

50. *Ibidem*.

51. *Ibidem*.

ausência de ideias melhores para lidar com o mundo e suas perplexidades, da falta de visão clara sobre os vínculos e relações que permitiriam outras formas de incentivo ou inibição, conforme o interesse da coletividade.

Especialmente para o legislador imbuído da impressão de que, no espaço de convivência, deverá vigorar apenas um comportamento (baseado no seu juízo moral ou princípio metafísico que entende como verdade), ver uma pena grave, como o cerceamento de liberdade, atribuída à conduta que lhe causa perplexidade ou afeta negativamente seu juízo, legitima seu pensamento e coloca como escória aquilo que ele rejeita moralmente. Até mesmo sob o ponto de vista histórico, aprisionar perdedores é uma das consequências possíveis de se vencer uma guerra. Em última análise, criminalizar (elevar ao status de crime uma conduta) ajuda a fixar o inimigo.

Todavia, há de se perguntar: olhando por trás do excesso de penas graves para condutas polêmicas, encontra-se uma sociedade polarizada, intolerante ou propensa a altos níveis de violação? Eis um ponto interessante de investigação. Em outra perspectiva, poder-se-ia questionar: o que fazer, ou qual a carga legislativa adequada, para melhor acomodar, aproveitar e valorizar os diferentes potenciais que cada um tem a oferecer? Descartar, isolar ou inibir um ser humano se justifica diante de que cenários (objetivos e subjetivos)?

Talvez haja espaço para a definição de metarregras que visem legitimar a atuação ou intervenção estatal advindas de teorias calcadas em bases empíricas fortes, com evidências de resultados. Eis uma abordagem que não se pode dizer exatamente nova, pois a própria ética Aristotélica recomendava o trabalho sobre a análise empírica, com um caráter antropológico, partindo de fatos, das coisas contingentes e não de uma deontologia a priori ou de simples ideias. Aristóteles objetivava a aquisição de um saber prático sobre as consequências imediatas das ações, trabalhando no modo de estudo de casos.⁵² Os problemas ético-políticos “devem ser estudados sem prescin-

52. TROTTA, op. cit., p. 184.

dir da experiência, pois a explicação deve ser fruto da observação sobre o mundo político, até porque ‘o conhecimento é posterior à aprendizagem’.⁵³

A exposição de evidências práticas pode conduzir à maior confiabilidade sistêmica e aceitação por parte dos alvos da norma, bem como estabelecer a menor e a melhor espécie de invasão possível na esfera privada. Em suma, constitui exercício salutar o estudo do comportamento emocional e reações morais humanas em diversos cenários, visando o alcance da efetividade normativa, com o estímulo ou a imposição de limites ao poder regulatório, bem como permitindo a elaboração de parâmetros (metarregras) para garantir consistência na expressão da potência estatal. Com efeito, tais metarregras atuam aos moldes de uma crítica da razão legislativa, dentro de uma lógica disposta a limitar o legislador que pretenda exigir decisões dos destinatários através de imposições inadequadas, ou, no mínimo, para municiar de evidências os legisladores, executivos e juízes que acreditam ser possível aumentar a eficiência de seu trabalho com base em parâmetros que vão além da simples exigência de uma conduta, que também se preocupam com a melhor forma de alcançá-la, ainda que, para isso, seja necessário entender que as escolhas humanas englobam bem mais que um sopesamento racional de regra, sanção, lucro e risco envolvido.

A mudança de modelo constitucional, que passa por erigir a dignidade da pessoa humana como um dos elementos basilares (e nuclear) do Direito, traz, como uma de suas consequências, a necessidade de que aspectos de cunho psicológico sejam levados em conta na concepção das regras. O reconhecimento das limitações da racionalidade pura e abstrata nos encaminha para que se pense além do mundo ideal ou de um dever-ser absoluto, especialmente quando se visa atingir seres humanos que nem sempre atuarão dentro de ponderações racionais. Torna-se mister, para efeitos de regulação da vida social e para o pensamento jurídico, considerar um tanto da constituição psicológica humana: como reagem os indivíduos e a socie-

53. *Ibidem*, p. 185, apud ARISTÓTELES.

dade a certos estímulos? Daí a valia dos inúmeros testes realizados pelos estudiosos do comportamento, bem como tomar por base questões históricas (o tempo e seu constructo num filme que nos leva até os dias atuais), a alteridade (reconhecimento do outro como fator de interação), o *zeitgeist* e as variações culturais como elementos constitutivos do presente que se pretende intervir pela atuação com amparo constitucional.

Um dos aspectos relevantes, e que pode ser incrementado com o melhor conhecimento desses aspectos, consiste na garantia de maior cooperação em relação às normas, com a escolha de eventual sanção que melhor conduza ao comportamento coletivo em favor de valores desejáveis. Outro desafio, e talvez o maior deles, seja lidar, além de todas as variáveis possíveis, com a mutação da sociedade, que, em seu pulsar, poderá vir a exigir mais ou menos, desse ou daquele grau de interferência, em cada momento.

Desde o aprimoramento das teorias legitimadoras da pena nos casos deixados à regulação criminal até a discussão dos limites circunstanciais à liberdade individual, o “como agir” diante de tantas variáveis e no pulsar do tecido social é desafio que parece ir além de qualquer possibilidade de regra ou teoria apriorística, exigindo esforço contínuo para além do simples aprimoramento das regras.

A efetividade normativa, como uma das premissas de Justiça, talvez precise reconhecer as próprias limitações da normatividade, sob pena de, mesmo com significativa agilidade na elaboração de novos atos normativos, chegar tarde, tal como a consciência que surge depois do erro. Ou, ainda, ver-se enredada numa atitude inflacionária, com tantos comandos em abstrato que, no concreto, pouco se respeita.

Poderá então haver uma margem de adequação para alcance da justiça no caso concreto?

Dar certo tônus aos ajustes pontuais e fora da previsão estritamente normativa em sociedades com elevado clima de desconfiança não parece fácil, mas alguns esforços talvez mereçam atenção, como as ideias relacionadas ao consequencialismo jurídico.

4. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO (SUAS PROPOSTAS E CRÍTICAS)

Conforme definição dada por Schuartz, consequencialismo jurídico, em sentido amplo, pode ser considerado como

qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas.⁵⁴

Haverá uma “decisão consequencialista forte” quando o foco se concentrar na valoração das consequências e não se encontrar nenhuma alternativa que associe resultados preferíveis aos da decisão tomada. Eis um extremo do conjunto de tipos possíveis, ficando para o campo oposto (consequencialismo fraco) um papel menor ou residual, em que o estudo das consequências entra em cena apenas quando as técnicas jurídicas convencionais não forem supostamente capazes de produzir uma decisão adequada, ou, no melhor das hipóteses, quando se atribui certo peso às consequências, mas sempre em grau menor que aos outros elementos de fundamentação da decisão.⁵⁵

Desse modo, o enfrentamento da oposição entre eficiência e justiça distributiva deve ter lugar na decisão que pretenda optar por vertentes consequencialistas. Trata-se de uma mudança total ou parcial de perspectiva que, em vez de considerar essencial a declaração de quem tem razão e restaurar o *status quo* anterior à violação, ou conceder compensação para a lesão sofrida, passa a perquirir qual a medida que cria as condições mais favoráveis para o alcance de determinado valor.

54. SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-131, mai. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 16 nov. 2020.

55. *Ibidem*, p. 131.

Por um lado, a baixíssima eficiência de uma atitude reparadora comparada ao custo de implementá-la⁵⁶ pode fazer a balança pender a favor de uma visão finalista; por outro, a pluralidade de consequências possíveis, ou apenas heurística⁵⁷ com baixa densidade probatória quanto aos efeitos, eleva os riscos de uma decisão centrada nas consequências. Para lidar com esses dilemas, recorrer à teoria da decisão⁵⁸ parece ser razoável. Por exemplo, decisões sob condições de certeza ou de alta probabilidade objetivamente demonstrável facilitam a justificação de uma decisão consequencialista.

Num esforço de incremento da qualidade analítica, ao lidar com probabilidades, há que se ter cuidado ao incorporar os resultados de um ou outro estudo que partam de pequenas amostras estatísticas, sobretudo porque, em geral, “as pessoas não são adequadamente sensíveis ao tamanho da amostra”⁵⁹ e pequenas amostras podem distorcer por completo as reais probabilidades de certo evento.⁶⁰ Nesse particular, não é incomum ver argumentadores trazendo um exemplo para justificar suas posições, cabendo arguir se tal exemplo não retrata um simples desvio da média.

Reiteradas análises ilustram “a facilidade com que pessoas veem padrões onde eles não existem”⁶¹ e “algumas pessoas ignoram taxas-base porque

56. Em situação extrema, podemos considerar a questão colocada por SCHUARTZ (op. cit., p. 144): “pense-se, por exemplo, na possibilidade de criação e estabilização de privilégios para um determinado grupo de pessoas, resultantes de decisões judiciais que lhes foram favoráveis e que se fundamentam em uma liberdade ou um direito nominalmente universal, mas cuja fruição efetivamente generalizada depende de condições materiais inexistentes.”

57. Definição de heurística: “é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis” (KAHNEMAN, op. cit., p. 127). Geralmente induzem aproximações em relação ao problema difícil com base em algum fator colateral.

58. “Teoria da decisão é o produto de esforços comuns de economistas, matemáticos, filósofos, cientistas sociais e estatísticos [além de certamente o trabalho daqueles que trabalham com psicologia cognitiva] voltado a dar sentido a como indivíduos e grupos tomam e devem tomar decisões.” (LEAL, op. cit., p. 2, apud RESNICK, 2006).

59. KAHNEMAN, 2012, p. 145.

60. Ibidem, p. 139/146.

61. Ibidem, p. 147.

acreditam que elas são irrelevantes na presença de informação individual”.⁶² Trata-se do “poder do exemplo”! Às vezes, nem mesmo estatísticas causais consistentes são capazes de mudar crenças longamente enraizadas na experiência pessoal, “por outro lado, casos individuais surpreendentes têm um impacto poderoso e constituem ferramenta mais eficaz”.⁶³

Este é um fenômeno que se liga fortemente ao denominado “viés confirmatório”, responsável por uma “busca enviesada na memória” ou “memória seletiva”. A motivação que conduz a um resultado desejado ou esperado afeta o raciocínio e “a atenção direcionada a uma única hipótese acaba reforçando-a mesmo que ela seja falsa”.⁶⁴ Há uma tendência das pessoas “de dar mais peso às informações favoráveis do que àquelas desfavoráveis às suas crenças e opiniões”.⁶⁵ Com efeito, lembram ou são capazes de produzir razões favoráveis às posições que defendem, mas facilmente esquecem ou são incapazes de gerar razões que contrariam suas hipóteses e teorias.⁶⁶

As ideias de *primacy effect* e *belief persistence* estão bem documentadas na psicologia (...). As pessoas antes formam uma opinião; as informações adquiridas em seguida são avaliadas de maneira enviesada. Esse é o resultado do *primacy effect*. Uma vez que a opinião se forma, ela se torna resistente à mudança, até mesmo diante de evidências irresistíveis de que está errada (*belief persistence*). Com isso, as pessoas se mostram mais inclinadas a questionar informações conflitantes com suas crenças preexistentes do que informações que com elas sejam consistentes.

Isso talvez ajude a compreender a razão pela qual as pessoas não se esforçam adequadamente na análise de hipóteses e se satisfaçam com uma “epistemologia do faz sentido” (*make-sense epistemology*) (...) as pessoas

62. Ibidem, p. 194.

63. Ibidem, p. 221.

64. STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 202.

65. Ibidem, p. 203.

66. Ibidem.

investigam um problema até o ponto em que é descoberto um antecedente plausível que possa ser conectado com uma teoria em seus repertórios. Considerando a riqueza e diversidade desses repertórios, essa investigação será concluída rapidamente, iniciando-se um ciclo vicioso: a facilidade de encontrar uma explicação gera confiança na crença de que está correta.⁶⁷

Como se vê, não é fácil atingir louvável grau de isenção e cautela na apreciação de hipóteses, bem como não seria tão difícil um órgão executivo ou julgador, já dotado de crenças pregressas, adotar previsões menos embasadas, caso estas estejam alinhadas com suas opiniões.

Argumentos teóricos e empíricos, políticos e normativos acabam por permear a decisão consequencialista e influenciar na sua aceitação. Além das dificuldades com múltiplas previsões e os vieses confirmatórios que poderiam privilegiar posições não tão consistentes, também não é tarefa elementar afastar o juízo de subsunção, que, além de historicamente mais utilizado e consolidado, geralmente é mais direto e aparentemente mais assertivo que o focado nas consequências. Como vimos, diante de casos concretos, as pesquisas mostram uma tendência favorável à psicologia retributivista de julgamento.

Entretanto, no campo oposto, eventuais efeitos perversos da subsunção direta poderiam ser amenizados pela aferição das consequências, e os benefícios dessa postura tidos como valorosos e relevantes, especialmente quando o raciocínio utilitário é robustamente embasado ou facilmente aferível no caso concreto.

Aqui, há que se diferenciar os casos simples, em que qualquer pessoa é capaz de verificar de imediato os prejuízos notórios de se adotar uma alternativa em detrimento da outra, em relação a outros casos em que isso não é tão óbvio. Em casos individuais ou de pouquíssimo alcance subjetivo, sem grandes cargas emocionais, morais ou filosóficas, com fácil quantifi-

67. STRUCHINER; op. cit., p. 203-204, apud NICKERSON, 1998.

cação dos bens envolvidos, a correção de rumos consequencialista pode evitar a sensação de injustiça que eventual solução de subsunção direta acarretaria. São os típicos casos em que se consegue afirmar: “A norma não está errada, mas, nesse caso, aplicá-la gera uma injustiça de dimensões que agridem o próprio Direito.”

Não é prudente, entretanto, utilizar o mesmo raciocínio imediato nos casos mais complexos, ou cuja aplicação do entendimento de um caso, se expandida, envolveria parte significativa do corpo social. Casos que apresentam grandes cargas emocionais, polêmicas morais e filosóficas, ou decisões que têm chance de interferir de forma mais contundente na vida da comunidade, requerem maior robustez para uma fundamentação consequencialista. Nessa seara, que exige uma caminhada mais cautelosa, ganha-se corpo quando há objetividade da base de dados que apoia a decisão com foco nas consequências, além de uma garantia adicional de consistência dos fundamentos através da intervenção de especialistas que, durante muito tempo, se debruçaram sobre o tema e são capazes de convergir para uma mesma perspectiva. Nada obstante, caso sejam abandonados estes pontos de apoio, a decisão mais se assemelhará à defesa jurídica de uma fantasia ou fé pessoal.

Outrossim, em tempos de agressiva pós-verdade,⁶⁸ os riscos aumentam substancialmente, exigindo um cuidado ainda maior com a informação na qual se possa confiar.⁶⁹ Muitos acreditam demasiadamente no seu poder de antevisão, mas o fato é que os recortes que cada um produz na realidade, de forma a dar consistência à sua imaginação, à história e aos conceitos que

68. Experimentos demonstram que “quando as pessoas acreditam que uma conclusão é verdadeira, também ficam muito propensas a acreditar nos argumentos que parecem sustentá-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis” (KAHNEMAN, op. cit., p. 60). Outro ponto de preocupação é que “um jeito confiável de fazer as pessoas acreditarem em falsidades é a repetição frequente, pois a familiaridade não é facilmente distinguível da verdade. Instituições autoritárias e marqueteiros sempre souberam desse fato” (Ibidem, p. 82).

69. “A mensagem sobre a pesquisa contém informação de dois tipos: a notícia e a fonte da notícia. Naturalmente, você se concentra mais na notícia do que na confiabilidade dos resultados” (Ibidem, p. 145).

criaram e solidificaram, faz com que surjam diversas certezas que não se confirmam no laboratório em que atuam múltiplos agentes. Vez por outra, vê-se alguém perdido quando as respostas dadas às suas perguntas não se encaixam na caixa que prepararam, preferindo atribuir adjetivações de mentira e cegueira às respostas destoantes do modelo, em vez de assumir que o modelo é incompleto ou obtuso, ou então, o que é mais comum, afirmar a interferência de novos fatores que eram imprevisíveis (imprevisíveis talvez, para alguém que não era especialista). Não se deve olvidar que “saber pouco torna mais fácil ajustar tudo que você sabe em um padrão coerente”.⁷⁰

Talvez o cenário fique ainda mais nebuloso quando se resolve investigar os possíveis efeitos da informação deficiente associada a alta carga efetiva. Numa expressão: “a cauda emocional poderá abanar o cão racional”.⁷¹

A heurística do afeto simplifica nossas vidas criando um mundo que é muito mais ordenado do que a realidade. Boas tecnologias apresentam poucos custos no mundo imaginário que habitamos, más tecnologias não têm qualquer benefício e todas as decisões são fáceis. No mundo real, é claro, frequentemente enfrentamos trocas penosas entre benefícios e custos.⁷²

Outra questão apontada por Kahneman refere-se à “cascata de disponibilidade”. O autor aborda o viés de disponibilidade em diversos exemplos que evidenciam como as nossas estimativas de risco, perigo, ou qualquer outra impressão é moldada pela quantidade de vezes que somos submetidos ao tema.⁷³ Sobre o efeito cascata, escreve:

70. *Ibidem*, p.114.

71. Frase original do psicólogo Jonathan Haidt: “A cauda emocional abana o cão racional” (*Ibidem*, p. 178).

72. *Ibidem*, p. 178-179.

73. Apenas a título ilustrativo, as estatísticas comprovam que mortes por doença são 18 vezes mais frequentes do que mortes por acidente, todavia, as duas foram julgadas igualmente prováveis pelas pessoas ante o viés de disponibilidade da informação, sobretudo em razão dos noticiários na mídia (*Ibidem*, p. 176).

Em determinadas ocasiões, uma matéria na mídia sobre algum risco capta a atenção de um segmento público, que fica agitado e preocupado. Essa reação emocional se torna notícia em si mesma, motivando cobertura adicional da mídia, que por sua vez gera ainda maior preocupação e envolvimento (...) a mídia compete por manchetes que chamem a atenção. Cientistas e outros especialistas que tentam refrear o medo e a aversão crescentes atraem pouca atenção, na maior parte, hostil: qualquer um que alegue que o perigo está sendo dimensionado de forma exagerada é suspeito de associação com alguma odiosa tentativa de acobertamento.⁷⁴

O resultado é que “a reação do sistema político é orientada pela intensidade do sentimento público”.⁷⁵ Conforme as peculiaridades de cada caso, no final, tem-se que “a mesma quantidade de dinheiro poderia ter salva muito mais vidas se tivesse sido destinada a outras prioridades”.⁷⁶

Estas constatações nos trazem diversas dificuldades para a adoção de raciocínios consequencialistas em casos difíceis, especialmente quando não se é especialista no tema, pois a chance de ser capturado por emoções que se aliam à informação deficiente pode levar a grandes prejuízos. Desse modo, reconhecer os limites cognitivos sobre o problema é algo que não se deve negligenciar, em especial quando os fundamentos se utilizam de interações causais sucessivas (“A gera B” e “B gera C”). É consabido que tais interações diminuem exponencialmente o grau de certeza sobre o resultado final, especialmente em razão das limitações do raciocínio ante a impossibilidade de se isolar outros fatores que também influenciam no resultado ou conclusão: “argumentos do tipo ‘efeito dominó’ são problemáticos porque pressupõem relações de causalidade que vão se sucedendo no tempo, mas são de difícil comprovação”.⁷⁷

74. *Ibidem*, p. 181-182.

75. *Ibidem*, p. 182.

76. *Ibidem*, p. 183.

77. LEAL, *op. cit.*, p. 12.

Estas questões também nos levam de volta aos pontos anteriormente tratados: os limites da busca pelo elemento normativo e a eficiência normativa, pois aferir, sem um caso concreto específico, os níveis de certeza sobre possíveis consequências de uma ou outra decisão, parece ser tarefa das mais árduas.

Ao menos quando se trata de regras de maior determinação, pretender que normas abstratas alcancem juízos de ponderação e consigam definir as melhores soluções, talvez seja avaliado como possível apenas para quem acredita numa mente com poderes amplos, capaz de compreender e resolver tudo a priori no campo das ideias.

Penso, nesse sentido, que, embora não seja impossível adotar um viés consequencialista na atividade legislativa, tal viés viria carregado de normas em branco, incompletas e que dependeriam dos casos *a posteriori* para se consolidar na vida prática. Como contrapeso a essa textura flexível ou aberta, seriam desejáveis outras determinações legais complementares que exigissem fundamentação mais rigorosa por parte do tomador de decisão. Um primeiro passo é dado pelo art. 20 da LINDB (Lei nº 13.655/18): “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, que, curiosamente, já exige um viés consequencialista prático quando o julgador pretender utilizar valores jurídicos abstratos.

Em suma, observamos que uma maior liberdade executiva e julgadora gera menor segurança jurídica. E, por outro lado, maior segurança jurídica normativa traz o risco de menor justiça conforme o caso concreto. Eis o dilema a enfrentar!

Nesse dilema, talvez o menos aconselhável seja a supressão das possibilidades, tanto de um lado com a proibição de adequação da justiça ao caso concreto através de um consequencialismo para além das normas, quanto, por outro, defendendo o descrédito total na possibilidade de as normas auxiliarem na construção do Direito e orientarem o convívio social. Quanto a esta última postura, há, inclusive, uma expressão cunhada pelo jusposi-

tivista Herbert Hart, que denominou como sendo “absolutista frustrado” aquele que nega a possibilidade de normas efetivas:

O indivíduo cético a respeito das normas é, às vezes, um absolutista frustrado: descobriu que as normas não são tudo o que seriam no paraíso de um formalismo, ou num mundo onde os homens se assemelhassem a deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fatos, de modo que a textura aberta não fosse uma característica necessária das normas. A concepção do cético a respeito da existência de uma norma pode ser assim um ideal inatingível; e, ao descobrir que este não é alcançado por aquilo que chamamos de normas, ele expressa sua decepção negando que haja, ou que possa haver, quaisquer normas.⁷⁸

A ideia absolutista, ou da intolerância com uma textura aberta ou flexível em certos pontos, vale ressaltar, pode ser utilizada para definição de comportamentos em ambos os extremos. Boas soluções, no entanto, parecem estar escondidas em algum ponto entre o causalismo e o finalismo, entre o retributivismo e o utilitarismo, entre a subsunção e o consequencialismo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução Luciano F. de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução Manuel A. Júnior, Paulo F. Alberto e Abel N. Penal. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.
- ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio A. Leite. 22. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

78. STRUCHINER, op. cit., p. 181, apud HART, 2009.

- LANG, R. D. *O eu e os outros: o relacionamento interpessoal*. Tradução Aurea B. Weissenberg. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1978.
- LEAL, Fernando. *Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 248, 2008.
- STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo (org.). Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD/PUC-Rio, 2014.
- TROTTA, Wellington. Esboço sobre a relação entre ética e política através da ideia de justiça, segundo Aristóteles. *Fenomenologia e direito*, Rio de Janeiro: EMARF, v. 10, n. 2, 2018.

Breve análise sobre a essential facilities doctrine

Maria Izabel Gomes Sant'Anna de Araujo

1. INTRODUÇÃO

A doutrina das *essential facilities* exige para seu estudo a abordagem da função social da propriedade sob a ótica empresarial, exigindo o conhecimento de técnicas para estímulo e proteção da concorrência e identificação de possíveis práticas de abuso do poder econômico.

Em razão de sua dinâmica e das múltiplas possibilidades de apresentação, o estudo do tema se mostra uma tarefa inesgotável, apresentando sempre novos desafios e formatos para aplicação.

Buscar-se-á no presente estudo compreender como se dá a introdução da concorrência em serviços públicos e privados com estruturas concentradas e, para tanto, faz-se necessário traçar o modelo de concorrência a ser perseguido.

De acordo com a concepção europeia, a concorrência não é tratada como um valor em si mesmo, mas como um meio de se atingir o equilíbrio econô-

mico (concorrência-instrumento). Portanto, admite-se o sacrifício da concorrência diante de outros valores que, no caso concreto, exijam maior proteção.

A concepção europeia se opõe à concepção americana da concorrência como valor absoluto que deve ser preservado (concorrência-condição). Para essa concepção, o único objetivo da Lei Antitruste é eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado e qualquer prática que restrinja de forma significativa a concorrência é tida como ilícita.¹

Dentro da concepção americana, encontramos duas escolas que veem a concorrência sob aspectos diferentes.

A Escola de Harvard se desenvolveu nas décadas de 1950 e 1960 e sustenta que estruturas concentradas resultariam em condutas concertadas, visando a diminuir a produção e a aumentar os preços. Assim, defendia-se a proteção da pequena e média indústria, buscando estruturas de mercado desconcentradas.

Por outro lado, a Escola de Chicago entendia que estruturas de mercado desconcentradas seriam ineficientes e, portanto, prejudiciais aos consumidores.

A grande questão dentro do direito concorrencial é, portanto, equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público. A melhor forma de alcançar este equilíbrio é a criação de um ambiente que permita a realização de escolhas pelos agentes, ainda que, ao final, se decida que o melhor é a concentração.

O presente estudo adota a visão da concorrência como instrumento, atentando-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, na avaliação do setor que necessita ou não da abertura para mais *players*.

Especificamente em relação ao serviço público, o princípio da subsidiariedade impõe, ao menos inicialmente, que a iniciativa privada deve

1. ALEXANDRE, Leticia Frazão. A doutrina das *essential facilities* no direito concorrencial brasileiro. *Revista do IBRAC*, v. 12, n. 2, p. 205-241, jan. 2005.

ser privilegiada, na medida em que atende satisfatoriamente os interesses públicos, em detrimento de uma gestão monopolizada, estatal ou privada.

Alexandre Aragão, em estudo sobre a concorrência nos serviços públicos, parte da premissa, por nós compartilhada, de que a concorrência não é um valor em si, “constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência nos serviços públicos só será legítima enquanto atingir esses objetivos”.²

Neste momento a *essential facilities doctrine* ganha importância. Isso porque é através do desenvolvimento desta doutrina que se permitirá, em mercados concentrados, a criação de escolhas.

No Brasil, a doutrina recebe um destaque fundamental. Isso porque a maior parte da estrutura econômica brasileira deriva da influência do poder econômico no mercado, seja do Estado ou dos grandes grupos econômicos privados.

Desde o modelo de colonização adotado por Portugal, quando predominava o monopólio da metrópole sobre a colônia, passando pelas monoculturas exportadoras e pelos monopólios públicos e, mais recentemente, pelos monopólios de direito, previstos constitucionalmente, e pelos monopólios de fato, exercidos pelos grandes grupos empresariais, a base da economia brasileira foi construída sobre um ou poucos agentes econômicos.

Especialmente durante as décadas de 1960 e 1970 praticou-se no país uma política concentracionista, com o objetivo de promover um crescimento econômico acelerado com ganhos de escala. Findo o Regime Militar na década de 1980, o ambiente industrial brasileiro apresentava elevado grau de concentração e as contas públicas um déficit público insuperável. Pior, o déficit não foi causado por investimento nos serviços públicos, mas, sim, por má gestão e ineficiência administrativa.

2. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005.

A Constituição Federal criou monopólios para a União Federal (art. 176, art. 177 e art. 21, incisos VII, X, XI, XII e XXIII, todos da CFRB/1988)³ e para os Estados e Distrito Federal (art. 25, § 2º, e art. 32, § 1º, da CFRB/1988), enumerando-os taxativamente. Em relação aos serviços públicos, vigorou até a década de 1990 a ideia de que deveriam ser prestados direta ou indiretamente pelo Estado, mas sempre através de estruturas concentradas (privilégios⁴). As justificativas utilizadas foram ora razões técnicas (indivisibilidade das redes), ora a disponibilização dos serviços à coletividade ou, ainda, por motivos de segurança nacional.

3. Convém, contudo, a ressalva: “Em todas essas atividades, é a União que detém o monopólio da atividade econômica. Em muitas delas, como já se pôde observar, pode a União atribuir a exploração direta a terceiro através de delegação.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

4. Neste momento, vale a distinção entre monopólio e privilégio cunhada pela doutrina e acolhida pela jurisprudência: “(...) 1. O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei nº 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011)”. Contudo, em alguns momentos, faremos referência a monopólios em sentido amplo, para englobar também privilégios.

A partir da década de 1990, promoveu-se a desconcentração da distribuição de gás canalizados pelos Estados (EC nº 5/95), da mineração (EC nº 6/95), da navegação de cabotagem (EC nº 7/95), das telecomunicações (EC nº 8/95) e do petróleo e gás natural (EC nº 9/95).

Criou-se um ambiente propício para a abertura do mercado e para a livre iniciativa e livre competição, que se opunha ao outrora prevalente ambiente de monopólio. O papel do Estado na economia foi repensado, sendo transformado em agente planejador, fomentador, fiscalizador e coibidor das anormalidades do mercado⁵.

A doutrina alerta, assim, que:

(...) não seria procedente a alegação de que os valores da livre iniciativa e da livre concorrência seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas e não aos serviços públicos, já que estes também são atividades econômicas *lato sensu*, apenas titularizadas pelo Estado em prol do bem-estar da coletividade. Tanto é assim, que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional (Título VII da Constituição Federal), da qual o art. 175, que rege os serviços públicos, faz parte.⁶

Uma das formas encontradas, neste cenário, para promoção da competitividade em um mercado de base monopolista, sem colocar de lado a legitimidade, foi a importação da doutrina das *essential facilities* (traduzida aqui como infraestruturas/bens/instalações essenciais). Através dela, permite-se que outros agentes acessem as infraestruturas e redes, outrora concentradas no agente monopolista, desde que obedecidos os aspectos técnicos e de segurança, garantindo-se a remuneração adequada ao seu detentor. Mantiveram-se, por esta via, os ganhos de escala provenientes da concentração

5. NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infraestruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006.

6. ARAGÃO, op. cit., 2005.

– ao dispensar a duplicação da estrutura – sem, contudo, distribuir os seus benefícios para um único *player*.⁷

Logo, o que se propõe é separar a gestão da infraestrutura/instalação e a prestação dos serviços. Em âmbito nacional, assim como o antídoto composto pelo próprio veneno, essa desvinculação somente foi possível porque a maioria das infraestruturas já se encontrava construída pelos outrora monopolistas, que, através da exploração exclusiva por anos, se ressarciram dos altos gastos ligados às atividades menos lucrativas e mais onerosas de construção das redes.

2. CONTORNOS DO INSTITUTO

A doutrina das *essential facilities*, com raízes na jurisprudência norte-americana, versa sobre a necessidade de compartilhamento de bens essenciais (*essential facilities*), sob o domínio de um competidor, com os outros agentes do mercado, a fim de promover melhores condições de concorrência.

Em seu desenvolvimento, a doutrina foi absorvida nos Estados Unidos como uma exceção ao princípio geral de que as empresas não têm o dever de contratar. Na Europa, contudo, a mesma doutrina recebeu leitura diversa. A Corte de Justiça Europeia desenvolveu o dever geral de contratar, sendo a doutrina da *essential facilities* uma aplicação particular desse dever geral.⁸

Apesar da doutrina das *essential facilities* ser bastante estudada no âmbito do direito da concorrência, existe uma grande dificuldade da doutrina em definir o que seria uma infraestrutura essencial. Assim, encontramos definições no sentido de que corresponde às necessidades da sociedade,⁹

7. ALEXANDRE, op. cit., 2005.

8. Ibidem.

9. *United States v. Terminal Railroad Ass'n; Associated Press v. United States*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

às necessidades do competidor individual,¹⁰ ao poder de mercado do proprietário da *essential facility*¹¹ e às preferências do consumidor.¹²

No *MCI Communications case*, julgado em 1983, a Corte de Apelação do 7º Circuito Norte-Americano estabeleceu quatro requisitos necessários para aplicação da doutrina das *essential facilities*: (i) a estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano.¹³

O primeiro requisito corresponde à tendência de que essas *facilities* estejam presentes em mercados com características de monopólio natural.

De acordo com a doutrina:

[O] monopólio natural corresponde na maioria das vezes a uma atividade na qual os custos de produção fixos, representados, sobretudo pela maquinaria, instalações e base territorial são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis, correspondentes principalmente a matérias-primas, energia e mão de obra. (...) Seus custos em regime de monopólio são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos

10. *Twin Lab. v. Weider Health & Fitness e Olympia Equip. Leasing v. Western Union Telegraph*. Disponíveis em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/900/566/306296/> e <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/786/794/409185/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

11. *Castelli v. Meadville Medical Center e Mckenzie v. Mercy Hosp. of Independence Kan*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/872/411/171765/> e <https://openjurist.org/854/f2d/365/mckenzie-do-v-mercy-hospital-of-independence-kansas>. Acesso em: 30 jan. 2019.

12. *Aspen Skiin Co. v. Aspen Highlands Skiing*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

13. *MCI Communications Corp. v. AT&T*. (708 F 2d 1081, 1132(7th Cir.), cert. Denied, 464 I.S. 891 (1983). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/462/1072/2142935/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

fixos exige a produção em grande escala, e o mercado somente absorve a oferta de uma empresa naquele nível de produção.¹⁴

Além da impossibilidade econômica, acima tratada, o monopólio pode surgir da impossibilidade física, tais como fontes de insumo únicas, e a existência de propriedade intelectual.

Contudo, deve-se esclarecer que é possível a aplicação da doutrina a mercados que não são regidos pelo monopólio. Calixto Salomão Filho adverte que:

(...) não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência de um agente econômico em relação a outro, na qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou fornecimento do essencial.¹⁵

O segundo requisito se refere à impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes.

A impossibilidade física decorre da unicidade do bem, por natureza. Já a impossibilidade econômica associa-se à necessidade de realizar investimentos recuperáveis ou amortizáveis em um prazo muito longo para atuar em determinado mercado. Além disso, pode não haver interesse social na duplicação do bem, o que é bastante claro no caso das infraestruturas.

O terceiro requisito está presente quando o detentor da estrutura se recusa a fornecer o acesso ao concorrente. Neste caso, não precisa haver uma recusa explícita, basta que crie condições diferenciadas ou mais onerosas aos concorrentes, de modo a dificultar ou impedir o acesso ao bem.

Calixto Salomão Filho esclarece a peculiaridade que envolve a recusa de contratação de um bem essencial:

14. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 274.

15. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

(...) uma recusa de contratação por parte de um monopolista apenas configura ilícito se tem como propósito: a dominação do mercado ou qualquer outra intenção anticoncorrencial. Não configurado esse propósito, a recusa não passa de livre exercício da liberdade de contratação. No caso das *essential facilities*, entretanto, a mera recusa já implica prejuízo à concorrência, pois o acesso ao bem é fundamental para que o agente concorra no mercado.¹⁶

A recusa de acesso estaria justificada, por outro lado, no caso de *free riders* (feito carona). Os *free riders* são tidos com externalidades negativas, representando custos não compensados. O carona busca, através do menor esforço pessoal, alcançar o maior aproveitamento do trabalho alheio, usufruindo dos esforços engendrados e dos riscos enfrentados pelo concorrente. Ainda que se disponha a pagar pelo uso do bem, o valor pago não será capaz de compensar os custos de oportunidade relativos àqueles esforços e riscos do concorrente.¹⁷

O quarto e último requisito trata da possibilidade de liberar o acesso ao bem sem qualquer dano. Neste caso, analisa-se não apenas a viabilidade técnica no compartilhamento, mas também a ausência de prejuízos aos agentes que já utilizam a infraestrutura essencial.

Os critérios fixados no *MCI Communications case* são criticados pela doutrina porque (i) não definem exatamente o que é uma *essential facility* e (ii) já partem do pressuposto de que estamos diante de uma infraestrutura essencial, criando um raciocínio circular.¹⁸

Ademais, (iii) há grande dificuldade em se aceitar como critério a inabilidade prática ou irrazoável de um competidor para duplicar a *essential facility*. A jurisprudência americana tem entendido que se está diante de

16. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

17. ALEXANDRE, op. cit., 2005.

18. SEELEN, Christopher M. *The essential facilities doctrine: what does it mean to be essential*. *Marq. L. Rev.*, v. 80, p. 1117-1133, 1997.

uma *essential facility* se a duplicação dessa *facility* é economicamente inviável e se a recusa de compartilhamento gerar uma grande desvantagem para potenciais novos participantes do mercado.¹⁹ Igualar a inviabilidade prática na duplicação da estrutura com *essential facility* pode acarretar a conclusão equivocada de que uma estrutura é essencial apenas porque um competidor não pode duplicá-la na prática.

Nesse ponto, vale a advertência de que a intervenção na liberdade de contratar exige cautela, sob pena de se criar um estímulo ao comportamento *free rider* e um desincentivo ao investimento e à inovação.

O preço de acesso à infraestrutura também merece ponderação, visto que não pode ser elevado a ponto de restringir a competição, nem tão baixo que não remunere satisfatoriamente o seu titular, afugentando futuros investimentos em instalação.²⁰

Outro critério que tem sido utilizado pela doutrina²¹ e pela jurisprudência americana²² para delimitar uma *essential facility* é o mercado relevante.

19. *City of Anaheim v. Southern California Edison Co.* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/805/1068/170981/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

20. Discussão relacionada ao preço diz respeito à possibilidade ou não de interromper o compartilhamento da infraestrutura em caso de inadimplemento, tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público. Carlos Ari Sunfeld sustenta que: “uma vez ajustadas as condições financeiras, evidentemente cabe ao prestador do serviço de telecomunicações cumprir a obrigação assumida, pagando o preço. O inadimplemento dessa obrigação permite que as empresas de energia detentoras do posto deem por finda e tomem as providências para a extinção da relação, desonerando-se da obrigação de suportar a permanência da rede dessas prestadoras. O fato de se tratar de rede de serviço público não as impedem de assim proceder, sendo impertinente a invocação do genérico ‘princípio da continuidade do serviço público’ para sustentar a impossibilidade de as empresas de energia romperem a relação. É que, especialmente no regime competitivo a que se submetem as telecomunicações, a ‘continuidade do serviço’ não se confunde com a continuidade das operações de um dado prestador.” SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infra-estrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 7, out. 2001.

21. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, § 7.7, 274 (1994).

22. *Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic e Castelli v. Meadville Medical Center*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1321617.html>. Acesso em: 30 jan. 2019.

O CADE, por exemplo, analisa necessariamente o mercado relevante no caso concreto antes de concluir pela existência ou não de uma infração à ordem econômica.²³

Há certo dissenso se a definição de *essential facility* deverá levar em conta uma questão de política pública ou de análise econômica. Os critérios para aplicação da doutrina no *MCI Communications case* envolvem certamente uma análise econômica. Contudo, a determinação inicial do que é essencial tem muito pouco a ver com economia. Com efeito, as Cortes devem considerar as políticas públicas na determinação de quais tipos de *facilities* os agentes são obrigados a compartilhar.²⁴

Em seu tratado antitruste, Herber Hovenkamp lista três categorias de *facilities* que as Cortes americanas entendem ser essenciais: (1) monopólios naturais ou acordos de *joint venture* sujeitos a significativa economia de escala; (2) estruturas, plantas ou outros ativos produtivos valiosos que foram criados como parte de um regime regulatório, sejam ou não monopólios ou (3) estruturas governamentais e estruturas criadas ou mantidas por subsídios.²⁵

Apesar de não ser sempre possível identificar com clareza o que seria uma *essential facility*, conceitua-se a doutrina nos seguintes termos:

O instituto jurídico segundo o qual se assegura a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infraestruturas e redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes. A esse direito de acesso cor-

23. ADAMI, Mateus Piva. Essential facilities, falhas regulatórias e assimetria de informação no setor de telecomunicações. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 6, n. 69, nov. 2006.

24. SEELEN, op. cit., 1997.

25. HOVENKAMP, op. cit., 1994.

responde uma obrigação específica do detentor da infraestrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado. Assim, sob o enfoque do detentor da *essential facility*, a teoria pode ser compreendida como o instituto que lhe impõe, em determinadas circunstâncias e mediante a observância de pressupostos específicos, a obrigação de ceder a terceiros, inclusive potenciais concorrentes, o acesso à infraestrutura caracterizada como indispensável (essencial) ao desenvolvimento de determinada atividade econômica e cuja duplicação é inviável, em contrapartida ao recebimento de um preço justo, que inclua uma indenização pelos investimentos realizados, o custo decorrente da disponibilização da *facility* e uma remuneração razoável.²⁶

Por fim, apesar da doutrina da *essential facility* estar ligada na origem a infraestruturas, a doutrina – não sem algum dissenso – tem aplicado o instituto a bens protegidos por direitos de propriedade intelectual. Assim, a natureza tangível ou não do ativo não importa para a sua aplicação.²⁷

Assim, se tem afirmado que:

[D]entro desses parâmetros e desde que atendidos os demais pressupostos de aplicação da teoria, é possível afirmar que qualquer bem econômico poderá ser reputado uma *essential facility*. A condição para que um bem possa ser qualificado como tal residirá na sua indispensabilidade para o desenvolvimento de uma determinada atividade econômica. O importante, na verdade, será a situação de dependência extrema de um agente econômico (o entrante) com relação a outro (o detentor da *facility*): sem o acesso aos

26. NESTER, Alexandre Wagner. Teoria das essential facilities e propriedade intelectual. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MARROS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 109-128.

27. FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. *RDC*, v. 2, n. 1, p. 89-105, mai. 2014.

bens caracterizados como *essential facilities*, o entrante fica incapacitado de desenvolver a sua atividade econômica.²⁸

Por outro lado, há quem entenda inaplicável a doutrina sob exame à propriedade intelectual, em razão das peculiaridades da matéria. Isso porque, para preservação dos incentivos de criação de novas descobertas, desenvolveu-se um sistema legal que confere ao criador ou inventor a capacidade de preservar a exclusividade da sua descoberta ou do seu uso. Assim, não seria possível a aplicação da doutrina das *essential facilities*, uma vez que a referida teoria iria contra as políticas de concessão de patentes e direitos autorais e o direito de exclusividade, que lhes é próprio.²⁹

3. PREVISÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O ordenamento constitucional brasileiro constrói a base para aplicação da *essential facilities doctrine* no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal,³⁰ ao prever a função social da propriedade. O art. 170, inciso III, da Constituição Federal,³¹ também lista a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica.

28. NESTER, 2010.

29. *Ibidem*.

30. “Art. 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:

(...)

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.”

31. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade;”

No mesmo sentido, o art. 1.228, § 1º, do Código Civil acrescenta que:

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.

Em razão das previsões constitucional e legal, a propriedade privada passa a merecer proteção estatal apenas na medida em que “seja utilizada em conformidade com a cultura e o interesse da sociedade em que está inserida (a propriedade deve ser útil à comunidade em que se situa).”³²

O art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/11, prevê, por sua vez, que constituem infrações à ordem econômica as condutas de limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inc. III) e de impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (inc. V), na medida em que limitem, falseiem ou, de qualquer forma, prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominem mercado relevante de bens ou serviços; aumentem arbitrariamente os lucros; e exerçam de forma abusiva posição dominante.

Logo, a recusa injustificada ao compartilhamento de bens, quando limitem ou impedem o acesso de novas empresas ao mercado ou impedem o acesso do concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição, podem configurar infrações à ordem econômica, sujeitas às responsabilidades civil, administrativa e criminal.

Como já mencionado, as Reformas Constitucionais da década de 1990 redesenharam o tamanho do Estado brasileiro, transformando o papel do Estado na prestação de grande parte dos serviços públicos. Assim, o Estado

32. NESTER, 2010.

deixaria de ser o prestador direto e passaria a atuar como órgão regulatório da atividade privada, em muitos casos através de criação de entidades autárquicas dotadas de elevada autonomia técnica, financeira e administrativa.

O novo modelo exigiu o emprego da função social da propriedade nas estruturas destinadas à prestação de serviços essenciais, e que passariam a ser compartilhadas entre empresas concorrentes.

Neste contexto de desestatização é que se positivou a teoria, em âmbito infraconstitucional, em diversos diplomas que tratam de setores que foram abertos à concorrência.

Em relação às telecomunicações, o art. 73 do diploma acima mencionado é claro ao prever que:

As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Percebe-se que, pela previsão legal, é possível, inclusive, o compartilhamento de estruturas de setores diversos.

O art. 146, inciso III, e os arts. 152 e 153 da Lei nº 9.472/97³³ preveem o compartilhamento de redes em termos não discriminatórios, sob condições

33. “Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I – é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II – deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III – o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.”

técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

No setor elétrico, também há previsão legal do compartilhamento de bens essenciais. O § 6º do art. 15 da Lei nº 9074/95³⁴ garante, assim, aos fornecedores caracterizados como produtores independentes de energia elétrica, e respectivos consumidores, o “livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente”.

Podemos notar o mesmo fenômeno no setor de petróleo que, desde a EC nº 9/95, admite que empresas públicas e privadas explorem a pesquisa e exploração das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; a refinação do petróleo; a importação e exportação dos derivados básicos de petróleo e gás; e de transporte do petróleo bruto, derivados e gás natural.

Nesta esteira, o art. 58 da Lei nº 9.478/97³⁵ prevê a faculdade, a qualquer interessado, do uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos exis-

34. “Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica. (...) § 6º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.”

35. “Art. 58. Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito – GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável. (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009) § 1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada com base em critérios previamente estabelecidos, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado. (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009) § 2º A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis. § 3º A receita referida no *caput* deste artigo deverá ser destinada a quem efetivamente estiver suportando o custo da capacidade de movimentação de gás natural. (Incluído pela Lei nº 11.909, de 2009).”

tentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito – GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural.

Consolidando o que foi dito até aqui, a Resolução Conjunta nº 1, de 24 de novembro de 1999, editada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), fixa diretrizes para o compartilhamento de infraestrutura, dispondo expressamente em seu art. 4º que:

O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte duto viário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infraestrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento.

Por último, mas não menos importante, trazemos a previsão de compartilhamento de estruturas no art. 24, inciso IV,³⁶ e no art. 27, inciso IV,³⁷ ambos da Lei nº 10.233/01, aplicáveis, respectivamente, aos setores de transporte terrestre e aquaviário.

De todo modo, no silêncio da lei setorial, determina-se a aplicação subsidiária das normas de proteção da concorrência no art. 7º da Lei nº 9.472/97: “[A]s normas gerais de proteção à ordem econômica são

36. “Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição.”

37. “Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.”

aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.”

4. NATUREZA JURÍDICA

Identificam-se ao menos duas grandes correntes a respeito da natureza jurídica da *essential facility doctrine*. Para uma primeira corrente, a obrigação de compartilhamento estaria dentro do instituto da servidão administrativa. Já para uma segunda corrente, o instituto seria integrante do direito contratual.

A primeira corrente é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,³⁸ que sustenta que a *essential facility doctrine* deve ser filtrada durante o processo de importação para o ordenamento nacional, recebendo aqui características de servidão administrativa, com natureza de direito real de natureza pública:

Todas as características de servidão administrativa estão presentes: trata-se de direito real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de natureza alheia (empresa prestadora de serviços de telecomunicações ou outros serviços de interesse público), para fins de utilidade pública, instituído, com base em lei, em benefício da entidade que presta serviço de interesse coletivo por delegação do poder público.³⁹

Para essa corrente, o preço a ser pago pelo terceiro que demanda o compartilhamento deve se limitar a uma indenização que remunere a diminuição patrimonial pelo uso do bem, não englobando o lucro do detentor da infraestrutura.

38. Compartilhamento de Infraestrutura por Concessionárias de Serviços Públicos. Preço Justo e Razoável. Solução Administrativa de Conflitos (Parecer). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 365-389.

39. *Ibidem*.

Defendendo a segunda posição, Alexandre Aragão sustenta que a doutrina das *essential facilities* tem natureza contratual, até mesmo pelo tratamento conferido pelos diplomas legais e infralegais que disciplinam a matéria no ordenamento brasileiro.⁴⁰ Tratar-se-ia de um contrato privado, regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública), podendo ser também forçado, caso reste à autoridade reguladora a fixação dos termos diante de impasse entre as partes.

A segunda corrente afasta a caracterização da *essential facilities* como servidão administrativa, sob a justificativa de que a servidão obriga o particular a permitir que o Poder Público transite por sua propriedade ou nela instale uma infraestrutura. Aqui, ao contrário, não há obra nem instalação de infraestrutura a ser realizada, mas, sim, um direito de uso ou direito de acesso a uma infraestrutura já construída por terceiros. A servidão é tratada (p. ex., o art. 7º, inc. I, da Resolução Conjunta nº 01/99) como objeto de acesso, e não como veículo de acesso.

Não haveria, de igual modo, as características da perpetuidade e oponibilidade *erga omnes*, típica das servidões. Isso porque o acesso é garantido somente enquanto e na medida em que o concorrente estiver desenvolvendo a atividade, sendo inexistente o impedimento ao acesso da rede por outros *players*.

Ademais, o compartilhamento tem uma dinâmica que o afasta do regime de servidão, já que podem ser renegociadas as condições de acesso ao bem, sempre através de justa remuneração. Neste ponto, não há como aproximar a remuneração prevista no regime de *essential facilities* com a justa indenização da servidão, visto que a remuneração pressupõe mais que prejuízos sofridos, englobando também o lucro do detentor da infraestrutura.

Talvez a diferença mais marcante entre os institutos é a desnecessidade de declaração de utilidade pública e do processo judicial previsto

40. ARAGÃO, op. cit.

no Decreto-lei nº 3.365/41, bem como a ausência de previsão legal – que afasta a *essential facility* do instituto da servidão legal. Na servidão legal, a lei prevê de forma determinada e objetiva a área da servidão. O compartilhamento de infraestrutura, por sua vez, conta apenas com uma previsão legislativa genérica, dependendo a sua efetivação de diversos fatores, como, por exemplo, a manifestação de vontade das empresas entrantes de obter o acesso.

Por fim, ao contrário da servidão, não há óbices ao compartilhamento sobre uma infraestrutura de titularidade do próprio ente concedente e regulador, como na hipótese de o Poder Público compartilhar um bem de sua titularidade gerido por um delegatário.

5. O PROBLEMA DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

O principal entrave à aplicação da doutrina das *essential facilities* é a assimetria de informações entre os *players* e os órgãos reguladores.

A distribuição desigual de informações tem efeitos diretos no mercado, influenciando os valores atribuídos a um bem, ou ainda dele excluindo mercadorias ou pessoas.⁴¹

Exemplo marcante da repercussão da assimetria de informações é o caso levado a julgamento no CADE, envolvendo a Embratel e a Telesp.

A norma nº 30/96, vigente à época e editada pela autoridade reguladora, a ANATEL, estabelecia que as operadoras deveriam observar os valores máximos fixados por ela na exploração industrial de linhas dedicadas. Porém, não havia preocupação de se estabelecer um parâmetro objetivo para o cálculo dos descontos.

41. AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

Aproveitando-se desta falha regulatória, a Telesp concedeu descontos significativos para a sua subsidiária, que a colocava em situação de vantagem em relação às concorrentes.

O tratamento discriminatório só foi notado pelas concorrentes após procedimento licitatório, quando deu-se publicidade ao valor do serviço prestado pela subsidiária da Telesp. Na ocasião, percebeu-se que o custo do serviço prestado pela subsidiária era inferior ao preço pago pela Embratel pelo simples acesso à rede da Telesp. Ou seja, o valor final do serviço fornecido pela subsidiária em vantagem não cobriria os custos da interconexão suportados pela sua concorrente.

Para solução do problema da assimetria de informações entre a controladora e a subsidiária, propõem-se três formas de segregação – contábil, jurídica ou societária:

A segregação contábil é a primeira delas. Se uma empresa atua em dois ramos distintos, ainda que correlatos, é possível determinar a contabilização em separado de cada uma, o que evita o uso de subsídios cruzados, por exemplo, para lesar a ordem econômica. Busca-se facilitar o acesso à informação contábil, como forma de permitir uma fiscalização mais apurada pelos órgãos responsáveis. O segundo modelo é o de segregação jurídica. Determina-se que uma mesma pessoa jurídica não pode explorar as atividades que integram uma mesma cadeia produtiva. Por óbvio, ela inclui a etapa anterior, mas não chega a proibir que as empresas façam parte de um mesmo grupo econômico. (...) Por fim, a solução mais interventiva é a segregação societária ou controle estrutural que parte justamente para a desconcentração do mercado pela separação do grupo econômico que o explora. As empresas passam a agir de forma completamente autônoma, sem qualquer vínculo econômico.⁴²

42. ADAMI, op. cit.

No caso da Telesp, optou-se pela segregação jurídica, de modo a não interferir diretamente na estrutura societária do grupo econômico.

Outra solução que surgiu no caso da Telesp, visando à redução da assimetria de informações, foi a formulação pela ANATEL de exigências de publicidade, como a obrigatoriedade de disponibilizar, no site da empresa, minutas de contrato padrão para fornecimento do serviço,⁴³ bem como os valores dos descontos eventualmente concedidos, e respectivos critérios para sua concessão.⁴⁴

Em razão da impossibilidade prática de se adentrar nas minúcias da formação dos preços cobrados pelo uso da infraestrutura, haja vista a já apontada assimetria de informações, a ANATEL criou um sistema dinâmico para a aferição desse valor.

Ainda na busca de reduzir a assimetria, foi editada a Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 02/01 que, em seu art. 23, determinou que as provas nos processos administrativos de composição de conflitos de compartilhamento devem ser pré-constituídas.⁴⁵

43. Art. 23 da Resolução nº 590/2012 da ANATEL: “Art. 23. A Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD deve tornar disponível Contrato Padrão de EILD em sua página na Internet. § 1º Devem ser apresentados à ANATEL e tornados disponíveis na página da Entidade Fornecedora na Internet os contratos de EILD que possuam cláusulas diversas às contidas no contrato padrão de EILD. § 2º O prazo para cumprimento das determinações constantes no *caput* e no § 1º deste artigo é de trinta dias corridos contados da designação pela ANATEL do Grupo como detentor de PMS na oferta de EILD.”

44. Art. 7º, § 2º, da Resolução nº 590/2012 da ANATEL: “Art. 7º. É facultada à Entidade Fornecedora, na forma da regulamentação, a concessão de descontos nos valores da EILD, que devem ser aplicados de forma isonômica e não discriminatória, sendo vedada a concessão de descontos por critérios subjetivos.

§ 1º A isonomia e a não discriminação na concessão de descontos são aplicáveis para oferta de Linhas Dedicadas de mesmas características técnicas, incluindo o meio de transmissão utilizado. § 2º Os valores de descontos concedidos e os critérios para sua concessão devem ser discriminados nos documentos aplicáveis, informados à ANATEL e disponibilizados na página da prestadora na Internet.”

45. “Art. 23. O requerimento e as informações deverão vir acompanhados das provas consideradas necessárias ao proferimento da decisão, incluindo pareceres, laudos periciais e declarações de testemunhas, prestadas em notário público. § 1º Além das provas que considerarem pertinentes, as partes deverão apresentar: I – cópia dos contratos firmados entre as partes e

Mesmo com uma regulamentação aprimorada, a realidade atual no Brasil é muito favorável à fornecedora do serviço com poder significativo de mercado. Não porque não há previsão regulamentar quanto a preço ou prazo de atendimento do acesso, ou mesmo lei que preveja punições para as práticas anticompetitivas, caso elas ocorram, mas porque a fornecedora com poder de mercado significativo continua controlando informações essenciais para a comprovação de suas condutas pelas autoridades estatais responsáveis e pelas solicitantes, inexistindo hoje mecanismo eficiente para a redução dessa assimetria de dados.⁴⁶

6. O DESENVOLVIMENTO DA DOCTRINA NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

No caso inaugural *Unites States v. Terminal Railroad Ass'n*,⁴⁷ a Suprema Corte Americana, em 1912, decidiu que a *Terminal Railroad* – que consistia em um grupo de firmas em St. Louis que controlava o acesso às únicas duas pontes ferroviárias que se estendiam pelo Rio Mississipi – deveria prover acesso em termos razoáveis para todas as companhias ferroviárias que desejassem utilizar as pontes.

Esse julgado é reconhecido como a origem da doutrina das *essential facilities*. Através dele, buscou-se uma solução conciliatória entre a extinção da *Terminal Railroad Ass'ni* e a ausência de intervenção.

minuta de contrato ou de termo aditivo sobre o qual possa residir o conflito, com os pontos controvertidos destacados; II – documentação comprobatória da negociação ou tentativa de negociação entre as partes; e III – cópia da comunicação prevista no parágrafo único do [art. 19](#) deste Regulamento. § 2º Não serão admitidas as provas obtidas por meios ilícitos. § 3º As partes poderão requerer à Comissão a produção de prova, justificadamente, diante de impossibilidade material de sua prévia apresentação.”

46. ZIEBARTH, José Antonio P.M. A doutrina das *essential facilities*: uma análise da jurisprudência brasileira. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 4, p. 79-104, jul/dez. 2011.

47. *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Outro caso que ganhou repercussão em 1945 foi *Associated Press v. United States*,⁴⁸ em que se entendeu que não apenas estruturas monopolísticas ensejariam aplicação da doutrina das *essential facilities*, mas também aquelas detentoras de grande poder de mercado.⁴⁹

Foi reconhecido na ocasião um grande poder de mercado da *Associated Press*, *joint venture* formada por 1.200 jornais espalhados pelos Estados Unidos, que se reuniam para compor e circular notícias entre seus associados. Pelo estatuto da associação, não era permitido o acesso às notícias pelos não associados. O ingresso na associação era livre, porém, caso um jornal concorrente apresentasse objeção, o novo associado somente seria aceito após a votação majoritária e o pagamento de uma elevada taxa.

As condições estipuladas em caso de objeção foram reconhecidas como violadoras da livre concorrência.

A criação de critérios para aplicação da doutrina das *essential facilities*, como narrado acima, também é fruto de criação jurisprudencial no caso MCI e AT&T, julgado em 1983.⁵⁰ Na referida ação, a MCI alegava que a AT&T recusava-se a interconectar a MCI com os distribuidores locais de telefonia. Para resolução da controvérsia, a Corte traçou requisitos para aplicação da doutrina, quais sejam: (i) estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano. Esses requisitos foram, posteriormente, utilizados para resolução de outros casos envolvendo proteção da concorrência.⁵¹

48. *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

49. FARIA, op. cit.

50. *MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 512 U.S. 218 (1994). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/218/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

51. HOVENKAMP, op. cit.

No emblemático caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*,⁵² julgado em 1985, as sociedades Aspen Skiing Co., com equipamentos em três montanhas, e Aspen Highlands Skiing Corp., com equipamentos em apenas uma montanha, discutiram se um tíquete conjunto para os usuários acessarem as quatro montanhas era uma *essential facility*.

Durantes muitos anos, as sociedades se uniram em diferentes formas de *joint ventures* para ofertar um tíquete conjunto. Após disputas envolvendo a distribuição da receita conjunta, a *joint venture* foi desfeita. A Suprema Corte, analisando o caso sob a ótica da recusa de contratar, entendeu que não houve justificativa negocial válida para a recusa da Aspen Skiing Co. em vender o tíquete conjunto, não havendo ganho de eficiência. Ademais, comprovou-se a existência de uma demanda específica pelo tíquete conjunto, tendo os consumidores sido afetados pela sua eliminação.

No caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*,⁵³ foi levado à Corte a conduta da Kodak, que passou a vender peças para manutenção das suas copiadoras apenas para os compradores de equipamentos Kodak que também adquirissem seu serviço de manutenção. Dessa forma, foi limitado o acesso de empresas especializadas em manutenção às suas peças. A jurisprudência constatou que não só não havia justificativas negociais válidas para a recusa da Kodak em fornecer as peças às demais empresas que eram especializadas em manutenção, como também os preços de seus serviços de reparo haviam aumentado consideravelmente após a saída desses concorrentes do mercado, o que representava uma violação à lei antitruste.

Sobre o julgado, relevante destacar que a proteção à propriedade intelectual não constituiu uma imunidade para o monopolista detentor da *essential facility* se recusar a contratar. Quando muito, a propriedade in-

52. *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

53. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

telectual pode caracterizar uma justificativa comercial válida por parte do monopolista que se recusa a compartilhar o bem.⁵⁴

O caso *Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic*⁵⁵ envolveu a alegação do plano de saúde Blue Cross de que a Marshfield Clinic e seu corpo técnico eram *essential facilities* e que qualquer plano de saúde poderia demandar acesso em iguais condições. O pedido fundamentava-se no fato de que a Marshfield Clinic estava localizada em Marshfield, no estado de Wisconsin. Apesar da cidade contar com uma população em torno de vinte mil habitantes, a Marshfield Clinic contava com mais de 400 médicos em seu corpo clínico, representando o quinto maior corpo clínico na América do Norte.

A Corte de Apelação Americana entendeu que a Marshfield Clinic e seu corpo técnico não eram *essential facilities*. Assim, a Marshfield Clinic não tinha a obrigação de dividir sua estrutura com a Blue Cross.⁵⁶

7. APLICAÇÃO DA TEORIA NA UNIÃO EUROPEIA

No caso *Volvo v. Erik Veng*,⁵⁷ julgado em 1989, a Volvo se negou a licenciar o desenho do painel de seus carros para outras empresas fabricantes. A Corte de Justiça afirmou que, mesmo que uma empresa ocupe uma posição dominante no mercado, ela poderá se recusar a licenciar direitos de propriedade intelectual, ainda que em troca de *royalties*. Entendimento em sentido contrário representaria uma privação de seu direito à exclusividade.

54. NESTER. op. cit.

55. *Blue Cross v. Marshfield Clinic*, 883 F. Supp. 1247 (W.D. Wis. 1995). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/883/1247/1766960/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

56. Christopher M. Seelen, *The Essential Facilities Doctrine: What Does It Mean to Be Essential*, 80 Marq. L. Rev. 1117 (1997).

57. *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd.*, (238/87) EU:C:1988:477 (05 October 1988). Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-003-0437?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-003-0437?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1). Acesso em: 30 jan. 2019.

A Corte de Justiça traçou no julgado alguns parâmetros pra verificar se a recusa em contratar seria ilegítima, configurando abuso nas seguintes hipóteses: (i) recusa arbitrária de fornecer partes avulsas para empresas que prestam serviços de manutenção e reparo de forma independente; (ii) fixação dos preços dessas peças em um nível injusto; (iii) decisão de descontinuar a produção de peças avulsas para um modelo particular, embora muitos carros daquele modelo continuem em circulação.

Outro caso emblemático⁵⁸ envolveu o Reino Unido e a Irlanda, que reconheciam direitos autorais sobre listas diárias de programação de canais de televisão. A empresa Magill desejava comercializar um guia de TV que abrangesse todos os canais, porém as emissoras recusaram a licença.

A Corte de Justiça novamente entendeu que direitos de propriedade intelectual não implicam, necessariamente, existência de posição dominante; e que a recusa de licenciar esses direitos, mesmo que a empresa se encontre em posição dominante, não constitui abuso.

Contudo, no caso específico, a Corte concluiu que não havia justificativa para a recusa, a não ser reservar para si o mercado a jusante de guias de TV. A conduta das emissoras configuraria abuso de posição dominante, motivo pelo qual foi concedido o licenciamento compulsório dos direitos autorais sobre as listas semanais da programação.⁵⁹

A doutrina das *essential facilities*, por outro lado, não foi reconhecida no caso envolvendo a *Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint*,⁶⁰ julgado em 1998 pela Corte de Justiça.

As circunstâncias que envolveram o caso são as seguintes: Bronner publicava um jornal regional na Áustria, chamado *Der Standard*. A Mediaprint, por seu turno, publicava dois jornais, o *Neue Kronen Zeitung* e

58. *Magill case*. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-100-3075?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-100-3075?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)). Acesso em: 30 jan. 2019.

59. ALEXANDRE, op. cit.

60. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0007>. Acesso em: 30 jan. 2019.

o *Kurier*. Para atender a demanda, a Mediaprint desenvolveu um sistema de distribuição domiciliar para possibilitar a circulação de seus jornais. A concorrente Bronner ajuizou, assim, uma ação para ter acesso ao sistema de distribuição em domicílio, sustentando que outras formas de distribuição seriam menos vantajosas, e que, devido à reduzida circulação do jornal por ela publicado, seria inviável estabelecer um sistema próprio de entrega em domicílio.

A Corte de Justiça não acolheu o pedido da Bronner, pois o acesso ao sistema de distribuição da Mediaprint não poderia ser considerado essencial para que a postulante concorresse no mercado. Existiam outras opções para a entrega em domicílio de jornais que, embora menos vantajosas, não a eliminavam do mercado. No caso, foi reconhecido o intuito da postulante de pegar carona no sistema de distribuição da concorrente.

8. APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

Inicialmente, interessante fazer a ressalva de que, na prestação dos serviços públicos em especial, a concorrência deve ser encarada como instrumento para a coesão social. Assim, a:

Teoria das Instalações Essenciais não pode ser aplicada sem adaptações a um regime jurídico de Direito Administrativo, como o brasileiro, em que os bens afetados à prestação de serviços públicos têm uma natureza no mínimo híbrida: são reversíveis, não podem ser alienados (*ex vi*, por exemplo, art. 101 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT), são impenhoráveis e imprescritíveis, os delegatários apenas exercem a sua gestão para os fins públicos previstos no marco regulatório etc.⁶¹

61. ARAGÃO, op. cit.

No Brasil, o caso pioneiro julgado pelo CADE ocorreu em 1998. Tratava-se da análise do ato de concentração entre COPESUL, empresa petroquímica de primeira geração, e OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A., empresas petroquímicas de segunda geração. A operação envolvia contratos de fornecimento de eteno e propeno no projeto de ampliação do Polo Petroquímico de Triunfo. A Petroquímica Triunfo S.A., empresa integrante do Polo e dependente dos produtos de primeira geração, que eram fornecidos pela COPESUL, foi excluída do projeto.

Assim, durante o processamento do ato de concentração no CADE, a Petroquímica Triunfo S.A. manifestou-se contra a operação, sob a justificativa de que a sua inclusão no projeto era essencial para que pudesse continuar concorrendo no mercado.

O CADE não acolheu o pedido de acesso formulado pela Petroquímica Triunfo S.A., pois se entendeu que a Companhia Petroquímica do Sul – COPESUL tinha justificativas econômicas razoáveis para excluir a outra de seus contratos.⁶²

Posteriormente, em 2001, em um caso envolvendo a Globo e a Directv, discutiu-se a possibilidade de caracterização do sinal da Globo como uma *essential facility*, hipótese que criaria o dever da Globo de garantir o acesso à Directv, independentemente de legislação específica.

O CADE negou a caracterização do sinal da Globo como *essential facility*. No julgado, foi fixado que o compartilhamento da infraestrutura essencial exige, no mínimo, os seguintes requisitos: (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de

62. Ato de Concentração nº 54/95. Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL; OPP Petroquímica S.A. (Antiga PPH – Cia Industrial de Polipropileno); OPP Polietilenos S.A. (Antiga Polisul – Petroquímica S.A.) e Ipiranga Petroquímica S.A...Ato de Concentração nº 54/95. Ver CADE, *Relatório Anual 1998-1999*, p. 101.

eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável.

Ora, o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infraestrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível, à Directv, duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros, como fez, por exemplo, com a Disney; (iii) a manutenção da Directv como concorrente, a entrada e crescimento da Tecsat no mercado e a autorização, pela ANATEL, da operação de novos concorrentes no mercado de TV por Satélite mostram, à saciedade, que a Globo ou a SKY estão distantes, com os dados disponíveis no momento, de ter potencial para eliminar a concorrência; (iv) a “facilidade” pretendida pela Representante é, sem dúvida, um caminho fácil e oportunista – que não exige sequer talento, criatividade e identificação com a sensibilidade da cultura brasileira – para obtê-la de maneira menos dispendiosa; (v) a recusa de disponibilização encontra justificáveis e razoáveis razões, econômicas e jurídicas, por se tratar, o sinal aberto, de serviço de acesso gratuito e protegido pelo marco regulatório existente. Não pode haver essencialidade naquilo que é redundante. Portanto, foi afastada a aplicação da teoria da *essencial facility* no caso analisado.⁶³

Em 2002, foi a vez do julgado envolvendo as tarifas telefônicas de longa distância. Tratava-se de pedido de medida preventiva formulado pela Embratel em face da Telesp e da Telefônica Empresas, subsidiária da Telesp, no processo de licitação realizado pela Prodam. Como visto em tópico anterior,

63. Processo Administrativo nº 53500.000359-99, TVA Sistema de Televisão S/A – *Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda.* – Globo.

a postulante argumentava que a Telesp vinha realizando discriminação de preços de acesso no provimento de serviço de acesso local. Isso porque a oferta apresentada pela Telefônica Empresas no procedimento licitatório foi menor do que a tarifa de interconexão paga pela Embratel à Telesp.

O CADE concedeu a medida preventiva sob os seguintes fundamentos: (i) parte da demanda de baixa velocidade pode ser considerada um insumo essencial controlado por um monopolista; (ii) quanto à viabilidade de duplicação, entendeu ser “essa possibilidade inviável em termos econômicos, além de ser socialmente ineficiente”; (iii) a existência de assimetria de informações impossibilitava a verificação do abuso na medida em que “a Representada era a única detentora da informação necessária à constatação do fato afirmado”. Não obstante, entendeu-se que não havia indícios suficientes para demonstrar que a diferença de preços de acesso era justificada pelos critérios apontados pela Representada; (iv) não houve nenhuma alegação de que a concessão à Embratel de igualdade nas condições de acesso comprometeria a qualidade do acesso dos demais clientes da Telesp.⁶⁴

Em âmbito jurisprudencial, destacam-se acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça e do STJ, reconhecendo o dever de compartilhamento de infraestruturas.

Em caso levado a julgamento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a COSERN (Companhia Energética do Rio Grande do Norte) recorreu para impugnar a determinação de preço por parte da ANEEL e da ANATEL em relação ao compartilhamento de poste de energia elétrica. O recurso da COSERN não foi conhecido por razões processuais, contudo, no acórdão, foi reconhecida a legitimidade da ANATEL para figurar no polo passivo da ação, em razão da recusa em homologar contratos de compartilhamento.⁶⁵

64. Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19 no Processo Administrativo nº 53500.005770/2002, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – *Embratel v. Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp*.

65. “(...) 3. Sem embargo da competência da ANEEL quanto à homologação do contrato de compartilhamento de infraestrutura entre a parte autora e a COSERN, referente ao uso de postes de energia elétrica, mantidos por esta, para a fixação de cabos coaxiais e condutores de fibra

O STJ também julgou interessante caso sobre a matéria. Tratava-se de ação ajuizada pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Vassouras em face de Tim Celular S.A. e Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel. Como causa de pedir sustentava a autora que, em 25 de fevereiro de 2002, celebrou com a ré Embratel contrato de locação para instalação de torre, contêiner ou edícula, e também equipamentos de telecomunicações. Expôs que, durante o mesmo período em que houve a pactuação da locação, a corré Tim Celular S.A. também manifestou interesse em locar área próxima, para instalação de seus equipamentos de telefonia, todavia, não veio a formalizar proposta. Aduz que, depois que a Embratel instalou sua antena e os equipamentos no local, a Tim Celular adentrou arbitrariamente no terreno, arrombando o cadeado que trancava a porteira e instalando, dentro do mesmo espaço, sua antena e seus equipamentos, infringindo cláusula do contrato de locação firmado com a primeira. Afirmou acreditar haver convivência da locatária, e que não tem conseguido obter ressarcimento das rés pelo uso do espaço.⁶⁶

ótica necessários à prestação dos serviços fornecidos por aquela, entendo que andou bem a magistrada a quo ao reconhecer a legitimidade passiva da ANATEL na presente demanda, tendo em vista que essa agência reguladora deu causa ao ingresso da parte autora em juízo, criando os empecilhos que impossibilitaram a eficácia do ajuste antes celebrado. 4. Convém salientar que o comando sentencial dirigido à ANATEL nesta lide, conforme bem esclareceu a douta juíza de primeiro grau no julgamento dos embargos de declaração, é no sentido de – confirmando a tutela de urgência outrora concedida – impedir aquela agência reguladora de, no âmbito de sua competência, se negar à homologação dos acordos de compartilhamento firmados entre a demandante e a COSERN, não se tratando, portanto, de homologação a ser realizada em conjunto pela ANATEL e a ANEEL. 5. Apelação da COSERN não desembargada. Apelo da ANATEL cujo provimento é negado. (Processo nº 200184000076783, Desembargador Federal Edilson Nobre, Quarta Turma, Julgamento: 23/10/2012, Publicação: DJe 25/10/2012 – Página: 593).”

66. (...) 1. O art. 73, parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997 estabelece que, consoante regulamento infralegal emitido pelo Órgão regulador do cessionário, as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. 2. Com efeito, a Resolução nº 274/2001 da Anatel instituiu o Regulamento para disciplinar o compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de

O Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Vassouras julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, para condenar a ré Tim ao pagamento de aluguel pela fração de imóvel que ocupa, a partir de 13 de fevereiro de 2004, e estabelecer que caberá à Embratel ressarcir à corre metade do montante da indenização. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve a sentença.

A Embratel interpôs recurso especial sustentando que exerce serviço público e que tem o dever de permitir que outras empresas prestadoras de serviços de telecomunicações compartilhem de sua infraestrutura, não se tratando de mera conveniência para a obtenção de lucratividade com o compartilhamento de suas instalações, mas de imposição legal.

Telecomunicações, prevendo que só pode ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições estabelecidas pela Anatel. 3. O compartilhamento de infraestrutura tem relevância de interesse público, pois propicia que haja barateamento dos custos do serviço público; minimização dos impactos urbanísticos, paisagísticos e ambientais; condições a ensejar a cobrança de tarifas mais baixas dos consumidores; fomento à concorrência, expansão e melhoria da cobertura da rede de telefonia. 4. Os bens que integram a rede de telecomunicações, embora pertencentes a determinada empresa, cumprem função social, uma vez que seu uso é garantido, por lei, a outras empresas que dele necessitem. A liberdade de contratar e o próprio conteúdo do contrato entre as empresas, tendo por objeto o compartilhamento de uso de infraestrutura, ficam limitados pela regulação legal e infralegal, que estabelece obrigação compulsória. 5. O contrato derivado de sublocação se forma pelo consentimento das partes, e o princípio fundamental em matéria contratual reside no fato de que ninguém é obrigado a contratar e, se o faz, celebra a avença com quem desejar e da forma em que combinaram. Dessarte, não há como conferir caráter de sublocação à operação, tampouco considerar ilícito contratual o compartilhamento de infraestrutura efetuado pela concessionária de serviço público locatária. 6. O direito de uso previsto no artigo 73 da Lei Geral de Telecomunicações constitui servidão administrativa instituída pela lei em benefício das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, constituindo-se direito real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de propriedade alheia, para fins de utilidade pública. 7. Em vista da característica de servidão administrativa, só haveria de cogitar-se em indenização se houvesse redução do potencial de exploração econômica do bem imóvel – o que não ocorre, visto que a autora está recebendo regularmente aluguéis, que não são em nada prejudicados pelo uso compartilhado da infraestrutura pertencente à locatária. 8. Recurso especial provido. (REsp nº 1309158/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 20/10/2017).”

O STJ deu provimento ao recurso especial, sustentando que a relação entre a Embratel e a Tim tem características de servidão administrativa. De acordo com o relator, Ministro Luis Felipe Salomão:

(...) Como visto das disposições legais e infralegais do órgão regulador, o compartilhamento de infraestrutura é compulsório, exaustivamente regulamentado, inclusive no tocante ao preço que cabe à operadora a ele obrigada – fórmula estipulada no anexo da Resolução de regência. É, segundo penso, inviável atribuir a natureza jurídica de sublocação à operação. 5. Nesse passo, tendo em vista a ideia de submissão dos direitos subjetivos ao interesse público, o direito de uso, previsto no artigo 73 da Lei Geral de Telecomunicações, cristaliza servidão administrativa instituída pela lei em benefício das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, constituindo-se direito real. (...) Dessarte, fica nítido que, em vista da característica de servidão administrativa do compartilhamento de infraestrutura, só haveria de cogitar-se em remuneração se houvesse previsão legal específica, e em indenização se houvesse redução do potencial de exploração econômica do bem imóvel – o que não ocorre, visto que a autora está fazendo a exploração econômica de seu bem e recebendo regularmente aluguéis, que não são em nada prejudicados pelo uso compartilhado da infraestrutura construída pela locatária Embratel.

Foi ressaltado, ademais, que o art. 25 da Resolução nº 274/2001 da ANATEL estabelece que os preços a serem cobrados e demais condições comerciais devem assegurar a justa remuneração à prestadora de serviço público de telefonia de custos alocados à sua Infraestrutura compartilhada. Não há, pois, qualquer previsão nesse diploma regulamentar de remuneração ou participação na avença do locador do espaço em que está instalada a infraestrutura.

Por fim, trago caso recentemente julgado pelo STJ envolvendo Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda. e o Banco Itaú S.A., tendo por propósito obstar que o banco demandado encerre, conforme notificação extrajudi-

cial previamente encaminhada, o contrato de conta-corrente estabelecido entre as partes.⁶⁷

67. "(...) 1. As razões recursais, objeto da presente análise, não tecem qualquer consideração, sequer 'an passant', acerca do aspecto concorrencial, em suposta afronta à ordem econômica, suscitado em memoriais e em sustentação oral, apenas. A argumentação retórica de que todas as instituições financeiras no país teriam levado a efeito o proceder da recorrida único banco acionado na presente ação, ou de que haveria obstrução à livre concorrência inexistindo, para esse efeito, qualquer discussão quanto ao fato de que o Banco recorrido sequer atuaria na intermediação de moedas virtuais, em nenhum momento foi debatida nos autos, tampouco demonstrada, na esteira do contraditório, razão pela qual não pode ser conhecida. 1.1. De igual modo, não se poderia conhecer da novel alegação de inviabilização do desenvolvimento da atividade de corretagem de moedas virtuais a qual pressupõe ou que o banco recorrido detivesse o monopólio do serviço bancário de conta-corrente ou que todas as instituições financeiras atuantes nesse segmento (de expressivo número) tivessem adotado o mesmo proceder da recorrida, se tais realidades não foram em momento algum aventadas, tampouco retratadas nos presentes autos. 1.2. Essas matérias hão de ser enfrentadas na seara administrativa competente ou em outro recurso especial, caso, necessariamente, sejam debatidas na origem e devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, o que não se deu na hipótese, ressaltando-se, para esse efeito, que memoriais ou alegações feitas da Tribuna não se prestam para configurar prequestionamento. 2. O serviço bancário de conta-corrente afigura-se importante no desenvolvimento da atividade empresarial de intermediação de compra e venda de bitcoins, desempenhada pela recorrente, conforme ela própria consigna, mas sem repercussão alguma na circulação e na utilização dessas moedas virtuais, as quais não dependem de intermediários, sendo possível a operação comercial e/ou financeira direta entre o transmissor e o receptor da moeda digital. Nesse contexto, tem-se, a toda evidência, que a utilização de serviços bancários, especificamente o de abertura de conta-corrente, pela insurgente, dá-se com o claro propósito de incrementar sua atividade produtiva de intermediação, não se caracterizando, pois, como relação jurídica de consumo, mas, sim, de insumo, a obstar a aplicação, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 3. O encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das partes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação. 3.1 A esse propósito, destaca-se que a Lei nº 4.595/1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar e regente do Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para regular o funcionamento das instituições financeiras (art. 4º, VIII). E, no exercício dessa competência, o Conselho Monetário Nacional, por meio da edição de Resoluções do Banco Central do Brasil que se seguiram, destinadas a regulamentar a atividade bancária, expressamente possibilitou o encerramento do contrato de conta de depósitos, por iniciativa de qualquer das partes contratantes, desde que observada a comunicação prévia. A dicção do art. 12 da Resolução BACEN/CMN nº 2.025/1993, com a redação conferida pela Resolução BACEN/CMN nº 2.747/2000, é clara nesse sentido. 4. Atendo-se à natureza do contrato bancário, notadamente o de conta-corrente, o qual se afigura *intuitu personae*, bilateral, oneroso, de execução continuada, prorrogando-se no tempo por prazo indeterminado, não se impõe às instituições financeiras a

A demandante esclareceu que explora a atividade de intermediação da comercialização de moeda virtual, denominada Bitcoin, e que, para a realização de compra e venda das moedas virtuais por seu intermédio, os interessados devem necessariamente se cadastrar em seu site, depositando valores em sua conta bancária, que servem de crédito para efetuarem as compras de moedas virtuais.

Sustenta que o encerramento da conta bancária utilizada para depósito pelos seus clientes configura prática abusiva e ato ilícito, nos termos da legislação consumerista e do Código Civil.

A sentença afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor e reconheceu a inexistência de prática de ato ilícito por parte da instituição financeira demandada. O Tribunal de Justiça não deu provimento à apelação.

obrigação de contratar ou de manter em vigor específica contratação, a elas não se aplicando o art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor. Revela-se, pois, de todo incompatível com a natureza do serviço bancário fornecido, que conta com regulamentação específica, impor-se às instituições financeiras o dever legal de contratar, quando delas se exige, para atuação em determinado seguimento do mercado financeiro, profunda análise de aspectos mercadológico e institucional, além da adoção de inúmeras medidas de segurança que lhes demandam o conhecimento do cliente bancário e de reiterada atualização do seu cadastro de clientes, a fim de minorar os riscos próprios da atividade bancária. 4.1 Longe de encerrar abusividade, tem-se por legítima, sob o aspecto institucional, a recusa da instituição financeira recorrida em manter o contrato de conta-corrente, utilizado como insumo, no desenvolvimento da atividade empresarial, desenvolvida pela recorrente, de intermediação de compra e venda de moeda virtual, a qual não conta com nenhuma regulação do Conselho Monetário Nacional (em tese, porque não possuiriam vinculação com os valores mobiliários, cuja disciplina é dada pela Lei nº 6.385/1976). De igual modo, sob o aspecto mercadológico, também se afigura lúdima a recusa em manter a contratação, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida. Desse modo, o proceder levado a efeito pela instituição financeira não configura exercício abusivo do direito. 5. Não se exclui, naturalmente, do crivo do Poder Judiciário a análise, casuística, de eventual desvirtuamento no encerramento do ajuste, como o inadimplemento dos deveres de informação e de transparência, ou a extinção de uma relação contratual longa, do que, a toda evidência, não se cuida na hipótese ora vertente. Todavia, o propósito de obter o reconhecimento judicial da ilicitude, em tese, do encerramento do contrato, devidamente autorizado pelo órgão competente para tanto, evidencia, em si, a improcedência da pretensão posta. 6. Recurso especial improvido. (REsp nº 1696214/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 16/10/2018).”

Em sede de recurso especial, foi mantido o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que o serviço bancário de conta-corrente é utilizado como implemento de sua atividade empresarial, não se destinando, pois, ao seu consumo final. Entendeu-se, também, que o encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das partes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação.

O STJ não analisou a questão sob o prisma do efeito lesivo à concorrência e da violação à ordem econômica porque a tese não tinha sido utilizada como fundamento da causa de pedir. Apesar disso, o relator, Ministro Marco Aurélio Belizze, deixou consignado em seu voto que “sob o aspecto mercadológico, também se afigura lúdima a recusa em manter a contratação, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida”.

A Ministra Nancy Andriighi, em voto vencido, reconheceu que a conta corrente é um insumo essencial para as atividades empresariais da corretora de criptomoedas, sem a qual é impossível a recorrente competir ou mesmo ser economicamente ativa no seu mercado específico. Concluiu, ao final, que “[A]o encerrar a conta corrente mantida pela recorrente, de forma imotivada e unilateral, a instituição financeira recorrida impôs entraves intransponíveis para o regular exercício de suas atividades comerciais, a qual – por falta de legislação específica e de manifestação das autoridades reguladoras – não apresenta objeto ilícito”.

De todo modo, é de se questionar se a conta corrente poderia ser mesmo entendida como uma estrutura essencial e se a conduta do banco teve como objetivo violar a competição no ramo do mercado financeiro. A questão merece um estudo mais profundo que, entretanto, não poderá ser apresentado no presente artigo.

9. CONCLUSÃO

Através da análise apresentada, buscou-se demonstrar a necessidade de equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público.

Para tanto, foi adotada a visão da concorrência como instrumento, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para avaliação do setor que admite ou não a abertura para mais de um *player*.

Neste momento, a *essential facilities doctrine* ganha destaque. Isso porque é por meio do desenvolvimento desta doutrina que se permitirá, em mercados concentrados, o desenvolvimento da concorrência.

No Brasil, a doutrina recebe uma importância fundamental. Isso porque a maior parte da estrutura econômica brasileira deriva da influência do poder econômico no mercado, seja do Estado, seja dos grandes grupos econômicos privados.

A seguir, utilizando como base o *MCI Communications case*, julgado em 1983, foram delineados os requisitos para aplicação do instituto, quais sejam: (i) estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano.

A previsão no ordenamento jurídico nacional também recebeu tratamento próprio, com remissão tanto às previsões constitucional e legal da função social da propriedade quanto à legislação de proteção da concorrência, finalizando com o tratamento da matéria nos setores regulados.

Os conflitos envolvendo a natureza jurídica da *essential facilities doctrine* foram tratados no tópico seguinte, sendo possível constatar a existência de duas grandes correntes sobre o tema. A primeira corren-

te trata o instituto como servidão administrativa, enquanto a segunda corrente o insere nos estudos relativos aos contratos.

A assimetria de informações entre os *players* e os órgãos reguladores foi destacada como o maior entrave à aplicação das *essential facilities doctrine*, na medida em que a distribuição desigual de informações tem efeitos diretos no mercado, influenciando os valores atribuídos a um bem, ou ainda dele excluindo mercadorias ou pessoas.

Por fim, buscou-se trazer um breve panorama a respeito do desenvolvimento da doutrina na jurisprudência norte-americana e como o instituto tem sido aplicado na União Europeia e no Brasil.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMI, Mateus Piva. Essential facilities, falhas regulatórias e assimetria de informação no setor de telecomunicações. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 6, n. 69, nov. 2006.
- AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.
- ALEXANDRE, Leticia Frazão. A doutrina das *essential facilities* no direito concorrencial brasileiro. *Revista do IBRAC*, v. 12, n. 2, p. 205-241, jan. 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre essential facilities e standard essential patents nas guerras de patentes. *RDC*, v. 2, n. 1, p. 89-105, mai. 2014.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. St. Paul, MN: West Publishing Co., 1994. (Hornbook Series). § 7.7, 274.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006.

- NESTER, Alexandre Wagner. Teoria das essential facilities e propriedade intelectual. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MARROS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEELLEN, Christopher M. The essential facilities doctrine: what does it mean to be essential. *Marq. L. Rev.*, v. 80, p. 1117-1133, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 7, out. 2001.
- ZIEBARTH, José Antonio P.M. A doutrina das *essential facilities*: uma análise da jurisprudência brasileira. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 4, p. 79-104, jul./dez. 2011.

Direito e desenvolvimento e sua base teórica

A nova economia institucional

Priscilla Pereira da Costa Corrêa

As origens da interdisciplinaridade entre Direito e Economia são bastante recentes (remontam à década de 1960) e atribuídas às publicações dos artigos *The problem of social cost* e *Some thoughts on risk distribution and Law of torts*, respectivamente, de autoria de Ronald Coase e Guido Calabresi, considerados influenciadores da “Escola de Chicago”. Desde então, diversos estudos procuram explicar como fatores econômicos podem ser incorporados às questões judiciais.

O movimento *Law and Development* realça o papel do direito público como ferramenta para o aperfeiçoamento institucional do Estado e como meio de transformação econômica. Este movimento se propõe a investigar por que determinados países não prosperam tanto quanto

outros, identificando como instituições e organizações colaboram ou retardam este processo.¹

A chamada escola “realista do direito” questionava a dificuldade de prever resultados concretos com base nas normas jurídicas, principalmente nos “casos difíceis”, propagando a necessidade de se incorporar ao estudo jurídico pesquisas multidisciplinares capazes de desenvolver ferramentas teóricas destinadas a conferir maior grau de previsibilidade aos resultados legais. Afirmava que a visão do direito como um sistema de regras e princípios harmônicos no qual um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas em uma atuação livre de influências externas não passa de uma fantasia do formalismo jurídico, pois as decisões judiciais são essencialmente políticas e influenciadas por diversos fatores extrajurídicos.²

Assim, a concepção realista defende que o direito pode e deve se pretender autônomo em relação à política e à economia, mas a realidade revelará que esta autonomia sempre será relativa e que a crença na objetividade daquele e na existência de soluções prontas no ordenamento jurídico não se confirma.³

Richard Posner⁴ provocou bastante divergência entre juristas e economistas ao partir de afirmações categóricas no sentido de que as regras de direito devem ser interpretadas precipuamente com base no valor eficiência – que define como maximização de riqueza⁵ – e que a principal

1. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and society review*, v. 09, n. 01, p. 95-160, 1974. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/3053023?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101832998727>. Acesso em: 09 fev. 2013.

2. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 427.

3. *Ibidem*, p. 428.

4. POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007.

5. Quanto ao conceito de maximização de riqueza, Richard Posner afirma que: “a riqueza em maximização de riqueza refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). (POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 477-478).

função do aplicador do direito seria garantir a alocação eficiente de direitos entre as partes, mediante a atribuição do direito àquele que mais o valorize, como forma de maximizar a riqueza da sociedade, o que, na sua visão, constitui fundação ética para o direito.

Sustenta o autor que a *common law* propiciou a evolução da sociedade americana no sentido da eficiência, a partir de três forças motrizes: o direito de propriedade, o direito contratual/obrigacional e a responsabilidade civil, que tomados em conjunto constituiriam um aparato institucional para correção de externalidades e redução dos custos de transação.⁶

Os críticos de Posner apontam que a justiça distributiva deve ter prioridade sobre o valor eficiência e que a garantia dos direitos individuais é a função mais importante do sistema jurídico. E, nesta lógica, o ideal de justiça deve prevalecer sobre qualquer outro valor.

No artigo intitulado *A riqueza é um valor?*,⁷ além de concluir que a riqueza não é um valor, Dworkin ressalta que a maximização de riqueza ignora a distribuição inicial de direitos na sociedade e, portanto, se as alocações iniciais são injustas, a teoria efficientista só faz perpetuar a injustiça. Argumenta que a vontade de pagar por um item não é somente determinada pela preferência em adquiri-lo, mas também pela capacidade para pagar. Assim, um item escasso poderia acabar nas mãos de um homem rico, que talvez não precise dele, ao invés de uma pobre pessoa, que de fato necessita, mas simplesmente não pode pagar a mesma quantia.

Uma década depois das críticas de Dworkin, Richard Posner passou a defender a maximização de riqueza como critério subsidiário passível de ser colocado ao lado de outros valores, entre os quais os valores democráticos, a Constituição e a separação dos poderes.⁸ Manteve a defesa da maximização de riqueza como valor, mas passou a argumen-

6. POSNER, 2007a, p. 25.

7. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 352-398.

8. POSNER, 2007b, p. 503.

tar que a eficiência deve ser uma das considerações tomadas pelo aplicador do direito.⁹

A relação entre direito e economia também foi trabalhada pela *Critical Legal Studies* (CLS) em uma perspectiva que se propôs a revelar como o direito justificaria a dominação e o privilégio por meio de um discurso técnico, tido como neutro, revigorando, em certa medida, o discurso de Marx do direito como instrumento justificador da dominação social.

Esta corrente de pensamento surgida em Harvard, na década de 1970, foi responsável por severas críticas ao movimento *Law and Economics* já no seu surgimento, chegando a acusá-lo de projeto encoberto por um discurso técnico e apolítico, de forte caráter ideológico de direita, a serviço do neoliberalismo pautado exclusivamente na construção de doutrina jurídica baseada em ideologia apoiadora dos arranjos sociais existentes e com o objetivo de convencer os atores legais e os cidadãos comuns de que os sistemas jurídicos são inevitáveis e basicamente justos. O *slogan* da CLS pode ser sintetizado na expressão “Law is politics”.¹⁰

Sustentaram que as decisões judiciais não passariam de escolhas políticas, mascaradas por um discurso que visava a aparentar uma posição de neutralidade inexistente.¹¹

A originalidade desse movimento, que tem como principais expoentes Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger, deve-se à reunião de diversas teorias críticas, entre as quais o historicismo, o estruturalismo e o neomarxismo.¹²

9. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord.). In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Trenta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

10. UNGER, Roberto M. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

11. BARROSO, op. cit., p. 428.

12. ZANATTA, Rafael. *Direito, economia e desenvolvimento: a influência do Banco Mundial nas recentes reformas do Judiciário brasileiro*. Monografia de Graduação em Direito. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2010. p. 55. Disponível em: http://www.academia.edu/416069/Direito_Economia_e_Desenvolvimento_a_influencia_do_Banco_Mundial_nas_recetes_reformas_do_Judiciario_brasileiro. Acesso em: 04 mar. 2013.

A análise crítica e interdisciplinar da ciência jurídica e suas teorias é a principal contribuição desta Escola de Harvard, cujo dissenso em relação à Escola de Chicago foi bem sintetizado por Alejandro Alvarez.¹³

Enquanto para a *law and economics* (L&E) os indivíduos são criaturas racionais que se comportam tentando maximizar seus interesses em todos os âmbitos e facetas da vida, razão porque, na perspectiva econômica, o direito é um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes, para a CLS, a conduta econômica racional depende de uma visão ideológica determinada que permita justificar e explicar as desvantagens e privilégios existentes como se fossem fruto da escolha racional privada. Por um lado, a CLS também sustenta que o pensamento tradicional desempenha uma função ideológica que contribui para criar e legitimar as desigualdades econômicas e sociais e que as decisões jurídicas e a mesma teoria tradicional são indeterminadas, não existindo base objetiva que as justifique, razão porque a neutralidade é um mito. Por outro, a L&E reconhece a imperfeição do pensamento tradicional, tanto no referente aos objetivos como métodos de estudo, mas, diferentemente da CLS, sustenta que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica, para conseguir maior objetividade e previsão na tomada de decisões.

Na atualidade, novo enfoque vem sendo dado ao tema pela chamada *New Institucional Economics*, que se propõe a estudar o papel das instituições e das organizações sociais sobre os impactos econômicos que dela derivarão, seus efeitos sobre a alocação de recursos e os incentivos sobre o comportamento dos agentes, considerando o contexto jurídico-normativo.

A maior parte das abordagens enfocam as instituições formais, discutindo como a execução de contratos, a proteção aos direitos de propriedade

13. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro. PUC, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

e a existência de um Poder Judiciário independente protegem os investidores nacionais e estrangeiros e melhoram o crescimento econômico.¹⁴

Há estudos, contudo, que não se pautam apenas no desenvolvimento econômico, buscam compreender, por exemplo, por que as leis que protegem as mulheres de abusos na família são ineficazes devido a normas sociais arraigadas em determinadas culturas.

Aponta Welber Barral¹⁵ que o ressurgimento deste movimento, a partir da década de 1990, pode ser entendido como uma tentativa das instituições internacionais de reformar o Judiciário nos países em desenvolvimento com o escopo de liberalizar a economia e fazer uso do Estado de Direito na proteção dos direitos de propriedade. O trecho a seguir reforça o pensamento:

O Movimento Estado de Direito (*Rule of Law*), nascido desta conjuntura política, foi resultado de uma aliança intelectual improvável entre os defensores de direitos humanos e os propugnadores do consenso de Washington, na leitura de Trubek. Os primeiros viam nas instituições internas, e em seu fortalecimento e modernização, a possibilidade de reforçar as garantias constitucionais, garantir a revisão judicial e a independência do judiciário, de conceder a todos o acesso à justiça, fundamentos instrumentais da defesa dos direitos humanos. Havia, portanto, certas coincidências com os princípios defendidos pelo Consenso de Washington, para quem era urgentemente necessário, nos países em transição para a ordem econômica liberal, garantir os direitos de propriedade, a execução dos contratos e a proteção contra o uso arbitrário do poder governamental e contra o excesso de regulamentação. Estes vários interesses foram empacotados na expressão “boa governança” e reputados importantes para estimular o crescimento econômico e para atrair investimento estrangeiro.

14. PRADO, Mariana. ¿Qué es “derecho y desarrollo”? *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, v. 11, p. 01-25, octubre 2010.

15. BARRAL, Welber (org.). *A análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

A crítica recorrente é no sentido de que o discurso do “Direito e Desenvolvimento” apenas se prestaria a justificar o transplante de estruturas legais do norte ao sul do continente. Ademais, o seu caráter etnocêntrico ignora que os modelos de desenvolvimento e as instituições jurídicas variam em cada sociedade.¹⁶

Credita-se a relevância do tema ao consenso em torno da importância das instituições para o desenvolvimento econômico como apreço pioneiramente pela Teoria dos Custos de Transação, desenvolvida por Ronald Coase, em 1960, cujo reascendimento, desde a década de 1990, é atribuído aos anseios do capital no atual mundo globalizado.

Na interpretação de Garapon:¹⁷

A inevitável concorrência dos diferentes sistemas jurídicos, devido à globalização das trocas (...) leva cada um a dar o melhor de si. Esse novo mercado do direito age como um poderoso estimulante e uma ocasião única de modernização das justiças, um pouco adormecidas em seus benefícios, seus monopólios e seus corporativismos.

A importância das instituições legais para a economia, embora presente na literatura econômica desde Adam Smith,¹⁸ ganhou real dimensionamento a partir das ideias de Ronald Coase em torno dos custos de transação.

O ponto de partida para o desenvolvimento dessa concepção foram as ideias lançadas no artigo *The Nature of the Firm*, publicado em 1937, no qual Ronald Coase chamou atenção para o fato de que, enquanto algumas transações são realizadas no mercado – o que ele se refere como mecanismo de preços –, outras são efetivadas dentro das firmas, tendo como principal ca-

16. BARRAL, op. cit., p. 48-49.

17. GARAPON, Papadopoulos Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 253.

18. Vale lembrar que Adam Smith lecionou *Law and Jurisprudence*, em Edimburgo, antes de se tornar professor na Universidade de Glasgow, onde escreveu suas obras mais conhecidas.

racterística a supressão deste mecanismo de preços. Daí a conclusão de que existem transações para as quais o uso do mercado gera custos menores, ao passo em que há outras nas quais o uso interno da firma é mais vantajoso. Esses custos são os que posteriormente se denominariam “custos de transação”. O foco do estudo deixa ser o bem produzido ou consumido, como faziam os clássicos, e passa a ser a unidade de atividade, isto é, a transação.

O ponto mais relevante na linha de raciocínio desenvolvida pelos institucionalistas é a construção da ideia de que os custos de transação são diretamente afetados pelas regras vigentes no ambiente onde estas transações são realizadas, isto é, pelas instituições formais ou informais, que podem incrementar ou reduzir os custos existentes, fomentando ou inibindo as trocas pelo mercado.

A tese de Ronald Coase¹⁹ constata que a eficiência alocativa só pode ser alcançada independentemente da atribuição de direitos pelo Estado, em uma situação de custos de transação iguais a zero, o que só existe hipoteticamente, ou seja, não se verifica no mundo dos fatos, uma vez que neste existem custos gerados pelo direito.

Dessa forma, para estimular a eficiência alocativa e, conseqüentemente, assegurar o melhor funcionamento dos mercados, o Estado deve preocupar-se em não elevar os custos de transação, e até minorá-los.

No modelo clássico, o mercado constituía uma instituição livre de atritos, caracterizada pela concorrência perfeita, sem dificuldades de entrada e saída de agentes econômicos, com racionalidade plena e informação completa.²⁰ O autointeresse e o oportunismo dos agentes só são observados na

19. COASE, Ronald. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel e Renato Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 3, n. 1, 1960. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2013.

20. “Ou seja, o pressuposto anterior, de hiper-racionalidade, deve ser substituído pelo de racionalidade limitada, de acordo com a qual os atores humanos buscam ser racionais, mas apenas conseguem sê-lo de modo limitado.” WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985 apud LEAL, Rogério. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 32.

fase de negociação, negligenciando-se o uso malicioso do sistema legal na fase de execução dos contratos.

A Nova Economia Institucional, por sua vez, não contradiz os postulados da teoria econômica clássica, apenas desenvolve noções que a complementam, incorporando a não trivial constatação de que as instituições (regras do jogo) e a forma como estas são garantidas afetam decisivamente o resultado econômico final.

O trabalho de Ronald Coase²¹ torna-se, portanto, fundamental para a análise econômica do direito, pois considera a existência de custos de transação positivos:

Se passarmos de um regime de custos de transação zero para um de custos de transação positivos, o que se torna imediatamente evidente é a importância crucial do sistema jurídico neste novo mundo. Eu expliquei em *The Problem of the Social Cost* que o que são negociados no mercado não

21. "If we move from a regime of zero transaction costs to one of positive transaction costs, what becomes immediately clear is the crucial importance of the legal system in this new world. I explained in *The Problem of Social Cost* that what are traded on the market are not, as is often supposed by economists, physical entities but the rights to perform certain actions and the rights which individuals possess are established by the legal system.

While we can imagine in the hypothetical world of zero transaction costs that the parties to an exchange would negotiate to change any provision of the law which prevents them from taking whatever steps are required to increase the value of production, in the real world of positive transaction costs such a procedure would be extremely costly, and would make unprofitable, even where it was allowed, a great deal of such contracting around the law. Because of this, the rights which individuals possess, with their duties and privileges, will be, to a large extent what the law determines. As a result the legal system will have a profound effect on the working of the economic system and may in certain respects be said to control it. It is obviously desirable that these rights should be assigned to those who can use them most productively and with incentives that lead them to do so and that, to discover and maintain such a distribution of rights, the costs of their transference should be low, through clarity in the law and by making the legal requirements for such transfers less onerous. Since this can come about only if there is an appropriate system of property rights, and they are enforced, it is easy to understand why so many academic lawyers (at least in the United States) have found so attractive the task of uncovering the character of such a property rights system and why the subject of "law and economics" has flourished in American law schools." Cf. COASE, op. cit.

são, como frequentemente suposto pelos economistas, entidades físicas, mas sim os direitos para executar determinadas ações e que os direitos que os indivíduos possuem são estabelecidos pelo sistema jurídico. Embora possamos imaginar no mundo hipotético de custos de transação zero que as partes para um negócio iriam negociar para alterar qualquer disposição legal que as impede de tomar medidas que sejam necessárias para aumentar o valor da produção, no mundo real de custos de transação positivos tal procedimento seria extremamente oneroso, e tornaria o negócio sem lucratividade, até onde fosse permitido uma grande parte de contratações em torno da lei.

Devido a isso, os direitos que os indivíduos possuem, com seus deveres e privilégios, serão, em grande medida, o que a lei e o direito determinam. Como resultado, o sistema jurídico terá um profundo efeito sobre o funcionamento do sistema econômico e não pode, em certos aspectos, ser dito para controlá-la. É obviamente desejável que estes direitos devam ser atribuídos a quem pode usá-los de forma produtiva e com os incentivos que os levem a fazê-lo e que, para descobrir e manter essa distribuição de direitos, as despesas de sua transferência devam ser baixas, por meio de clareza na legislação e tornando os requisitos legais para tais transferências menos onerosos.

Uma vez que esta só pode acontecer se houver um sistema adequado de direitos de propriedade, e que eles são forçados, é fácil entender por que tantos acadêmicos (pelo menos nos Estados Unidos) acharam tão atraente a tarefa de descobrir o caráter do sistema de propriedades e por que o tema “Direito e Economia” tem-se desenvolvido em escolas de direito norte-americanas.

O efeito das instituições sobre o resultado econômico ocorre tanto de forma prévia, estabelecendo o nível dos custos de transação em determinada economia, como *a posteriori*, ao expressar sua capacidade ou incapacidade de corrigir resultados ineficientes. Assim, para a Nova Economia Institu-

cional, havendo altos custos de transação, as forças do mercado não serão capazes por si de garantir a eficiência do sistema. Logo, às instituições é atribuída parcela da responsabilidade pela maximização do bem-estar social. Ronald Coase²² chega a formular que, “na verdade, são as Instituições que governam o desempenho da economia”.

Na síntese de Armando Castelar Pinheiro:²³

O papel das instituições em viabilizar o desenvolvimento econômico tem recebido uma atenção crescente nas duas últimas décadas, (...) o amadurecimento de toda uma abordagem econômica, que ficou conhecida como Nova Economia Institucionalista, e que, através de análises históricas e do desenvolvimento de instrumental analítico próprio, mostrou a importância de leis, costumes, normas, órgãos públicos, associações privadas etc. em reduzir custos de transação, desta forma permitindo métodos de produção mais eficientes, estimulando o investimento e fomentando o acúmulo de conhecimento.

Para evitar equívocos terminológicos, cumpre definir o que deve ser entendido como instituição na acepção da Nova Economia Institucional.

No sentido comum, a palavra é polissêmica e traduz a noção de criar, estabelecer algo duradouro, podendo também indicar costumes ou estruturas sociais que modelam práticas aceitas e respeitadas em determinados núcleos sociais.²⁴

No ponto, verifica-se que, além das divergências entre os próprios economistas, as definições encampadas pela Nova Economia Institucional muitas vezes destoam da noção difundida no meio jurídico de Institui-

22. *Ibidem*.

23. PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia justa: conceitos e evidência empírica*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. p. 1.

24. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 228-229.

ções como entidades ou pessoas jurídicas, cujas estruturas se destinam a perdurar, de forma ativa, por longos períodos.²⁵

Os economistas não raramente usam o termo instituição para se referir a objetos (contratos) e ações (tomada de decisões), isto é, elementos efêmeros.

Partiremos da classificação formulada por Oliver Williamson²⁶ em razão da completude e da associação feita por este economista às áreas da Nova Economia Institucional. Nesta formulação, Williamson classifica as Instituições em quatro níveis, agrupando-as conforme sua natureza, sua interação com os demais níveis e sua capacidade de mudança. A classificação parte do nível macro, de forma decrescente, conforme o grau de “maleabilidade”.

No nível 01, estão as Instituições Informais,²⁷ os costumes, a religião e a tradição. São tidas como de menor possibilidade de mudança devido ao altíssimo grau de enraizamento social. A frequência de mudança é estimada em 100 a 1.000 anos, razão por que são encaradas pelos economistas como fatores exógenos e assimiladas como “variáveis culturais”, sem que se perceba por parte da teoria econômica qualquer esforço modificativo.

No nível 02, estão as Instituições que formam o ambiente institucional e que constituem o alvo da Nova Economia Institucional. Incluem-se nes-

25. ZYLBERSZTAJN, op. cit. p. 229.

26. WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: how it works; where it is headed. *De Economist*. London, *Kluwer Academic Publishers*, 146, n. 1, p. 23-58, 1998. p. 26. London, 146, n. 1, p.23-58, 1998.

27. Segundo Luciana Yeung, a incapacidade das instituições legais de atender às demandas da população, por exemplo, pode resultar em forte dependência dos cidadãos com relação às instituições informais, demonstrando que os mecanismos informais são efetivos para garantir o cumprimento de promessas sob duas condições: (1) a rede de pessoas envolvidas tem extensão limitada; e (2) a interação entre os participantes é frequente, reiterada. No entanto, à medida que tal rede se expande e o número de agentes envolvidos aumenta, os mecanismos informais começam a perder a eficácia devido aos custos de geração e de transferência de informações (acerca da reputação) dos agentes envolvidos. (YEUNG, Luciana. *Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro*. Tese de Doutorado em Economia. Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas/São Paulo. São Paulo, 2010. p. 21-23.

te nível todas as estruturas formais e legais que interferem no funcionamento da economia: a política, o Judiciário, a burocracia e toda legislação.

Embora a capacidade de mudança seja estimada em patamar bastante inferior às Instituições do nível 01, de 10 a 100 anos, Oliver Williamson²⁸ observa que mudanças cumulativas são difíceis de serem orquestradas neste nível e que constituem mais exceção do que regra na história da humanidade, geralmente catalisadas por guerras, catástrofes, crises financeiras e choques exógenos.

No nível 03, situam-se as Instituições que regulam a governança das organizações. Neste nível, busca-se diagnosticar os custos para impor as regras sem apelo ao *enforcement* legal, ou seja, estudam-se os custos de transação com base na conclusão de Ronald Coase de que as firmas surgem da necessidade de reduzir os custos de transação uma vez que o *enforcement* interno é menos oneroso.

Segundo Oliver Williamson,²⁹ enquanto no nível 02 o que importa são as regras do jogo, no nível 03, o que vale é o jogo em ação. A frequência de mudança é de 1 a 10 anos.

Finalmente, na base da estrutura, estão as Instituições que agem de forma atomizada e governam as atividades analisadas pela economia tradicional; são caracterizadas pela determinação de preços e quantidades e estão em constante movimento, ou seja, apresentam capacidade de mudança rápida (imediate) e muito frequente. Este esquema evidencia a importância dos níveis mais baixos por serem mais maleáveis e permeáveis às ingerências diretas dos agentes econômicos interessados do que os demais níveis, principalmente em comparação com os do segundo nível, cujo funcionamento não pressupõe custo zero.

De outro turno, é crescente a percepção de que a qualidade das Instituições explica parcela considerável das elevadas diferenças de renda entre

28. WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: how it works; where it is headed. *De Economist*. London, Kluwer Academic Publishers, v. 146, n. 1, p. 28, 1998.

29. WILLIAMSON, 1998, p. 28.

países.³⁰ Espera-se que as Instituições se desenvolvam para aumentar a eficiência da economia, majorando os ganhos nas trocas.

Diversos trabalhos demonstraram que as regras vigentes já obstruíram a eficiência das trocas e mantiveram economias em estágio primitivo por séculos. Neste sentido, as Instituições, ao lado das restrições tradicionais identificadas pela teoria clássica, influem na atratividade das atividades econômicas e formam uma base para nortear as decisões dos agentes.

Douglas North³¹ vai além, ao defender que Instituições eficazes promovem o crescimento econômico pressupondo que o funcionamento destas e a eficácia do seu *enforcement* determinam os custos de transação no ambiente. Estes custos de transação são determinantes críticos do desempenho econômico. Aduz que as Instituições eficazes aumentam benefícios de soluções cooperativas ao reduzirem custos de produção e transação de cada troca, de forma que os ganhos potenciais sejam realizáveis.

Welber Barral³² recorda que, no Brasil, meio século depois da elaboração e implantação das ideias de Celso Furtado, avalia-se que, por mais sofisticado que fosse o modelo do “capitalismo dependente”, expressão cunhada por este *expert*, o modelo falhou ao mitigar a relevância dos fatores institucionais e da ordem jurídica no processo de desenvolvimento econômico do país.

Formado o consenso em torno da importância da legislação e das Instituições, evidencia-se que a atuação do Poder Judiciário influi no desenvolvimento econômico, pendendo entre os estudiosos do tema o desafio de mensurar *o quanto* esta influência repercute numericamente nos indicadores econômicos.

Diversas pesquisas foram e vêm sendo conduzidas com esse intento, entretanto, devido à falta de clareza metodológica e à complexidade das variáveis envolvidas, poucas conclusões podem ser de fato aproveitadas.

30. PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 963, p. 20, 2003a.

31. NORTH, Douglas. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 98, 1991.

32. BARRAL, op. cit., p. 39.

Como sustenta Luciana Yeung,³³ a área tem se baseado longamente em verdades lógicas, mas não empíricas.

Robert Sherwood³⁴ desenvolveu uma pesquisa com o objetivo de mensurar o impacto do Judiciário em países como Argentina, Brasil, Canadá, Peru, Filipinas, Portugal e Espanha, no período de 1996 a 2002, e concluiu que o mau funcionamento do Judiciário teria obstado em 20% o crescimento destas economias e gerado redução de 10% no mercado de crédito. O autor aduz que, se o Judiciário funcionasse de forma adequada – definindo “adequado” como “a forma como ele funciona nos países de primeiro mundo” – os países pesquisados teriam percentualmente um incremento de 14% no investimento, de 12% nas taxas de emprego e superior a 18% nas vendas.

Beatrice Weder,³⁵ economista do Fundo Monetário Internacional (FMI), aponta que a percepção dos investidores sobre corrupção e ineficiência judiciais responde por 14% da variação nas taxas de crescimento econômico na América Latina – um peso semelhante ao de variáveis como taxas de alfabetização, política fiscal e padrões de consumo.

Estudo realizado pelos escritórios de advocacia *Lex Mundi* e *Lex Africa*, com patrocínio do Banco Mundial, comparou a qualidade dos sistemas legais e judiciais de 109 países, mediante análise comparada de dois casos simples: o despejo de um inquilino e a cobrança de um cheque. Concluiu que mesmo causas tão simples como essas podem ter tratamentos muito

33. YEUNG, op. cit., p. 35.

34. SHERWOOD, Robert M. *Judicial performance: its economic impact in seven countries*. 8th Annual Conference of International Society for New Institutional Economics (ISNIE). Tucson, USA, 2003. p. 01-15. “In Brazil, Argentina and Peru, the researchers adopted reference to “performance at a first world level.”

35. WEDER, Beatrice. Legal systems and economic performance: the empirical evidence. In: ROWAT, Malcolm; MALIK, Waleed; DAKOLIAS, Maria (Eds.). *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Washington: World bank, 1995, p. 22. A análise retrospectiva de Weder contrastou a corrupção judicial com uma série de variáveis que incluíram a taxa de investimento, o PIB *per capita* no ano de referência, a taxa de analfabetismo, a inflação, a taxa de escolarização e os padrões de consumo. Apud PRILLAMAN, William C. *The judiciary and democratic decay in Latin America: declining confidence in the rule of law*. Westport: Praeger, 2000, p. 03.

diferentes nos vários países, seja em termos da sua regulamentação, seja na prática do Judiciário, vale dizer, no seu curso pela justiça. Em particular, o tempo médio requerido para uma definição desses casos e as formas em que os processos correm na Justiça, notadamente em termos processuais, variaram significativamente de um país para outro.³⁶

O Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial, elaborado em 1997, apontou que, naquele momento, um processo típico levava 1.500 dias no Brasil e no Equador, e apenas 100 na França.³⁷

Armando Castelar Pinheiro,³⁸ um dos precursores da pesquisa interdisciplinar entre Direito e Economia no Brasil, aponta que:

Independentemente da qualidade da legislação de um determinado país, essa legislação não se sustenta por si mesma. Para se mostrarem efetivas, as leis precisam estar lastreadas em instituições destinadas à sua aplicação e à resolução de disputas, instituições que precisam desempenhar essas funções de maneira eficiente. Nesse sentido, os tribunais desempenham um papel central nas economias de mercado, garantindo que o império do Direito de fato vigore. No entanto, embora a importância de bons judiciários em economias de mercado seja amplamente admitida, exatamente o quão importante são essas instituições é ainda uma questão em aberto. Para se avançar nessa direção, é essencial elaborar uma estrutura conceitual mais precisa a respeito dos vínculos entre desempenho judicial e atividade econômica. Para tanto, necessitamos de um critério para avaliar tal desempenho.

36. DJANKOV, S.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; LA PORTA, R.; SHLEIFER, A. *Legal structure and judicial efficiency: the lex mundi project*. World Bank, 2001.

37. BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial*. Washington: Banco Mundial, 1997. p. 106. Disponível em: http://econ.worldbank.org/external/default/main?pagePK=64165259&theSitePK=477960&piPK=64165421&menuPK=64166093&entityID=000090341_20070522125737. Acesso em: 18 fev. 2013.

38. PINHEIRO, Armando Castelar. *O judiciário e a economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000. p. 9.

O autor tem analisado o papel das instituições judiciais na determinação do ritmo e na forma do desenvolvimento econômico do país. Com a publicação do artigo *O Judiciário e a Economia no Brasil*,³⁹ o economista sublinha a importância das instituições e aponta a deficiência da pesquisa científica nesta área, reforçando a necessidade de se estabelecer critérios de avaliação para um bom Judiciário. Conclui que o tamanho do impacto na economia, em razão do mau funcionamento dos sistemas judiciais, depende de dois conjuntos de fatores: o primeiro, refere-se aos tipos de problemas sobre parcialidade, imprevisibilidade e morosidade; o segundo, inclui a complexidade da economia, bem como a disponibilidade e a qualidade dos mecanismos que permitem aos agentes econômicos substituir o Judiciário por meios alternativos de resolução de conflitos.

No estudo retrocitado, Armando Castelar Pinheiro apresentou resultados e conclusões de uma pesquisa baseada na opinião de empresários sobre o desempenho judiciário brasileiro, na qual os entrevistados foram quase unânimes em apontar a morosidade como o principal problema da justiça nacional. Com base em outros estudos,⁴⁰ demonstrou a relação entre instituições financeiras e Judiciário, aduzindo que a morosidade enfrentada pelos bancos para cobrança das dívidas explica as altas de juros no mercado nacional como decorrência direta da incorporação deste componente (a morosidade das ações de cobrança) no *spread* bancário.

A partir dos dados obtidos em pesquisa realizada com empresários brasileiros, o autor estima que uma melhoria na eficiência do Judiciário, considerando as participações no PIB, no investimento e no emprego, e a média de respostas de cada setor, levaria a um aumento da produção de 13,7%, a uma elevação no nível de emprego de 9,4% e a um aumento do investimento de 10,4%.⁴¹

39. Ibidem.

40. PINHEIRO, Armando Castelar. *O componente judicial dos spreads bancários*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003b. p. 34-43.

41. Ibidem, p. 36.

Ao abordar estudos sobre os Judiciários latino-americanos, William Prillaman⁴² salienta que a opinião pública é muitas vezes volátil porque os entrevistados podem expressar expectativas excessivamente otimistas em relação às instituições quando a memória acerca da transição de regimes autoritários ainda esteja presente, por exemplo, assim como a descrença e a desilusão podem mostrar-se elevadas devido a expectativas malogradas, mesmo quando o desempenho real dos tribunais não tenha sido significativamente alterado.

Verifica-se que a eficiência posneriana não encontra aplicabilidade no direito nacional, pois a busca da maximização de riqueza por parte dos julgadores em detrimento da justiça material não encontra respaldo no direito brasileiro e colide com os principais valores encampados no sistema jurídico pátrio.

Com efeito, a crítica de Dworkin no sentido de que a teoria posneriana, ao ignorar a distribuição inicial de direitos na sociedade e desconsiderar as necessidades e as possibilidades dos indivíduos só faz perpetuar injustiças, é absolutamente pertinente e suficiente para repelir a concepção de maximização de riqueza como um valor, mesmo após a retificação teórica formulada por Posner, ao retirar a preponderância desta formulação (maximização de riqueza) e colocá-la ao lado de outros valores, entre os quais a separação de poderes e a democracia.

Nesse passo, como anota Welber Barral,⁴³ assentada a premissa de que as instituições afetam os custos de transação e estes são decisivos para o Desenvolvimento Econômico, o desafio teórico neste começo de século é redefinir desenvolvimento, de forma a transcender as limitações teóricas de sua vinculação ao poder estatal e ao crescimento econômico.

O economista Amartya Sen⁴⁴ propõe uma mudança de paradigma, de forma a adotar a visão do desenvolvimento como um processo integrado

42. PRILLAMANN, op. cit., p. 21.

43. BARRAL, op. cit., p. 32.

44. SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 43-44.

de expansão de liberdades substantivas interligadas a um equilíbrio, de forma a se restaurar o lugar dos componentes éticos na ciência econômica, na sua leitura, empobrecida por este distanciamento. Defende que a expansão de liberdades substantivas deve ser entendida e perseguida, ao mesmo tempo, como *meio e fim* para o desenvolvimento econômico. Defende que as liberdades não são apenas os *fins* primordiais do desenvolvimento, mas também seus principais *meios*, o crescimento econômico não pode ser sensatamente considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento para ser validamente considerado precisa estar relacionado com a melhoria da vida que as pessoas desfrutam com a expansão das liberdades que elas valorizam.⁴⁵

O desenvolvimento, nessa ótica, requer que sejam removidas as principais fontes de privação de liberdades, quais sejam: pobreza e tirania, carências de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.⁴⁶

A formulação seniana identifica cinco tipos de liberdades instrumentais: liberdades políticas (liberdade de expressão e eleições livres), facilidades econômicas (na forma de participação no comércio e produção), oportunidades sociais (saúde e educação), garantias de transparência (mecanismos de controle do poder público) e segurança protetora (defesa contra pobreza extrema e fome), que, por estarem interligadas, mútua e reciprocamente, expandem-se e contribuem para o aumento da liberdade humana em geral.⁴⁷

O economista defende e demonstra que a melhoria de um aspecto contribui para a melhoria de outros, por exemplo, maior riqueza permi-

45. As contribuições de Amartya Sen sobre economia do bem-estar lhe renderam o Prêmio Nobel de Economia, em 1998. NOBELPRIZE.ORG. The sveriges riksbank prize in economic sciences in memory of Alfred Nobel. 1998. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1998. Acesso em: 31 jan. 2013.

46. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

47. *Ibidem*, p. 25.

te melhor acesso à saúde e à educação, assim como rendimento escolar e produtividade laborativa dependem da saúde das pessoas. Daí a razão de considerar a interconexão entre as liberdades e defender a inexistência de prevalência de um ou mais objetivos, que devem ser buscados de forma simultânea. E completa:

A eliminação de privações que turvam o exercício das liberdades substanciais básicas é, dessarte, constitutiva do desenvolvimento. Oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora estão inter-relacionadas e constituem liberdades instrumentais que estão encadeadas empírica e causalmente, dando azo, se potencializadas, ao estabelecimento de suas dificuldades e vicissitudes. A privação de liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, por exemplo, pode tornar uma pessoa presa indefesa na privação de outros tipos de liberdades. A privação de liberdade econômica pode gerar, e no mais das vezes gera, privação de liberdade social. Mas a privação de liberdade social ou política, da mesma forma, pode gerar privação da liberdade econômica. Ao contrário, o incremento de uma conduz à potencialização das outras.⁴⁸

A Carta Constitucional brasileira permeia o regramento econômico de componentes éticos ao proclamar a existência digna (dignidade da pessoa humana) como finalidade primeira da ordem econômica nacional e estabelece que este conjunto de regras e princípios deve encontrar suas bases na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e guiar-se pelos ditames da justiça social.

O desenvolvimento nacional é mencionado já no preâmbulo da Carta Constitucional e elencado no primeiro inciso do artigo 3º como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Prevê o texto constitucional:

48. *Ibidem*, p. 25.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Do texto constitucional, emerge, de início, o foco na dignidade da pessoa humana, dignificação almejada, na forma do art. 1º, inciso IV, da CRFB/1988, por meio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A conjugação dos incisos I e IV do art. 1º com o objetivo desenvolvimentista do art. 3º, inciso II, permite inferir que a ordem constitucional em vigor adotou como princípio o desenvolvimento individual do homem, fruto do reconhecimento da sua dignidade enquanto ser provido de racionalidade e subjetividade, o que fundamenta a classificação do direito ao desenvolvimento como um direito fundamental.

Percebe-se, portanto, que a Constituição posiciona o ser humano como destinatário primeiro de todo progresso, o que vai ao encontro da formulação seniana de desenvolvimento como expansão de liberdades.⁴⁹

Coincidem, ademais, os direitos e garantias assegurados pela Carta Constitucional brasileira com os valores albergados nas liberdades cuja expansão é propagada pelo economista indiano.

O presente trabalho abordou a relação entre Judiciário e desenvolvimento, partindo da compreensão do movimento *Law and Development*, surgido nos EUA na década de 1960, como propagador da importância do sistema jurídico e das Instituições para o desenvolvimento econômi-

49. CORREA, Priscilla P. Costa. *Direito e desenvolvimento: aspectos relevantes do Judiciário brasileiro sob a ótica econômica*. Brasília: CEJ, 2014. p. 46-60.

co dos países em desenvolvimento. Suas conclusões lograram influenciar agências internacionais desenvolvimentistas a incluir a reforma dos sistemas judiciários dos países latino-americanos em sua agenda de pesquisa e fomento.

O movimento “Direito e Desenvolvimento” constitui uma das vertentes da relação entre direito e economia, cuja base teórica é a doutrina da Nova Economia Institucional, que defende que os custos de transação são diretamente afetados pelas regras vigentes e pela forma como as Instituições atuam no ambiente onde as transações são realizadas. Para a Nova Economia Institucional, as Instituições, ao lado das restrições tradicionais identificadas pela teoria clássica, influem na atratividade das atividades econômicas e formam uma base para nortear as decisões dos agentes. Defende que Instituições eficazes promovem o crescimento econômico, pressupondo que o funcionamento destas e a eficácia do seu *enforcement* têm o condão de afetar positiva ou negativamente os custos de transação, sendo estes, por sua vez, determinantes críticos do desempenho econômico. Daí, resulta a importância de um bom Judiciário.

Nas disposições da Carta Constitucional brasileira, como apontado, coexistem duas acepções de direito ao desenvolvimento: uma objetiva, que trata o desenvolvimento como um objetivo a ser alcançado e corresponde a um direito difuso metaindividual; outra subjetiva, que o trata como direito fundamental, que tem na pessoa humana dignificada por sua racionalidade seu principal sujeito, simultaneamente agente e destinatário.

A positivação desse objetivo exige que o direito seja operacionalizado no sentido de implementar políticas públicas consubstanciadas na sua persecução. À medida que esta norma-objetivo passa a conformar a interpretação do direito, ocorre uma redução da amplitude da moldura do texto e dos fatos de forma a só comportar soluções a ela amoldadas, sobressaindo o papel do Judiciário na busca desta diretriz constitucional.

Dessa forma, os objetivos fundamentais ostentam caráter obrigatório com vinculação imperativa de todos os Poderes Públicos, servindo para

conformar a legislação, a prática judicial e a atuação os órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los.

Essa assertiva nos leva a considerar que o desenvolvimento econômico constitui um direito inalienável de caráter fundamental, concernente tanto ao indivíduo como ao Estado, dotado de eficácia imediata e impositiva sobre todos os Poderes do Estado. A atuação do Poder Judiciário com vistas à consecução deste direito e objetivo fundamental é, destarte, inafastável, podendo a busca deste objetivo, por conseguinte, ser validamente incluída entre os escopos do Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, o Poder Judiciário deve atuar em conformidade com o direito ao desenvolvimento, seja na atividade judicante individualmente considerada mediante a consideração desta norma constitucional ao lado de outras normas específicas aplicáveis ao caso concreto submetido à apreciação, seja na atuação administrativa com vistas ao desempenho satisfatório de sua atividade-fim: a prestação jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, buscou-se identificar entre as noções correntes sobre desenvolvimento econômico a que melhor se coaduna com os valores albergados pela Constituição Federal e se constatou que a noção de desenvolvimento baseada em meros cálculos de produção de rendas e riquezas refletida no PIB choca-se com a concepção de desenvolvimento presente no texto constitucional e que, portanto, a busca do Poder Judiciário por este tipo de desenvolvimento não seria juridicamente válida.

A crítica de Dworkin no sentido de que a teoria posneriana, ao ignorar a distribuição inicial de direitos na sociedade e desconsiderar as necessidades e as possibilidades dos indivíduos só faz perpetuar injustiças, é absolutamente pertinente e suficiente para repelir a concepção de maximização de riqueza como um valor, mesmo após a retificação teórica formulada por Posner, ao retirar a preponderância desta formulação (maximização de riqueza) e colocá-la ao lado de outros valores entre os quais a separação de poderes e a democracia.

A Carta Constitucional brasileira, como demonstrado, permeia o regimento econômico de componentes éticos, ao proclamar a existência digna

(dignidade da pessoa humana) como finalidade primeira da ordem econômica nacional, estabelecer que este conjunto de regras e princípios deve encontrar suas bases na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e guiar-se pelos ditames da justiça social. A Constituição posiciona o ser humano como destinatário primeiro de todo progresso, o que vai ao encontro da concepção seniana do desenvolvimento como liberdade. Coincidem, ademais, os direitos e garantias assegurados pela Carta Constitucional brasileira com os valores albergados nas liberdades cuja expansão é propagada pelo economista indiano.

Na tese formulada e defendida por Amartya Sen, o desenvolvimento é caracterizado pela remoção das principais fontes de privação de liberdades, quais sejam: pobreza e tirania, carências de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. O autor aponta a existência de cinco tipos de liberdades instrumentais: liberdades políticas (liberdade de expressão e eleições livres), facilidades econômicas (na forma de participação no comércio e na produção), oportunidades sociais (saúde e educação), garantias de transparência (mecanismos de controle do Poder Público) e segurança protetora (defesa contra pobreza extrema e fome), que, por estarem interligadas, mútua e reciprocamente expandem-se, contribuindo para o aumento da liberdade humana em geral. A interconexão entre estas liberdades demonstra que a melhoria de um aspecto influi e recebe influências da melhoria de outros. Propõe a busca simultânea destes objetivos diante da inexistência de prevalência de um ou mais.

Com base na concepção seniana da necessidade de fortalecimento do que chama de “aspecto da condição de agente”, para designar que as pessoas devem ser ao mesmo tempo destinatárias e realizadoras do desenvolvimento, apontou-se uma lacuna da Constituição brasileira, fruto da opção liberal, que negligencia o papel dos sujeitos como politicamente responsáveis pela conformação de seus destinos individual e coletivamente considerados, privilegiando a figura do cidadão-cliente, meramente destinatário de direitos.

No Brasil, a incorporação das recomendações formuladas pelo Banco Mundial ao sistema processual nacional resultou nas recentes “Reformas do Judiciário”. Embora se reconheça que a influência desta agência não foi o único fator motivador da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 e das reformas infraconstitucionais, identificou-se uma correlação entre as recomendações e as reformas internalizadas, podendo ser, exemplificativamente, citada a criação do CNJ, a criação da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), o estabelecimento de critérios de produtividade e presteza como requisitos para a promoção de magistrados, a exigência de frequência e aproveitamento em cursos oficiais, a exigência de duração razoável dos processos, a instituição de requisitos específicos e mais rigorosos para admissibilidade de recursos extraordinários (repercussão geral), a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo STF. No âmbito infraconstitucional, destacam-se a previsão de audiência de conciliação como etapa obrigatória no processo civil, a instituição dos Juizados Especiais e o filtro atinente à sistemática de recursos repetitivos para os recursos especiais de competência do STJ.

Acreditamos que, no curto prazo, a eficiência e a celeridade nos julgamentos pelas Cortes Superiores se acentuem e que, em longo prazo, os benefícios dos filtros recursais instruídos possam se estender às demais instâncias, isto se os usuários frequentes do Judiciário, principalmente o Poder Público, assimilarem os entendimentos pacificados nas suas práticas administrativas. Do contrário, somente a súmula vinculante terá o condão de repelir da primeira instância matérias pacificadas, já que o eventual descumprimento das referidas súmulas desafiará reclamação dirigida ao próprio STF. Mas não se pode olvidar que as súmulas têm como limite a pacificação de questões constitucionais e que, portanto, todas as demais questões jurídicas, ainda que exaustivamente pacificadas, poderão, a critério dos ligantes, continuar percorrendo as instâncias ordinárias.

Conclui-se, então, que as reformas implementadas não mexeram na raiz do problema: a recalitrância do Poder Público na aceitação de entendimen-

tos judicialmente pacificados. Ademais, não houve reformas que atingissem o Poder Público em juízo, sendo as atuais prerrogativas a este conferidas incompatíveis com a celeridade desejada.

De outro lado, a perspectiva econômica ao trabalhar com o sistema de prêmios e sanções serve para indicar a necessidade de uma alteração de incentivos no sistema processual brasileiro, no qual a ausência ou insignificância de custos fomenta a litigância aventureira, e a falta de contabilização da dívida pública judicializada, ao lado da possibilidade de adiamento indevido da saída de recursos dos cofres públicos sem sanções, incentiva o uso patológico do Judiciário pelo Poder Público.

Os problemas ligados à efetividade da prestação jurisdicional, entretanto, não foram afetados pelas reformas coincidentes com as recomendações do Banco Mundial, o que atribuímos à desconsideração da complexidade da realidade brasileira pelos reformadores e à equivocada suposição de que meras alterações técnicas seriam capazes de sanar os problemas enfrentados, como a criação de filtros recursais.

Dessarte, os resultados positivos não serão alcançados apenas por gestão de qualidade, declarações de intenções ou inovações legais, pois toda reforma burocrática, como é a reforma judicial, tem contornos políticos e exige alteração nas relações entre os Poderes do Estado mediante um arranjo institucional que concerte o pacto entre estes atores institucionais, no caso brasileiro, bastante enfraquecido.

A ideia que a eficiência e a efetividade do Judiciário são almejadas por todos indistintamente é equivocada e negligencia que, no Brasil, a ineficiência do Judiciário serve ao Poder Executivo.

Acertadas são, pois, as premissas do movimento “Direito e Desenvolvimento”, porque o sistema jurídico e as instituições podem, sim, constituir meios idôneos para fomentar o desenvolvimento econômico. As críticas de etnocentrismo e superficialidade devem, na verdade, ser dirigidas ao caminho escolhido para a concretização do aperfeiçoamento institucional com vistas ao desenvolvimento.

De todo o exposto, concluímos que o compromisso do Poder Judiciário com o desenvolvimento econômico deve pautar-se pela busca de um desenvolvimento abrangente, que privilegie a fruição dos direitos e garantias constitucionais por parte dos cidadãos com base nos ditames da justiça social e não apenas no crescimento econômico medido pelo incremento da soma do total de bens e serviços produzidos no país.

De outra parte, o atual estágio de ineficiência do Judiciário como prestador de serviços deveria propiciar reflexões sobre a perspectiva de sua atuação, mostrando-se necessária a percepção de que a insistência na absorção de todo e qualquer conflito vivenciado pelos membros da sociedade sem a indução destes à busca de soluções por iniciativas próprias caracteriza uma posição paternalista, incompatível com a construção de uma cidadania política sustentável. É preciso, portanto, que haja uma mudança de paradigma, sob pena de se incrementar a falta de efetividade da prestação jurisdicional, que não pode ser vista como mais um bem de consumo da sociedade de massa, posta à disposição de meros consumidores de serviços judiciários.

Nessa ordem de ideias, entendemos que o Poder Judiciário pode apresentar melhores contribuições e resultados se envidar esforços para a criação de bases para o exercício de uma cidadania ativa por parte dos membros da sociedade. Trata-se de uma mudança de paradigma que demanda o enfrentamento de um difícil impasse: a conjugação da inafastabilidade de jurisdição e do papel de garantidor de direitos que lhe fora constitucionalmente destinado, em uma acepção tipicamente liberal, com a necessidade de fomentar o exercício de uma cidadania ativa, como requisito para a transformação de indivíduos em sujeitos de direitos, em uma acepção tipicamente republicana.

E, nesse desafio, a atuação de outros agentes institucionais, entre os quais o Ministério Público, partidos políticos e entidades da sociedade civil organizada, é fundamental para induzir a atuação do Judiciário neste novo sentido diante da inércia que caracteriza este Poder. Atuação esta

que, concretamente, passaria a fomentar um progressivo direcionamento dos demandantes para a busca de seus direitos subjetivos diretamente pelos respectivos sujeitos passivos, assegurando-lhes meios para tanto, de forma a reservar à jurisdição a tarefa de compelir as demais instâncias de poder a funcionar adequadamente.

A conclusão a que se chega, na esteira do conceito do “aspecto da condição de agente”, é que o Judiciário deve extrair de todos os comandos normativos possíveis entendimentos voltados ao fortalecimento do exercício de uma cidadania ativa, de forma a favorecer uma postura mais republicana e restaurar o lugar do sujeito-cidadão, ao mesmo tempo destinatário e coautor do desenvolvimento.

Por derradeiro, cumpre lembrar que, além da busca pela pacificação social e segurança das relações, a prestação jurisdicional tem o escopo pedagógico de educar para o exercício dos direitos próprios e respeito aos alheios e ofertar ao jurisdicionado meios de participação nos destinos do Estado para construção e manutenção do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.
- ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar; RESENDE, André Lara. Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, F.; GOLDEFAJN, I.; HERRERA, S. (org.). *Inflation targeting, debt and the brazilian experience: 1999 to 2003*. Cambridge, MA: MIT Press, 2005.
- BANCO MUNDIAL. Initiatives in legal and judicial reform. 2004. Disponível em: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/03/01/000012009_20040301142827/Rendered/PDF/250820040Edition.pdf. Acesso em: 18 fev. 2013.
- BARRAL, Welber (org.). *A análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANDÉAS, Ana Paula L. S. *Juízes para o mercado? Os valores recomendados pelo Banco Mundial para o Judiciário em um mundo globalizado*. Dissertação de Mestrado em Relações internacionais. Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília. Brasília, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CASTRO, Marcílio M. *Dicionário de direito, economia e contabilidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- COASE, Ronald. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel e Renato Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 3, n. 1, 1960. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2013.
- COOTER; ULEN. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CORREA, Priscilla P. Costa. *Direito e desenvolvimento: aspectos relevantes do Judiciário brasileiro sob a ótica econômica*. Brasília: CEJ, 2014.
- CUNHA, Luciana Gross *et al.* Índice de confiança na Justiça. *Relatório ICJ Brasil*, São Paulo, FGV, 4ª onda, ano 3, 2011.
- CRUZ, Luiz A. Ribeiro. Acesso à Justiça e risco moral: estudo de caso. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, jan./abr. 2012.
- DAKOLIAS, Maria. *Documento técnico 319: elementos para reforma*, Banco Mundial. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1996.
- DIREITOGV. Escola de Direito de São Paulo. *Relatório ICJ Brasil*, 4º trimestre de 2010. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/publicacoes/relatorio-icj-brasil-4-trimestre-2010>. Acesso em: 31 jan. 2013.
- DJANKOV, S.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; LA PORTA, R.; SHLEIFER, A. *Legal structure and judicial efficiency: the lex mundi project*. World Bank, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FALCÃO, Joaquim. Reformar o Poder ou Reformar o Sistema? *Correio Braziliense*, Brasília, 16 set. 2004.
- FALCÃO, Joaquim. Uma reforma muito além do Judiciário. *Revista Interesse Nacional*, Brasília, 2008.

- FRANCO, Gustavo H. B. Celebrando a convergência. In: TIMM, Luciano (org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and society review*, v. 09, n. 01, p. 95-160, 1974. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/3053023?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101832998727>. Acesso em: 09 fev. 2013.
- GARAPON, Papadopoulos Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GONÇALVES, Fernando; HOLLAND, M.; SPACOV, Andrei. *Can jurisdictional uncertainty and capital controls explain the high level of real interest rates in Brazil?* São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2005.
- HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. *Science*, Washington, v. 162, n. 3.859, p. 1243-1248, 1968. Disponível em: http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html. Acesso em: 08 fev. 2013.
- NOBELPRIZE.ORG. The sveriges riksbank prize in economic sciences in memory of Alfred Nobel. 1998. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1998. Acesso em: 31 jan. 2013.
- NORTH, Douglas. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *O judiciário e a economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia justiça: conceitos e evidência empírica*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. São Paulo, dez. 2002. p. 01-49. Disponível em: http://www.febraban.org.br/arquivo/destaques/armando_castelar_pinheiro2.pdf. Acesso em: 18 fev. 2013.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 963, 2003a.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *O componente judicial dos spreads bancários*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003b.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTJN, Decio (org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* In: TIMM, Luciano (org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007a.
- POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.
- PRADO, Mariana. ¿Qué es “derecho y desarrollo”? *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, v. 11, p. 01-25, octubre 2010.
- PRILLAMAN, William C. *The judiciary and democratic decay in Latin America: declining confidence in the rule of law*. Westport: Praeger, 2000.
- RISTER, Carla A. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Renovar, 2007.
- RODOVALHO, Maria Fernanda. *Reforma do Estado após a Emenda Constitucional 45/04: a reforma do Poder Judiciário*. 2012. 178f. Tese de Doutorado em Administração Pública e Governo. Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas/São Paulo. São Paulo, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SADEK, Maria Teresa. A organização do Poder Judiciário no Brasil. In: SADEK, Maria Teresa (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.
- SADEK, Maria Teresa (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.
- SADEK, Maria Teresa. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, USP, n. 18, p. 97-98, 2004.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord.). In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHERWOOD, Robert M. *Judicial performance: its economic impact in seven countries*. 8th Annual Conference of International Society for New Institutional Economics (IS-NIE). Tucson, USA, 2003.
- STIGLER, George, J. Law or economics? *The Journal of Law and Economics*. Chicago, Universidade de Chicago. v. 35, n. 2, p. 455-468, out. 1992.
- TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- UNGER, Roberto M. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- WILLIAMSON, Oliver E. *The institutions and governance of economic development and reform*. Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1995.
- WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: how it works; where it is headed. *De Economist*, London, Kluwer Academic Publishers, v. 146, n. 1, p. 23-58, 1998.
- WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985 apud LEAL, Rogério. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.
- YEUNG, Luciana. *Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro*. Tese de Doutorado em Economia. Escola de Economia da Fundação Getulio Vargas/São Paulo. São Paulo, 2010.
- ZANATTA, Rafael. *Direito, economia e desenvolvimento: a Influência do Banco Mundial nas recentes reformas do Judiciário brasileiro*. Monografia de Graduação em Direito. Universidade Estadual de Maringá. Maringá, 2010. Disponível em: http://www.academia.edu/416069/Direito_Economia_e_Desenvolvimento_a_influencia_do_Banco_Mundial_nas_recentes_reformas_do_Judiciario_brasileiro. Acesso em: 04 mar. 2013.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Comentários ao REsp 615.628: a revisão judicial das decisões do CADE sobre atos de concentração

Uma perspectiva econômica de deferência

Sérgio Bocayuva Dias

1. INTRODUÇÃO

Este texto tem como objetivo comentar o acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 615.628, em que se discutiu, de forma pioneira, um padrão de contenção judicial para a revisão de decisões proferidas pelo CADE; neste caso, aquela proferida pelo Plenário do Conselho no Ato de Concentração 08012.005572/99-99. O acórdão do STJ recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRE-

SAS. APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. ART. 54 DA LEI 8.884/1994 E ART. 2º DA RESOLUÇÃO 15/1998 DO CADE. PODER REGULAMENTAR DA AUTARQUIA.

1. Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em razão de multa imposta em acórdão proferido pelo Plenário do órgão no Ato de Concentração 08012.005572/99-99.
2. Discute-se a legalidade da sanção aplicada pelo CADE nos termos da Lei Antitruste. O órgão adotou a medida por considerar que a comunicação do ato de concentração ocorrera tardiamente.
3. Conforme disposição do art. 54 da Lei 8.884/1994, com vista à defesa da concorrência, os atos que importem concentração econômica deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE – Secretaria de Direito Econômico, que imediatamente enviará uma delas ao CADE e outra à Seae.
4. O CADE, em virtude de suas atribuições institucionais, deve examinar os atos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência.
5. O sentido do art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994 é prevenir efeitos prejudiciais à livre concorrência advindos de operações que possam resultar em concentração de mercado. O prazo estipulado no dispositivo legal decorre da necessidade de análise das operações em tempo hábil.
6. Com base no Poder Regulamentar, o termo inicial para a apresentação desses atos foi definido pela Resolução 15/1998 do CADE, que prevê, em seu art. 2º, que “o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”.

7. O STJ tem entendimento segundo o qual os arts. 7º, XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo CADE, em observância ao seu poder regulamentar. O art. 2º da Resolução interpretou o termo “realização”, inserto no art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994, como “o primeiro documento vinculativo entre as requerentes”. Inexiste, dessa forma, criação de novo prazo.
8. Além do mais, a Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões “atos, sob qualquer forma manifestados” e “de sua realização”, constantes originalmente do texto da Lei da Concorrência, não havendo o intérprete de fazê-lo de modo diverso, em virtude da razoabilidade da disposição.
9. Mais do que agente de repressão, o CADE é órgão de prevenção de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar.
10. *In casu*, a recorrida adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte – Heavy Duty – da empresa Alstom France/SA, em 23.3.1999, e somente comunicou o ato de concentração em 25.6.1999.
11. No que se refere à aplicabilidade do *caput* do art. 2º da Lei 8.884/1994, o Tribunal de origem desconsiderou a informação contida no acórdão do CADE proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99, que consignou: a) “as duas empresas (General Electric Company e Alstom France S/A) atuam no mercado de turbinas a gás de grande porte através de exportações”; e b) “participam com vendas no mercado brasileiro entre 8% e 9% cada uma” (fl. 219, e-STJ).
12. De acordo com o Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/EASP, o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi.

13. A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado era, em 2003, de 40% para a GE e 15% para a Alstom.

Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que poderia repercutir no Brasil.

14. Recurso Especial provido para denegar a ordem.

Para a análise desse importante julgamento, passa-se, primeiro, à síntese da discussão, com especial atenção à decisão proferida em segunda instância que revisou a decisão do CADE em bases substantivas, interpretando os efeitos do contrato ajustado entre os agentes econômicos sob um prisma estritamente jurídico. Em seguida, são descritas as razões de decidir do STJ, traçando paralelo com aquelas expostas na instância de origem. Os comentários ao julgamento são feitos segundo teorias que admitem a influência da economia no direito, apontando como a discussão de medidas antitruste na via judicial contém elementos que podem basear um padrão de deferência, dando mais relevância à interpretação econômica dos atos de concentração e da legislação do que um enfoque civilista e contratual. Enfatiza-se, inclusive, julgamento mais recente do STF revisitando esse tema. A conclusão provoca a refletir sobre um padrão de deferência em relação à revisão judicial desse tipo de tema, sinalizando que a deferência deva ser, de fato, um *standard* de decisão a ser seguido.

2. SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

O mandado de segurança julgado em grau de recurso especial pelo STJ é originário da Justiça Federal do Distrito Federal. Foi impetrado pela companhia General Electric Company (GE) contra o Presidente do CADE visando anular decisão desse Conselho que aplicou a sanção de multa no valor de R\$ 58.610,00 por inobservância do prazo de submissão de atos de concentração a controle prévio, conforme art. 54, §§ 4º e 5º da Lei nº 8.884/94, atualmente revogada.

O ato de concentração consistiu na aquisição, pela GE, da Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte (*Heavy Duty*) da companhia Alstom France SA, por meio de contrato celebrado no exterior.

A sentença acolheu o pedido da GE, anulando a multa. Essa decisão foi mantida pelo TRF da 1ª Região em grau de apelação interposta pelo CADE. Para bem compreender o julgamento do STJ e suas implicações nestes comentários, confira-se os fundamentos do julgamento de segunda instância, considerando a multa ilegal:

- a) O negócio jurídico identificado como ato de concentração pelo CADE “seria mero pré-contrato”, especificando uma série de condições suspensivas para que fosse realizado a operação final de aquisição, esta, sim, marco inicial para a notificação do Conselho, observado pela GE.
- b) Que, “pelo tipo de produto objeto da compra e venda não ter mercado de forma contínua”, mas realizando-se por “encomendas esporádicas”, “inexistiria repercussão ainda que parcial, no mercado brasileiro”.
- c) O art. 2º da Resolução nº 15/1998 do CADE, dispondo sobre o prazo de submissão dos atos de concentração, teria extrapolado “o conteúdo regulamentador que a lei lhe auferiria”, pois não tratou de tema de seu funcionamento interno, mas “do próprio conteúdo material tratado pela lei econômica”.

Contra tais argumentos, o CADE interpôs REsp ao STJ, por violação da interpretação da Lei Federal.

3. RAZÕES DE DECIDIR ADOTADAS PELO STJ

O STJ deu provimento ao recurso para manter a sanção aplicada pelo CADE. Em relação ao ponto “a”, acima sumariado, reputou indiferente o caráter de pré-contrato do ato de concentração, enfatizando que a questão relevante

seria a avaliação do reflexo do negócio no mercado brasileiro, o que teria sido constatado pelo CADE em virtude do significativo percentual de atuação da GE e da Alstom no segmento de turbinas, conforme dados técnicos utilizados pelo Conselho ao elaborar sua decisão. Assim, “todo e qualquer ato, por mais mezinho que seja, se puder causar arranjos ao ambiente concorrencial, deve ser submetido ao CADE”.

Também refutou o argumento “b” de que o ato de concentração não traria reflexos no Brasil pelas características da atividade (sob encomenda) e pelo fato de não haver sede ou subsidiária das envolvidas no Brasil. Novamente, seguindo a conclusão do CADE, baseada na magnitude da atuação das companhias no segmento (com poucos agentes econômicos figurando como atores relevantes), reputou que a repercussão do ajuste no mercado seria “mundial”, aí incluído o Brasil. Mais do que isso, ao mencionar a necessidade de deferência, o voto-vista consigna que deve se dar “respeito às análises de cunho técnico realizadas por órgãos que tem a função macro de cuidar de certos bens jurídicos que não se compadecem com a lógica ordinária de atuação do Judiciário”.

Finalmente, quanto à Resolução, o STJ considerou que sua disposição era plenamente válida como interpretação da expressão legal que estipula o marco inicial da notificação do ato de concentração a partir de sua “realização”, equivalente ao “primeiro documento vinculativo”, a incluir o pré-contrato (art. 54, § 3º da Lei 8.884/94), daí porque não haveria afronta à legalidade.

4. COMENTÁRIOS

Logo de saída, é importante frisar que a significativa alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.529/2011 no controle de atos de concentração não faz com que o julgamento em questão perca sua relevância. De fato, o regramento então existente, constante do art. 54 da Lei nº 8.884/94, não reflete mais o padrão de controle previsto no art. 88 da Lei atual. Mesmo

assim, o que importa é voltar a atenção para a fundamentação adotada pelo STJ ao manter a sanção aplicada pelo CADE, prestigiando a interpretação desse Conselho sobre os reflexos concorrenciais do ato de concentração e a sanção aplicada. Mais do que isso, o STJ, no voto-vista, faz referência a um conceito específico do Direito Administrativo, a deferência, muito difundido na realidade norte-americana e recentemente trabalhado por pesquisadores brasileiros.

Para demarcar bem o traço distintivo desse julgamento, atente-se para a circunstância de que a instância de origem (TRF) adota, em primeiro plano, um fundamento contratual e civilista para rechaçar que o ato de concentração fosse produzir efeitos. Esse fundamento, baseado no Código Civil, seria, por si só, bastante para anular a multa, ainda que o TRF tenha avançado em relação aos demais pontos.

Realmente, se a questão for colocada sob o ângulo estritamente civil, não seria desacertado concluir que haveria condição suspensiva do ato de concentração. Essa constatação sequer é revertida pelo STJ, que não nega o caráter de pré-contrato. Seguindo essa ótica cível da eficácia do ajuste, submetido à condição, também seria acertado reconhecer que a matéria teria conteúdo próprio para a avaliação de um magistrado, dotado de presumida expertise em temas dessa natureza negocial, daí porque a premissa cível dá uma solução que aparenta coerência para afastar a interpretação do CADE. E se fosse mantida essa perspectiva da eficácia do contrato, seria o bastante para manter a nulidade da multa, afinal, a GE não poderia ser penalizada por descumprir a comunicação de um negócio ainda desprovido de efeitos no arranjo empresarial e transferência de ativos.

A questão é que, examinando o caso sob lentes diferentes, o Conselho visualizou a potencialidade de feitos econômicos no mercado, especialmente quanto aos possíveis reflexos concorrenciais, uma perspectiva que reputa indiferente o plano de eficácia do negócio jurídico sujeito à condição.

Disso resulta um deslocamento do prisma de análise do caso no âmbito do STJ, porque, no julgamento do REsp, a questão central é reconduzida

à interpretação da legislação de defesa da concorrência, a Lei nº 8.884/94, não o enfoque cível sobre o plano de eficácia, que sequer foi revertido em relação à constatação de que *realmente* se tratava de um pré-contrato sujeito à condição suspensiva.

Isso é de suma importância, porque é no domínio dessa legislação que o CADE interpreta e aplica as normas de sua alçada de atuação e em relação às quais pode ser identificada sua expertise interpretativa, sobretudo pela conexão com conceitos e elementos próprios da economia. É por isso que o STJ afirma a indiferença da condição suspensiva do ajuste, sublinhando que o importante é o pré-contrato influenciar o ambiente concorrencial. Frise-se: em primeiro plano, é importante discutir o reflexo econômico do ajuste,¹ não a sua repercussão estritamente jurídica.

Seguindo com esse ponto sob a ótica econômica da interpretação do ato de concentração e o prazo de sua submissão ao CADE, o outro aspecto que se destaca é que o STJ realmente fixa que esse deve ser o enfoque dado à interpretação da Lei. Tanto é assim que sublinha a complexidade do tema, a expertise do CADE e, ao final, assevera que somente o Conselho pode definir os atos que se submetem ou não ao seu controle prévio.

Essa marca do julgamento pode ser identificada sob dois aspectos controvertidos para fins deste comentário: 1) Existência ou não de efeitos do ato de concentração no mercado brasileiro; 2) Validade da Resolução do CADE sobre o prazo, nos termos da Lei 8.884/94.

1. Sobre os influxos da “Constituição Econômica” na interpretação do Direito e a necessidade de considerar as variáveis institucionais nessa interpretação, conferir: CYRINO, André. Análise econômica da constituição econômica e interpretação constitucional. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 2, 2017. De fato, esse tipo de isolamento feito pelo STJ da questão puramente cível (condição suspensiva do pré-contrato) para colocar no plano central da controvérsia o reflexo econômico do ajuste é uma mostra de que os influxos da Economia no Direito não podem ser descartados, sobretudo neste caso, em que a boa interpretação da Lei, segundo o próprio Judiciário, exige mais uma boa compreensão de questões do mercado do que aprofundamento em noções cíveis de eficácia de negócios jurídicos.

Em ambos os pontos, aos quais se retornará adiante, o STJ chega à conclusão de que deve ser adotada uma revisão pautada pela deferência. Embora a palavra conste apenas do voto-vista, ela também pode ser retirada dos fundamentos adotados pelo relator.

E aqui cabe a especificação desse conceito, nem sempre presente na doutrina que se dedica à revisão judicial de atos administrativos.

A deferência judicial representa um padrão decisório de autocontenção para a revisão da interpretação da Lei dada pela Administração, ou, na expressão norte-americana, da interpretação dada pelas agências.²

É possível identificar a marca central desse padrão decisório no precedente *Chevron*,³ no qual se concluiu que a interpretação de ambiguidades da Lei, pelo Executivo, prevalece, contanto seja “permissível”, ainda que não seja a melhor ou a acertada na visão de juízes.

Esse precedente é, para alguns, o mais marcante julgamento do direito público norte-americano, pois deslocou a ênfase da autoridade interpretativa da Lei do Poder Judiciário para as agências reguladoras, sendo mencionado em diversos outros julgamentos como guia de revisão judicial a ponto de ser estimada sua importância como um “texto quase constitucional”.⁴ A prova de sua influência é tamanha que, atualmente, se discute proposta legislativa para a revogação desse padrão decisório, a fim de que o Judiciário passe a decidir livremente, de forma autônoma, a interpretação de dispositivos legais,⁵ havendo também trabalhos teóricos

2. O conceito de agências no contexto norte-americano é amplíssimo, nos termos do Administrative Procedural Act (APA), com a exclusão do Congresso, do Presidente e das Cortes. Assim, o termo é aplicado de forma abrangente, para o que equivaleria à Administração *latu sensu* no Brasil. Contudo, existem variações de “agências” naquele país, pois algumas são dotadas de maior grau de independência. WERHAN, Keith. *Principles of Administrative Law*. St. Paul. MN: West Academic Publishing. St. Paul., 2014. p. 3-4.

3. *Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc*, 467 U.S. 837 (1984).

4. SUNSTEIN, Cass R. *Chevron step zero*. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, p. 2, abr. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=739129>. Acesso em: 20 jan. 2015.

5. É o *Separation of Powers Restoration Act* (SOPRA). Alguns trabalhos são céticos sobre a relevância dessa proposta legislativa, sugerindo que, mesmo com a inovação, juízes tendam a confirmar

que se dedicam a reverter suas premissas e outros julgados da SCOTUS, delimitando o alcance de *Chevron*.⁶

Alguns breves apontamentos desse julgamento – que não tem origem em defesa da concorrência – são importantes para sua compreensão. O primeiro deles é que a Lei em discussão, *Clean Air Act* (CAC), era diretamente atrelada à atividade da agência envolvida na causa, a *Environmental Protection Agency* (EPA). Não se trata, pois, de interpretação do Direito Privado ou de uma avaliação que a entidade fez de dispositivos legais que tratam de temas correlatos, mas, sim, uma interpretação substantiva sobre matéria específica de sua competência. A discussão de fundo dizia respeito à extensão da expressão “fonte estacionária de poluição”, constante do CAC ao fazer referência à necessidade de permissão para instalações emissoras de poluentes. A interpretação original da EPA sobre essa expressão legal era no sentido de que qualquer nova instalação poluente, ainda que dentro de uma mesma planta industrial, seria uma nova fonte, exigindo, portanto, observância dos requisitos para concessão de licença. Com a mudança da Presidência dos EUA, assumindo Reagan, a EPA modificou a interpretação do CAC, fazendo com que a mesma expressão passasse a ser considerada de maneira mais ampla. Com isso, no âmbito de uma mesma planta industrial, novas instalações poluentes poderiam ser modificadas ou adicionadas sem a licença, desde que observada, para toda a planta industrial, o limite de emissão. Essa nova interpretação foi favorável às indústrias, pois facilitou o desempenho de suas atividades com a desnecessidade de várias licenças em cada modificação ou adição em plantas industriais. Isso levou grupos ambientalistas a questionar em juízo tal interpretação e o caso chegou à Su-

decisões das agências diante de sua mera razoabilidade, ainda que o façam adotando justificativa distinta da deferência. Conferir: HICKMAN, Kristin E. BEDNAR, Nichola. *Chevron's inevitability*. *George Washington Law Review*, v. 85, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3031055>. Acesso em: 12 dez. 2017.

6. Sobre o tema, conferir: EMERSON, Blake. Administrative answers to ‘major questions’: on the democratic legitimacy of agency statutory interpretation. *Minnesota Law Review*, v. 102, n. 5, p. 39, 2018.

prema Corte (SCOTUS) depois de a decisão da agência ter sido revertida pela Corte do Distrito de Columbia.

A SCOTUS, revertendo o julgamento para fazer prevalecer o conceito amplo de “fonte estacionária de poluição”, fixado pela EPA, estabeleceu os famosos dois passos de *Chevron* para a identificação da extensão do controle judicial dos atos das agências. O primeiro consiste em identificar se o Congresso tratou expressamente do tema, ou seja, saber se a Lei é clara. Se a resposta é positiva, o assunto se encerra, prevalecendo a previsão legal clara, admitida a incursão judicial para esse controle. O segundo passo consiste na discussão de ambiguidades da Lei, ou seja, superado o primeiro e identificada a abertura legislativa, a interpretação permissível das agências deve ser mantida, ainda que ela não seja a melhor ou a acertada na visão de juízes.⁷

A doutrina norte-americana aponta que *Chevron* se baseia em uma ficção sobre a presumível instrução do Congresso no sentido de que Cortes deveriam prestar deferência às interpretações das agências.⁸ E, mais do que isso, indica que o precedente seria, em rigor, contrário ao APA, especialmente o seu art. 706,⁹ mesmo assim, nada disso impediu que o julgamento ganhasse a importância central de estruturar a questão da interpretação da Lei e um dos marcos do Estado Administrativo¹⁰, reconhecendo, impli-

7. Vide *Chevron*, 467 U.S., p. 842-843.

8. “Hence, the Court has grounded *Chevron* in the assumption that, where Congress statutorily grants agencies the power to act with the force of law, Congress thus wants courts to defer to agency interpretations of those statutes. Some have described this assumption as fictional, contending that Congress gives little consideration to judicial deference doctrine or standards of review when it drafts legislation”. HICKMAN, op. cit., p. 1456.

9. SUNSTEIN, Cass. *Chevron* as law. *Georgetown Law Journal*, p. 5, 7-8, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3225880>. Acesso em: 05 ago. 2018.

10. Esse Estado Administrativo se caracteriza, sobretudo, por (i) apresentar massiva delegação de poderes pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo; (ii) possuir agências independentes; e (iii) atribuir a agências poderes judicantes, legislativos e executivos. VERMEULE, Adrian. The administrative state: law, democracy, and knowledge. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-28, p. 3, 2013.

citamente, as prováveis falhas e vieses¹¹ que juízes podem ter ao fazerem avaliações substantivas de questões de regulação, conectadas com matérias técnicas complexas de política governamental.

Esse aspecto de modéstia judicial não é uma mera inferência de senso comum. Parcela da doutrina aponta que esse *standard* incorpora componentes da teoria decisória e econômica, no dizer de Vermeule, variáveis institucionais, representadas por dois vetores: incerteza e racionalidade limitada. Resumidamente, para os propósitos deste artigo, a incerteza deriva da dificuldade de adquirir informações em tempo e modo úteis para a tomada de decisão dita ideal, que aqui pode ser considerada como aquela provida de elementos completos e aprofundada análise sobre o tema controvertido, muitas vezes gerador de significativo dissenso entre vários atores; a racionalidade limitada liga-se à inaptidão de decisores (neste caso, juízes) entenderem e efetivamente utilizar todas as informações à disposição para bem decidir.¹²

11. Trabalho empírico de exame de casos aplicando o precedente *Chevron* aponta que o referido *standard* é um efetivo instrumento para a contenção de decisões judiciais partidárias, ou politicamente enviesadas. Disso inferem a impertinência da proposta legislativa (SOPRA) tendente a revogar a doutrina *Chevron* para impulsionar as Cortes a realizar a revisão judicial ampla de questões regulatórias. BARNETT, Kent H. BOYD, Christina L. WALKER, Christopher J. Administrative law's political dynamics. *Vanderbilt Law Review*, v. 71, 2018; Ohio State Public Law Working Paper nº 439.
12. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006, p. 154-155.

Assim, “quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011, p. 7.

Alguns estudos apontam que processos em tese bem informados no STF, precedidos de audiências públicas e colheita de manifestações de *amicus curiae*, resultaram em decisões que não necessariamente avaliaram esses elementos trazidos por meio desses institutos processuais, aparentemente confirmando a tese de Vermeule no sentido de que há um componente institucional na tarefa de decidir que constribe significativamente as capacidades de juízes. Cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, 2017. COSTA, Beatriz Castilho. *A influência exercida pelo Amicus Curiae nos votos dos ministros do Supremo Tribunal*

Há uma consideração adicional sobre custos (não apenas financeiros) em se tolerar sobreposição de possibilidades interpretativas amplas de duas ou mais instituições sobre a mesma matéria. Se, na linha da teoria institucional, não é possível estimar que o Judiciário alcançará uma interpretação mais precisa ou melhor, e se a incursão judicial adicional, apenas, mais custos de tempo e indefinição em relação ao assunto,¹³ conferir margem ampla de revisão em juízo seria dificilmente sustentável. É uma abordagem consequencialista, é certo, mas a sua consideração na discussão de atos de concentração aparenta ser inevitável. Essa abordagem ganha ainda mais relevância diante da atual redação dos arts. 20 e 21 da LINDB (redação dada pela Lei nº 13.655/2018).

Assim, a autocontenção, baseada nessa teoria, reputa fundamentada em *boa* consequência a decisão judicial pela percepção de que não se agregarão chances de resultados adversos, enquanto diferentes abordagens interpretativas sinalizam um cenário de acréscimo de incerteza ou chances de erro, pois, ao desconsiderarem as variáveis institucionais, partem de um pressuposto de que o Judiciário é presumivelmente apto para alcançar bons resultados mediante incursões interpretativas que aprofundam o repertório de fontes de consulta ou de informações.¹⁴

A noção de deferência é um degrau a mais quando comparada com a presunção de legitimidade dos atos administrativos, cujos reflexos, limitados,

Federal nos acórdãos das ações direta de inconstitucionalidade decididas majoritariamente. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2012.

13. Fatores que podem ser qualificados como efeitos dinâmicos, que, para a teoria institucional, devem ser considerados quando da tomada de decisão como fator de limitação, atentando-se para a circunstância de que a adjudicação de casos concretos reflete sobre terceiros e outras instituições de variadas maneiras. Cf. VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, 2002.

14. Vermeule é enfático a virtude institucional de *Chevron* em sua simplicidade como padrão decisório e em suas presumidas boas consequências, que evitariam o incremento de incerteza e aumentaria chances de decisões desacertadas por parte do Judiciário. VERMEULE, op. cit., p. 217.

importam em distribuição de ônus no processo judicial e não representam qualquer empecilho para que um magistrado exerça avaliação substitutiva em relação à matéria controvertida já avaliada pela Administração, ou seja, opera como mera presunção relativa, tanto que esse atributo duraria até que os atos fossem “questionados em juízo”.¹⁵ Pode ser dito, inclusive, que a deferência do caso *Skidmore*¹⁶ é o paralelo norte-americano com esse atributo.

Também não pode ser confundida com a reserva de discricionariedade, pois essa categoria continua sendo ligada ao pressuposto de que é cabível a revisão judicial substantiva, a ponto de se proceder, com profundidade, à análise de causa, motivo e relação entre o ato Administrativo e sua finalidade. Não que essas noções da doutrina sejam descartáveis. A questão é notar como ela não adota a perspectiva institucional aqui discutida, tampouco iniciando o plano da discussão do controle judicial como necessariamente limitado. De fato, o controle judicial de ato discricionários não parte do pressuposto, assinalado pela deferência, de que a ambiguidade legal (e, se for o caso, a discricionariedade) indica a prevalência da permissível interpretação da Administração. Ao contrário, a confirmação da validade do ato discricionário, pela doutrina que não incorpora a deferência, exige o teste de conformidade de todo o caminho percorrido pela Administração para verificar o efetivo acerto de sua interpretação e, eventualmente, um juízo substitutivo. Tanto é assim que Bandeira de Mello assevera que, derivando a discricionariedade da Lei, e estando a ela a Administração subordinada, não haveria “comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas”, arrematando que sobre o ponto “a última palavra só pode ser do Judiciário”.¹⁷

15. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 413.

16. Em *Skidmore*, a interpretação apresentada pela Administração, ou seja, por uma agência, é meramente persuasiva perante o Judiciário, razão por que esse precedente não impede uma ampla revisão judicial para definir a questão da interpretação legal, seja ou não ambígua. *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

17. MELLO, op. cit., p. 963.

Isso mostra que a deferência não é inútil ou mera repetição de uma categoria já presente no Direito Administrativo.

Entendida a noção de deferência, bem como seu apelo interpretativo-institucional, vejamos como essa postura de contenção judicial foi aplicada em relação aos aspectos 1 e 2 no acima mencionados.

No REsp, não é definido um padrão geral de revisão, muito menos há discussão subjacente de política socioeconômica ligada à legislação, como havia em *Chevron* (disputa entre preservação ambiental e crescimento econômico), mas os traços institucionais da deferência estão presentes porque:

- a) A Lei em causa é da alçada própria do CADE e seu texto não é unívoco, exigindo avaliação contextual dos fatos para definir efeitos do ato de concentração no mercado, na livre concorrência, assim como o alcance da “realização” para definir o momento desse tipo de ato;
- b) O CADE detém expertise e preparo na avaliação de questões econômicas em atos de concentração, tanto pela sua estrutura e forma de processo como em razão de seu corpo de funcionários e Conselheiros;
- c) A avaliação de efeitos dos atos no mercado pode ser complexa, exigindo a instrução do processo com elementos econômicos não usualmente avaliados por juízes e, mais do que isso, exigir juízos prospectivos ou projeções econômicas sobre os resultados do ato de concentração no mercado.

Em relação ao ponto 1 da controvérsia, acima relatado, sobre a “Existência ou não de efeitos do ato de concentração no mercado brasileiro”, o STJ fundamenta sua decisão deferencial reconhecendo que o juízo de origem simplesmente desconsiderou as informações colhidas pelo CADE sobre o percentual da atuação das companhias no mercado de turbinas, mesmo não havendo sede ou filiais no Brasil. Mais do que isso, o julgamento do recurso é enfático em indicar que o tema sob o enfoque econômico sequer deveria ser revisitado em juízo, como foi feito nas instâncias de origem

ao analisar a natureza do negócio (entregas sob encomenda) para disso inferir que não refletiria no mercado nacional.

Quanto ao ponto 2, de igual forma, nota-se que a Resolução do CADE é vista como interpretação permissível da expressão legal “realização” (§ 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94), marco inicial do prazo de notificação do CADE, a ponto de o STJ se contentar com a mera identificação de que essa contagem do prazo é minimamente consistente com a dicção da Lei. Nenhuma profundidade é dada ao assunto, daí a identificação de que o critério do CADE foi mantido por ser simplesmente “permissível”, para usar a expressão de *Chevron*, enquanto que, na instância de origem, a Resolução foi encarada sob a perspectiva de que lhe faltaria amparo normativo para edição regulamentar, quando se cuidava de mera interpretação da Lei.

É claro que essa decisão do STJ não pode ser considerada uma versão brasileira de *Chevron*, mas o seu teor é relevante para estimular a reflexão sobre a necessidade de se orientar um padrão para a revisão judicial de decisões do CADE sobre atos de concentração, pois traz em si a advertência de que os atos desse tipo devem ser encarados, em primeiro plano, sob sua ótica econômica, ou seja, sobre potenciais reflexos no mercado, seja lá qual for o perfil jurídico (contratual, como foi discutido neste caso) utilizado pelos agentes econômicos.

Especificamente, em relação à defesa da concorrência, um padrão de revisão judicial vem sendo discutido no contexto da União Europeia, especialmente depois do julgamento caso *Commission v. Tetra Laval* pela Corte Europeia de Justiça,¹⁸ quando foi estabelecido o entendimento de que o Judiciário pode fazer uma incursão aprofundada sobre a análise econômica de atos de fusão, mesmo que a autoridade antitruste detenha margem de discricionariedade ao avaliar aspectos econômicos do ato de concentração.

18. Case C-12/03. *Commission v Tetra Laval BV*. ECR I-987.

Alguns estudos revelam que o Judiciário de países membros da União Europeia procedem a uma revisão ampla e substantiva de medidas de fusão que afetam a concorrência,¹⁹ enquanto o julgado do STJ inclina-se em caminho oposto.

Já no contexto norte-americano, a noção de deferência judicial sequer é aplicável à matéria, pois a proteção do mercado precisa ser requerida pelas autoridades antitruste em juízo, figurando os entes públicos como litigantes que postulam provimentos contra os atores econômicos, não havendo, assim, órgão centralizado da Administração – como é o CADE – dotado de poderes para autoexecutar a proteção do mercado.²⁰ Ao contrário, juízes são *experts* no assunto.

Esse breve panorama do papel judicial ao avaliar atos de defesa da concorrência em outros países mostra a importância e atualidade da discussão e como o julgado do STJ, de 2010, é inovador ao invocar a deferência em tema no qual noções de direito e economia podem se relacionar de maneira tão próxima.

Essa inclinação rumo à deferência não cessa no julgamento do STJ. Reaparece em 2019 no STF no julgamento do AgRg no RE nº 1.083.955, diante de outro caso envolvendo ato de concentração previamente sancionado pelo CADE. A parte recorrente, inconformada com decisão monocrática que reputou inviável reanálise judicial “do mérito administrativo”, interpôs recurso para a Primeira Turma, alegando que o Judiciário não se encontraria limitado a fazer revisão de atos do Conselho.

Em julgamento ainda mais contundente sobre a deferência, afastou-se o argumento de “amplo controle jurisdicional do ato administrativo”, in-

19. BAY, Matteo; CALZADO, Javier Ruiz. *Tetra Laval II: the coming of age of the judicial review of merger decisions*. *World Competition*, v. 28, n. 4, p. 433-453, 2005.

20. Conferir, a propósito, o recente caso *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. 2018. A SCOTUS concluiu não haver prática prejudicial à concorrência pela American Express ao impor a comerciantes obrigações de não direcionar o uso de outros cartões de crédito, com taxas mais baixas para a transação. Nesse julgamento, fica visível como o Judiciário, nos EUA, faz análise aprofundada de provas e da noção de mercado ao definir se há ou não prática anticompetitiva.

vocado pela parte recorrente. A deferência foi fundamentada nas seguintes premissas expostas no voto do Ministro Relator, Luiz Fux: “(i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa”.

A solução desse caso é particularmente influenciada pelas teorias que foram antes aqui mencionadas, estabelecendo uma influência da economia na tomada de decisão jurídica. Nessa linha, a deferência em favor de interpretações do CADE, que se inicia no STJ, em 2010, repercute de maneira mais marcante anos depois no STF, sinalizando que esse pode ser o início de uma caminhada para consolidar um padrão de revisão judicial muito particular, ao menos em relação à avaliação de atos que digam respeito à defesa da concorrência.

5. CONCLUSÃO

Para a realidade brasileira, a deferência em relação a questões de defesa do funcionamento do mercado seria justificável como padrão decisório, pois, nas discussões de raiz eminentemente econômica, o Judiciário pode encontrar razões para se conter em virtude da complexidade da matéria e por dificuldades de considerar as consequências da tomada de decisão, ainda que ela seja ligada a interpretações de conceitos previstos na legislação de defesa da concorrência e de contratos comerciais.

Fala-se de “consequências” porque a análise de atos de concentração passa pela projeção de seus possíveis resultados, tratando-se, pois, de estimativa de reflexos econômicos. É inevitável o enfoque consequencialista e, em certa medida, as alterações promovidas na LINDB poderiam ir nessa direção, o que também se infere pelo julgamento do STF no caso aqui mencionado. O julgado do STJ, de maneira inaugural, enfoca as consequências práticas

para o mercado, identificadas pelo CADE, deixando de dar relevância de primeiro plano para o perfil formal do ajuste, sob um ângulo estritamente civil, como foi feito nas instâncias anteriores.

Não é exagero afirmar que razões econômicas foram mais importantes para o julgamento, fundamentando a deferência em favor da interpretação de um caso conferida por uma entidade que compõe o poder Executivo. A análise estritamente jurídica das cláusulas contratuais perde a relevância que daria proeminência para o Judiciário revisar o cabimento da sanção pelo ato de concentração.

Fica pendente estabelecer condições procedimentais e de níveis de fundamentação das decisões do CADE para identificar um cenário realmente sólido a justificar uma revisão judicial limitada, mas a simples consideração desse padrão de decisão pelo STJ e o reaparecimento no STF abrem importante via de discussão sobre o papel do Judiciário diante de litígios impugnando medidas antitruste.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.
- BARNETT, Kent H.; BOYD, Christina L.; WALKER, Christopher J. Administrative law’s political dynamics. *Vanderbilt Law Review*, v. 71, n. 5, 2018.
- BAY, Matteo; CALZADO, Javier Ruíz. *Tetra Laval II: the coming of age of the judicial review of merger decisions*. *World Competition*, v. 28, n. 4, p. 433-453, 2005.
- COSTA, Beatriz Castilho. *A influência exercida pelo Amicus Curiae nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos das ações direta de inconstitucionalidade decididas majoritariamente*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.
- CYRINO, André. Análise Econômica da Constituição Econômica e Interpretação Constitucional. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017.

- EMERSON, Blake. Administrative answers to 'major questions': on the democratic legitimacy of agency statutory interpretation. *Minnesota Law Review*, v. 102, n. 5, 2018.
- HICKMAN, Kristin E. BEDNAR, Nichola. Chevron's inevitability. *George Washington Law Review*, v. 85, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3031055>. Acesso em: 12 dez. 2017.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, 2002.
- VERMEULE, Adrian. The administrative state: law, democracy, and knowledge. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-28, 2013.
- VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- WERHAN, Keith. *Principles of Administrative Law*. St. Paul, MN: West Academic Publishing. St. Paul., 2014.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. SupremoTribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, 2017.
- SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, abr. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=739129>. Acesso em: 20 jan. 2015.
- SUNSTEIN, Cass. Chevron as law. *Georgetown Law Journal*, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3225880>. Acesso em: 05 ago. 2018.

Aposentadorias programáveis e jogos previdenciários

Victor Roberto Corrêa

1. INTRODUÇÃO

A Previdência Social vem sendo tema de inúmeros debates legislativos, judiciais e administrativos, a respeito da necessidade de reformar seus fundamentos, notadamente a partir da Proposta de Emenda à Constituição nº 287/2016 – a conhecida Reforma da Previdência. Não obstante os méritos ou deméritos de tal Proposta sob a ótica do direito previdenciário, ou de qualquer outra que a substitua (em virtude da posse do novo presidente da República em 01 de janeiro de 2019), a intenção do presente texto é a de apresentar alternativas para o aperfeiçoamento da relação entre a Previdência Social e o segurado, especialmente no que atine aos pleitos de aposentadorias programáveis e sua percepção como um ato decisório economicamente relevante para o Direito.

Nesse sentido, interpretamos os pedidos de aposentadoria voluntária e programável como “situações de jogos” entre a Previdência Social e o segurado, vislumbrando compreender em que medida os pedidos de aposentadoria, à luz da legislação vigente e da AED, são estruturas de jogos competitivos

ou cooperativos, bem como quais são os problemas estruturais que afetam a qualidade dos raciocínios consequencialistas existentes nessas relações entre o segurado e a Previdência Social.

Nossa intenção é a de verificar em que medida essas estruturas normativas atualmente existentes são cooperativas e quais aperfeiçoamentos poderiam ser realizados nessas relações e nos raciocínios que nelas são desenvolvidos, para que tenhamos comportamentos economicamente racionais que redundem em decisões mais vantajosas para ambos os participantes desses milhares de atos jurídicos de pedidos de aposentadorias programáveis, verdadeiros “jogos” realizados diariamente pelos brasileiros com a Previdência Social.

2. O SEGURADO DO RGPS E O RACIOCÍNIO CONSEQUENCIALISTA

A decisão de se pleitear uma aposentadoria programável, como qualquer decisão, comporta algumas medidas consequencialistas. Assim, a decisão do segurado comportará diferentes alternativas (pleitear ou não pleitear a aposentadoria) e consequências, bem como critérios de avaliação e escolha dessas consequências (a fim de identificar qual é a melhor decisão a ser tomada). Dessa forma, pleitear uma aposentadoria ou redundará em um benefício de valor x ou no seu indeferimento; não pleitear redundará em ausência de renda, caso a pessoa não esteja trabalhando e tenha direito ao benefício ou em um potencial aumento de sua futura aposentadoria, caso ela tenha como se sustentar e possa aguardar para pleitear o benefício (aumentando o percentual de sua aposentadoria ou o fator previdenciário incidente).

Já a decisão da Previdência Social pode parecer, a um primeiro momento, que é vinculada e deva necessariamente ater-se apenas ao que foi solicitado pelo cidadão. Atenta estritamente à legalidade, a Administração Previdenciária deveria apenas deferir ou indeferir o benefício.

Todavia, pensamos que nada impede que a Previdência Social também adote raciocínios consequencialistas e tente mostrar, com fundamentos matemáticos, no curso do tempo razoável para a duração do processo administrativo, que uma aposentadoria é mais vantajosa por possuir uma renda maior, se for concedida em uma data posterior àquela em que foi pleiteada.

Nesse sentido, inclusive, o STF já decidiu, por meio de seu plenário, que o INSS deve se pautar sempre por oferecer ao segurado “o direito ao melhor benefício” que for possível (RE nº 630.501¹), o que restou consolidado administrativamente na Instrução Normativa nº 77/2015, do INSS, que assim dispõe em seus arts. 687 a 690:

Seção III

Da fase decisória

Art. 687. O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.

Art. 688. Quando, por ocasião da decisão, for identificado que estão satisfeitos os requisitos para mais de um tipo de benefício, cabe ao INSS oferecer ao segurado o direito de opção, mediante a apresentação dos demonstrativos financeiros de cada um deles.

§ 1º A opção deverá ser expressa e constar nos autos.

§ 2º Nos casos previstos no *caput*, deverá ser observada a seguinte disposição:

I – se os benefícios forem do mesmo grupo, conforme disposto no art. 669, a DER será mantida; e

II – se os benefícios forem de grupos distintos, e o segurado optar por aquele que não requereu inicialmente, a DER será fixada na data da habilitação do benefício, conforme art. 669.

1. Aposentadoria – Proventos – Cálculo. Cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – Ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria. (STF, 21/02/2013, Rel. Min. Ellen Gracie).

Art. 689. Se por ocasião do atendimento estiverem presentes as condições necessárias, será imediatamente proferida a decisão.

Art. 690. Se durante a análise do requerimento for verificado que na DER o segurado não satisfazia os requisitos para o reconhecimento do direito, mas que os implementou em momento posterior, deverá o servidor informar ao interessado sobre a possibilidade de reafirmação da DER, exigindo-se para sua efetivação a expressa concordância por escrito.

Parágrafo único. O disposto no *caput* aplica-se a todas as situações que resultem em benefício mais vantajoso ao interessado.

Todavia, a prática do direito previdenciário tem nos mostrado que, além de não serem de fato propiciadas essas escolhas ao melhor benefício, quando elas ocorrem, circunscrevem-se sempre ao tempo do processo, não aludindo a possibilidades atuariais e contábeis um pouco mais distantes no tempo. Não há, por exemplo, sugestões, com simulações financeiras e demonstrativos matemáticos, para que o trabalhador aguarde um pouco mais (um ou dois anos, por exemplo) para que possa escolher uma aposentadoria por tempo de contribuição integral em vez da proporcional, ou para que escolha uma aposentadoria com um fator previdenciário menor, ou para que escolha uma aposentadoria por idade com um percentual maior (a aposentadoria por idade varia de 85% a 100%).

Adota-se muito mais o que determina o art. 689 da Instrução Normativa, proferindo-se imediatamente a decisão de cada pedido, sem atentar-se para outras possibilidades de datas e cálculos de aposentadorias, em datas passadas ou futuras. Um passo a mais nos processos administrativos, para esse fim, não tomaria muito tempo dos processos administrativos, e ajudaria o segurado a adotar decisões mais racionais, no que atine a um pedido de aposentadoria programável. E, por outro lado, poderia diminuir a quantidade de mensalidades pagas dessa aposentadoria pela Previdência Social, caso ela se demonstre menos vantajosa ao trabalhador, em sendo requerida e concedida em idade e tempo precoces.

Como exemplo, basta imaginar a situação de um trabalhador do sexo masculino, com 51 anos de idade e 33 anos de contribuição. Suponha-se que ele tenha o direito a se aposentar por tempo de contribuição na modalidade proporcional e que seu salário-de-benefício (média de suas contribuições, conforme o art. 29 da Lei nº 8.213/91) alcance o valor de R\$ 2.000,00. Nesse caso, o percentual de sua aposentadoria proporcional seria de 85% (o que reduziria sua aposentadoria para R\$ 1.700,00) e, considerando a expectativa de sobrevida de mais 25 anos (a expectativa de sobrevida no Brasil, em 2018, foi de 76 anos), o segurado receberia, hipoteticamente, cerca de R\$510.000,00 de aposentadoria (sem considerar a correção monetária). Agora imagine que esse trabalhador seja orientado a aguardar que complete os 35 anos de contribuição definidos em lei (recolhendo até mesmo como segurado facultativo), caso em que sua aposentadoria seria de 100% (R\$ 2.000,00). Após dois anos de recolhimentos, ele poderia se aposentar, e receberia, durante os hipotéticos 23 anos de aposentadoria, cerca de R\$552.000,00 de aposentadoria (sem considerar a correção monetária). Notoriamente, para o trabalhador, seria mais interessante aguardar para uma aposentadoria integral, e para o INSS não haveria a obrigação legal de pagar aposentadoria proporcional por dois anos.

A ausência dessa fase processual de orientação e educação previdenciárias, que, por sua vez, poderia repercutir positivamente no seio das famílias dos requerentes, indica aquele que é um dos maiores problemas nas relações interativas entre o cidadão e o Estado: a assimetria de informações. Basicamente, a assimetria ocorre quando uma parte da relação interativa tem mais e/ou melhores informações do que a outra parte, criando, com isso, um desequilíbrio de poder e efeitos injustos, como uma seleção adversa, desvantajosa, que não seria adotada se não houvesse assimetria informativa, se houvesse o acesso adequado ao Estado, à Previdência Social e suas informações.

Essa assimetria pode ocorrer de diversas formas, nas relações entre segurado e Previdência, como nos apresenta Serau Jr.:

Em relação à estruturação da Seguridade Social quanto às suas relações com os segurados, constata-se a dificuldade de caracterização destes como agentes econômicos perfeitamente racionais. Além dos fatores de necessidade social, anteriormente apontados, o Direito Previdenciário, em particular, da forma como têm sido concebido até este momento, não é capaz de lidar satisfatoriamente com algumas espécies ou condições de trabalho que não podem ser mensurados economicamente – ou são mensurados de modo inadequado e insuficiente: o trabalho rural e tudo que o cerca, principalmente a questão da informalidade (aplicada também ao trabalho urbano); o trabalho doméstico, essencialmente feminino, e tudo que caracteriza a situação da mulher em nossa sociedade (machista e excludente); a situação de trabalhos prestados e exercidos em condição insalubre; as atuais doenças do trabalho, muito mais ligadas a questões psicológicas (assédio moral) do que aos acidentes do trabalho. Outrossim, o modelo de Seguridade Social que se buscou implementar a partir da plataforma neoliberal, tendente à migração para instituições de Previdência Complementar (modelo argentino) e Saúde privada, assim como modelos de capitalização individual (modelo chileno), pressupõe a participação de segurados considerados como agentes econômicos racionais, capazes de bem gerir seu orçamento pessoal a ponto de sobrar-lhes recursos aptos ao financiamento e participação nesse tipo de programa. Na imensa maioria dos casos, porém, o atendimento das contingências sociais, especialmente à população mais carente, permanecerá na órbita do serviço público.²

Como algo que é indesejado, a assimetria de informações pode ser combatida. A educação previdenciária e o acesso à informação podem ajudar. Porém, vejamos como a AED também pode contribuir para esse bom combate.

2. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do Direito da Seguridade Social*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 96-97.

3. O SEGURADO DO RGPS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Desde o século XX, a teoria dos jogos vem buscando analisar o comportamento dos participantes de um “jogo” – que pode ser considerado como toda espécie de relação humana e social de caráter interativo, para com isso identificar a qualidade das estratégias dos jogadores. Mas, foi através das pesquisas de John Nash (Nobel de Economia de 1994), especialmente aquelas relacionadas aos jogos não cooperativos, que se criaram os modelos comportamentais cooperativos e não cooperativos, para se compreender melhor a racionalidade das decisões humanas, por meio da matemática.

Através da teoria de Nash, podemos perceber que os jogos se dividem entre os cooperativos e os não cooperativos, de acordo com a presença ou ausência de coordenação entre as estratégias daqueles que interagem. Se a cooperação não existe e a relação é de oposição, de conflituosidade, podemos pensar em um jogo competitivo, não cooperativo.

Ronaldo Fiani, por sua vez, demonstra a importância da teoria dos jogos para situações de assimetria de informações, como aquelas que descrevemos anteriormente:

(...) o equilíbrio de Nash é aquele que resulta de cada jogador adotar a estratégia que é a melhor resposta às estratégias adotadas pelos demais jogadores. A contribuição de John Nash foi fundamental para o desenvolvimento da teoria dos jogos. A partir de sua noção de equilíbrio foi possível estudar uma classe de jogos muito mais ampla do que os jogos de soma zero. Foi possível também demonstrar que, em alguns casos, quando cada jogador escolhe racionalmente aquela estratégia que seria a melhor resposta às estratégias dos demais, pode ocorrer que o resultado final para todos os jogadores seja insatisfatório e que, portanto, nem sempre a busca de cada indivíduo pelo melhor para si resulta no melhor para todos. A principal contribuição do economista húngaro John C. Harsanyi (1920-2000) para a

teoria dos jogos, na forma de três artigos (“Games with incomplete information played by ‘bayesian’ players, parts I, II e III”, *Management Science* 14, 159-182, 320-334 e 486-502), está relacionada ao fato de que, muitas vezes, alguns jogadores dispõem de informação privilegiada em relação aos demais sobre algum elemento importante do jogo. Em outros termos, temos uma situação de informação assimétrica. Harsanyi desenvolveu um modelo para tratar desse tipo de situação, ao qual denominou modelo de informação incompleta. Ele mostrou que o conceito de equilíbrio de Nash poderia ser estendido para os modelos de informação incompleta. Antes da contribuição de Harsanyi, os economistas não dispunham de instrumental adequado para tratar da situação de interação estratégica em que a assimetria de informação produzia incerteza. Assim, na maior parte dos modelos, ou se supunha absoluta certeza, ou se supunha que havia uma distribuição de probabilidades objetivamente relacionada aos eventos possíveis, e que essa distribuição de probabilidades era do conhecimento de todos os agentes. A partir da contribuição de Harsanyi, os economistas se viram em condições de tratar formalmente situações de interação estratégica envolvendo assimetria de informação.³

Ou seja, a teoria dos jogos pode colaborar para que assimetrias de informações tenham o menor impacto possível nas decisões dos jogadores.

Robert Cooter e Thomas Ulen afirmam que, para que se caracterize a existência de um jogo, devem estar presentes os jogadores, suas estratégias para atingirem seus objetivos e os *payoffs* (ganhos) de cada jogador em cada estratégia sua.⁴

Nos jogos previdenciários atinentes aos pedidos de aposentadorias programáveis, temos como jogadores o segurado e o INSS. A estratégia do segurado é obter seu benefício através da apresentação das provas que preen-

3. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: El Sevier, 2015. p. 36-37.

4. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 56.

cham os requisitos legais para obtenção de sua aposentadoria. De outro lado, o INSS, em um primeiro momento, pode não ter necessariamente uma estratégia, pois seu dever é apenas o de avaliar o pedido de acordo com os ditames legais. Mas, até mesmo na apresentação das provas, na estratégia do jogador segurado, o INSS deve auxiliá-lo, como determinam os arts. 680 a 683 da Instrução Normativa 77/2015 da autarquia:

Subseção II

Da instrução do processo administrativo

Art. 680. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os requisitos legais para o reconhecimento de direito aos benefícios e serviços da Previdência Social serão realizadas pelo INSS, seja o processo constituído por meio físico ou eletrônico.

Parágrafo único. O não cumprimento de um dos requisitos legais para o reconhecimento de direitos ao benefício ou serviço não afasta o dever do INSS de instruir o processo quanto aos demais.

Art. 681. Os dados constantes do CNIS relativos a vínculos, remunerações e contribuições valem como prova de filiação à Previdência Social, tempo de contribuição e salários de contribuição, salvo comprovação de erro ou fraude.

Art. 682. A comprovação dos dados divergentes, extemporâneos ou não constantes no CNIS cabe ao requerente.

§ 1º Nos casos de dados divergentes ou extemporâneos no CNIS cabe ao INSS emitir carta de exigências na forma do § 1º do art. 678.

§ 2º Quando os documentos apresentados não forem suficientes para o acerto do CNIS, mas constituírem início de prova material, o INSS deverá realizar as diligências cabíveis, tais como:

- I – consulta aos bancos de dados colocados à disposição do INSS;
- II – emissão de ofício a empresas ou órgãos;
- III – Pesquisa Externa; e
- IV – Justificação Administrativa.

Art. 683. Em caso de dúvida quanto à veracidade ou contemporaneidade dos documentos apresentados, o INSS deve realizar as diligências descritas no § 2º do art. 682.

Além disso, essa avaliação não pode se despir da necessidade de orientar e demonstrar ao segurado/cidadão todas as possibilidades de aposentadoria que lhe pertencem, segundo a ótica do direito ao melhor benefício, já consagrada pelo STF no RE nº 630.501, lembrando sempre que isso pode significar uma redução dos valores a serem pagos, e uma economia, ainda que temporária, nas reservas da Previdência Social.

Os *payoffs* de ambos os jogadores serão tão altos quanto for o perfil cooperativo de suas interações, no jogo previdenciário que é um pedido de uma aposentadoria programável, afinal o ganho obtido pelo segurado não depende apenas de si, mas essencialmente do perfil de atendimento do jogador representado pelo servidor público que lhe atende na Previdência Social.

Porém, o que encontramos na realidade cotidiana dos jogos previdenciários? Uma relação que é corriqueiramente adversarial, competitiva, não cooperativa.

De um lado, o segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) em geral não confia no Estado e na Previdência, tendo em vista a reiterada insegurança jurídica por eles proporcionada, solapando-se a legitimidade dessas instituições. Conforme ressalta Marco Aurélio Serau Junior:

Outro grande obstáculo a interferir na livre escolha dos agentes da relação jurídico-previdenciária, atuando como perfeitos agentes racionais, diz respeito à frequente quebra de confiança no sistema previdenciário, seja pelas inúmeras alterações legislativas, seja pela própria quebra da fidúcia previdenciária (externalidade negativa). (...) Com efeito, as inúmeras, frequentes e seguidas reformas legislativas (constitucionais e infraconstitucionais) retiram do indivíduo, que é a parte fraca da relação jurídica previdenciária,

a possibilidade de estipular, a longo prazo, suas escolhas racionais. A frequência das mudanças altera a previsibilidade do sistema, como um todo, e a própria confiança nele depositada pelos seus participantes.⁵

E, de outro lado, o servidor do INSS parece muito mais preocupado em buscar motivos para o pronto indeferimento de um pedido de aposentadoria e não colabora nem orienta o cidadão, cooperando na instrução de seu processo administrativo e demonstrando-lhe suas possibilidades mais vantajosas de aposentadoria.

Para aperfeiçoar essa relação, elevando-a a perfis cooperativos, entendemos que o tratamento legal dado à regulação do funcionalismo público precisa deixar de ser compreendido como um direito administrativo de autoridades para se transformar em um direito de acesso ao Estado. Segundo Carlos Ari Sundfeld:

A ideia de que o direito administrativo é o direito das prerrogativas públicas, dos atos de autoridade, continua muito forte no Brasil. O que se pode dizer dessa concepção? Conhecer e entender o regime jurídico do exercício, por agentes administrativos, do poder de autoridade nos casos em que a legislação o prevê – seus condicionamentos, sua extensão, seus limites – é, por certo, algo bem importante. Faz sentido também, em certos casos, alguma comparação com as relações jurídicas nascidas do acordo de vontades entre sujeitos iguais. Mas não há fundamento jurídico-constitucional ou legal para presumir poderes para o Estado, presunção que vem de um paradigma autoritário. Além disso, boa parte de suas atividades não envolve diretamente o exercício de autoridade, de modo que, se o conceito de direito administrativo estivesse necessariamente vinculado a esse critério, muitas daquelas atividades cairiam fora desse ramo.⁶

5. SERAU, op. cit., p. 97-98.

6. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 130-131.

É necessário, para tanto, que haja uma intensa modificação de cultura profissional no âmbito do serviço público.

É de se esperar que o acesso às funções públicas, em um Estado que se vê agigantado de funções, responsabilidades e expectativas, seja uma das ambições de parcela significativa da população. Agente econômico de suma importância, produtor de moeda, controlador e fomentador de relações produtivas, o Estado é o empregador dos sonhos de muitos cidadãos que buscam espaço no mercado de trabalho. Afinal, quem não gostaria de trabalhar em uma carreira na qual se prestigia o mérito demonstrado pela aprovação em um republicano concurso público (art. 37, inciso II, da CRFB), com irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV, da CRFB), com estabilidade no cargo após cumprimento de alguns requisitos (art. 41 da CRFB) e com Regime Próprio de Previdência Social para si e para sua família (art. 40 da CRFB)?

Contudo, essa estabilidade profissional, uma vez obtida, pode conduzir a autoridade estatal a uma postura de autossuficiência e estagnação, que não lhe permita agir com o enlevo de um olhar incomodado com a evolução dos fatos sociais que envolvam sua rotina laborativa diária. Acomodada em um universo particular em que o cargo público é parte de seu patrimônio privado, a autoridade estatal brasileira (especialmente aquela que atue como autoridade administrativa, submetida ao poder hierárquico de seus superiores), sob essa perspectiva, com o temor de sofrer punições disciplinares de seus superiores hierárquicos, adota entendimentos e toma decisões que, por vezes, distorcem seus deveres funcionais e desrespeitam a juridicidade vigente e direitos fundamentais do indivíduo como isonomia, razoável duração do processo, tutela jurisdicional efetiva, e o respeito à segurança jurídica.

Esse tratamento patrimonialista dos cargos públicos, portanto, precisa ser modificado, cobrando-se a promoção de posturas mais abertas, acessíveis, republicanas e democráticas dos agentes estatais.

Tal mudança permitiria, decerto, cooperação e ampliação dos *payoffs* dos jogadores previdenciários, o que redundaria, a nosso ver, em um notá-

vel incremento de legitimidade do Estado e de suas entidades prestadoras de serviço público *lato sensu*.

4. APOSENTADORIAS E O RISCO ECONÔMICO DA AUSÊNCIA DE TRABALHO

Além da assimetria de informações e da falta de perfil cooperativo nas relações entre segurado e Previdência, há um outro fato social, na verdade um risco social, que influencia severamente as decisões individuais que orbitam essas relações previdenciárias. Trata-se da ausência de trabalho, do desemprego, em suas diversas formas.

Supondo que os requisitos legais para a concessão de uma aposentadoria tenham sido preenchidos, não a requerer é um ato que depreende um risco para o segurado do RGPS: o de não possuir meios para economicamente sustentar a si próprio e a sua família. O fantasma do desemprego, do subemprego e da pobreza, especialmente em idades avançadas, tem determinado que trabalhadores não pensem duas vezes, quando se vejam diante da possibilidade de se aposentarem, por mais desvantajoso que seja o cálculo dessa aposentadoria.

Um grande drama para a vida do trabalhador, do que ver que está envelhecendo, perdendo o vigor de sua juventude, é um dia chegar a seu trabalho e se ver dispensado, ou mesmo na contingência de estar desempregado em breve tempo. Aliás, não precisa nem mesmo haver a dispensa do emprego; basta até mesmo o simples comentário de que a empresa estará fechando as portas daqui a um determinado termo. Basta a ameaça, ainda que suposta, de que ficará desempregado.

Esta ocorrência é terrivelmente comum em nosso país e, repentinamente, faz com que as pessoas busquem, em um primeiro momento, a tutela de alguma garantia de estabilidade no emprego ou um benefício como o seguro-desemprego – o que pode não se concretizar, diante dos limites legais respectivos.

Todavia, cansado de buscar emprego e premido pelos fatos econômicos que deterioram sua pouca ou nenhuma poupança, não é raro que o trabalhador com mais idade se depare com a constatação de que pode pedir sua aposentadoria, porém, na maioria das vezes, contabilmente desfavorável. Isso vai ocorrer especialmente para aqueles que são relativamente jovens (na faixa etária dos 50 anos) e que possuem o tempo de contribuição mínimo do art. 201, § 7º, inc. I, da CRFB, bem como para aqueles que possuem o direito à aposentadoria por tempo de contribuição proporcional (art. 9º da Emenda Constitucional nº 20/98).

Esses trabalhadores acabam se aposentando relativamente jovens, cedendo à pressão do medo de não possuírem mais condições de sustentar a si e a sua família, sem se importarem com o valor de suas aposentadorias, ferindo, por outro lado, os interesses da Previdência Social, de que adiem, o máximo possível, seu pleito de aposentadoria.

O que fazer para evitar esse conflito e transformar essa situação em uma solução cooperada entre os envolvidos, com menos assimetrias informativas?

Uma das principais modificações que uma boa reforma da Previdência poderia considerar, a nosso sentir, seria tratar o desemprego com considerações econômicas que até então não existiram e que poderiam ser benéficas para ambos os jogadores.

Entre essas inovações, poderíamos considerar a possibilidade de que as parcelas de seguro-desemprego fossem tratadas economicamente como salários-de-contribuição, com o desconto, em favor da Previdência, da contribuição previdenciária no percentual respectivo, algo que não foi realizado até então. Vale ressaltar que a percepção de seguro-desemprego, por sua vez, assegura ao trabalhador a prorrogação da qualidade de segurado, como determina o art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91. Não há sentido em se considerar a manutenção da qualidade de segurado do desempregado, sem considerar os valores recebidos como salários-de-contribuição.

O trabalhador teria a tranquilidade de garantir mais tempo de contribuição para seu cálculo de tempo para aposentadorias programáveis, com

salários-de-contribuição à altura de seu padrão remuneratório de então, o que tornaria um pouco menor a aflição do desemprego.

Passamos a listar algumas sugestões específicas, de lege ferenda, que poderão aperfeiçoar essas relações, significando *payoffs* mais interessantes para ambas as partes, nos jogos previdenciários.

5. APOSENTADORIAS E IDADE MÍNIMA

Há um jogo econômico claro entre a Previdência Social e o segurado, em relação ao momento da aposentadoria do trabalhador. Para o trabalhador, parece haver, *a priori*, a intenção de se aposentar o mais breve possível, para que possua um valor econômico para seu sustento, sem a necessidade da contrapartida do trabalho; enquanto para a Previdência, sempre será mais interessante que o momento da aposentadoria seja protelado, para que seja pago um valor total menor de mensalidades de aposentadorias, e é dessa constatação que surge a necessidade de uma idade mínima para a concessão de aposentadorias, findando com qualquer possibilidade de programar uma aposentadoria sendo ainda relativamente jovem, sem o respeito a uma idade mínima. Na verdade, a intenção dos reformistas é estabelecer, como programáveis, a aposentadoria por idade e a aposentadoria especial (exigindo também uma idade mínima), e como não programável, a aposentadoria por invalidez.

O estabelecimento de idade mínima, economicamente falando, aumentará os *payoffs* da Previdência Social, que reduzirá o tempo de pagamento das aposentadorias, especialmente as mais precoces. E não necessariamente reduzirá os *payoffs* dos segurados, pois aqueles que já eram segurados do RGPS continuarão podendo se aposentar com idades mínimas menores que a da regra geral, conforme a regra de transição dispuser.

A discussão de fundo, quando se fala da fixação unicamente de uma aposentadoria por idade, estabelecendo-se uma idade mínima, na verda-

de, é sobre as relações entre o presente e o futuro, como afirma Miguel Horvath Júnior, ao comentar a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 287-A, de 2016:

Com isso se impõe a discussão acerca da viabilidade sistêmica da manutenção da aposentadoria por tempo de contribuição, nos moldes que temos até o presente momento. Entendo que é momento da introdução do limitador etário no Regime Geral de Previdência Social com ampla discussão e embasada em aspectos técnicos e demográficos para o estabelecimento do padrão da idade mínima. (...) O certo é que nossos idosos de hoje são diferentes dos nossos idosos do passado. E o envelhecimento varia de país para país e de acordo com os índices de qualidade de vida. Sendo assim, cabe a cada país determinar via acordo/consenso social a idade como marco legal para a entrega da aposentadoria. A manutenção da aposentadoria por tempo de contribuição rompe com o princípio do período razoável de gozo de aposentadoria. Hoje, é bastante comum encontrarmos aposentados que fruíram do sistema tanto ou mais do que efetivamente contribuíram. Isto rompe com a ideia de uma previdência social, baseada na solidariedade.⁷ (HORVATH JÚNIOR, 2018, p. 766-767).

Há que se lembrar, portanto, que sempre haverá um pacto de solidariedade, intergeracional, quando estamos tratando de aposentadorias, especialmente quando o regime é de repartição, como é o brasileiro. Esse pacto de repartição é o que podemos nominar como princípio da solidariedade, que assim pode ser compreendido:

Princípio da solidariedade – a Previdência Social se baseia, fundamentalmente, na solidariedade entre os membros da sociedade. Assim, como

7. HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 766-767.

a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. Uma vez que a coletividade se recuse a tomar como sua tal responsabilidade, cessa qualquer possibilidade de manutenção de um sistema universal de proteção social.⁸

Assim, os mais jovens cidadãos, através do recolhimento de suas contribuições, trabalham para, de certo modo, pagar as aposentadorias dos cidadãos mais idosos, havendo, excepcionalmente, casos de aposentados que continuam a trabalhar e a financiar o RGPS e sua própria aposentadoria, conseqüentemente. Todavia, se não houver uma limitação de idade, veremos, cada vez mais, jovens e adultos (entre 18 e 47 anos), juntamente com adultos não tão idosos, mas em plena capacidade laborativa (entre 48 e 60 anos de idade), dividindo o mercado de trabalho; só que, mesmo que hipoteticamente exerçam funções laborais idênticas, um deles terá apenas o seu salário, enquanto o outro terá seu salário e sua aposentadoria, o que é relativamente comum em grandes empresas com quadro de carreiras estruturado, como Petrobrás e Eletrobrás, por exemplo. Mesmo diante da maior experiência profissional dos adultos entre 48 e 60 anos, essa situação não nos parece um quadro fático justo, diante da flagrante desigualdade estabelecida e da necessidade de repartição simples de despesas de um sistema previdenciário que se pretenda sustentável.

Aliás, é difícil até compreender a manutenção da aposentadoria por tempo de contribuição na forma simplória que atualmente temos, concedida apenas com base em um determinado tempo de contribuição, sob uma análise muito simples: que risco social é protegido ao se conceder uma

8. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 88.

aposentadoria a um cidadão com algo em torno dos 50 anos de idade, com saúde plena, e que ainda vai continuar trabalhando?

Não há risco social, observem, atrelado à aposentadoria por tempo de contribuição, diferentemente de todas as outras espécies de benefícios e aposentadorias da Previdência Social. Portanto, esta fixação de uma idade mínima, para aposentadorias regulares e programáveis, seria uma das medidas que se poderia pensar como necessária e legítima em uma reforma da Previdência. Isso permitiria, inclusive, o fim do famigerado fator previdenciário, que passaria a não ser mais justificável, nem necessário.

Nessa linha de pensamento, uma alternativa já se encontra vigente, à vista de nossos olhos. Excluir a possibilidade de uma aposentadoria exclusivamente por tempo de contribuição e considerar que, para a única hipótese para a concessão de uma aposentadoria programável, seria o autor possuir uma soma de idade com tempo de contribuição mínimo, o que já é uma realidade desde a edição da MP nº 676/2015 – que permitiu a aposentadoria pelo uso da tabela 96/86 e seus aumentos progressivos (em 31 de dezembro de 2020 será de 97/87 pontos), com o benefício de não se utilizar do fator previdenciário nesses casos. Uma medida como essa faria da aposentadoria da tabela 96/86 uma regra, observada a progressividade de tal tabela (como já ocorre no art. 29-C da Lei nº 8.213/91, que poderia sofrer alguns poucos ajustes), e permitiria evitar aposentadorias precoces, sem necessariamente estipular uma idade mínima, preservando o direito ao descanso remunerado (que caracteriza qualquer aposentadoria), mesmo para aqueles que, na realidade sociológica brasileira, começam a trabalhar ainda muito jovens. Seria uma espécie de consagração mista do fator idade com a premiação a quem detiver tempo de contribuição mais longo, tendo trabalhado desde muito cedo. Excepcionalmente, permitir-se-ia a aposentadoria por idade estrita, como já a conhecemos, àqueles trabalhadores que não detivessem tal soma, mas chegassem à determinada idade (que poderia ser idêntica à atual, 65/60 anos, homem/mulher) com um período mínimo de contribuições

(que poderia ser idêntico ao que atualmente é aplicado, de 180 contribuições mensais).

Mas, em se fixando uma idade mínima, os limites etários deverão ser fixados de modo gradativo, em um prazo de 15 a 20 anos, aumentando a idade mínima paulatinamente, ano a ano, para que se respeite a segurança jurídica e a confiança legítima que os cidadãos depositam nos atos legislativos que se encontram em vigor.

Uma regra de transição interessante, nesse sentido, foi estabelecida pela PEC nº 287-A/2016, e poderia ser aproveitada em uma boa e completa reforma da previdência, caso venha a ser fixada uma idade mínima. Trata-se do art. 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da PEC:

Art. 10. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas no § 7º do art. 201 da Constituição, o segurado filiado ao regime geral de previdência social até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzidos em cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para o segurado de que trata o § 8º do art. 195 da Constituição, observado o disposto nos §§ 2º e 3º;

II – cento e oitenta contribuições mensais, crescendo-se, a partir do primeiro dia do terceiro exercício financeiro imediatamente subsequente à data de publicação desta Emenda, seis contribuições mensais a cada ano, exceto para os segurados referidos no § 8º do art. 195 da Constituição, até trezentas contribuições mensais.

§ 1º A redução do limite de idade previsto no inciso I do *caput* somente se aplica ao segurado que cumprir o requisito referido no inciso II do *caput* integralmente em atividade rural, ainda que de forma descontínua, cabendo-lhe comprovar esse tempo na forma da legislação vigente à época do exercício da atividade, substituindo-se eventual exigência de

declaração sindical pela declaração do próprio segurado, acompanhada de razoável início de prova material.

§ 2º A partir do primeiro dia do terceiro exercício subsequente à data de publicação desta Emenda, as idades previstas no inciso I do caput serão acrescidas, até os respectivos limites de idade previstos nos incisos I e II do § 7º do art. 201 da Constituição, em um ano a cada dois anos.”

É relevante salientar que toda e qualquer reforma previdenciária não pode deixar de corresponder às expectativas do direito individual de todo cidadão a trabalhar, do direito ao trabalho, valor social fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, inc. IV, da CRFB), direito individual previsto no art. 5º, inciso XIII, da CRFB (“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”) e direito social previsto no art. 6º, *caput*, da CRFB, ao lado da previdência social (“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”). Enquanto direito individual, percebe-se a função do trabalho enquanto liberdade, mas, acima de tudo, enquanto direito social, nota-se o trabalho sendo um direito. Aldacy Rachid Coutinho assim comenta o art. 6º da CRFB:

Para além do substrato da liberdade como pressuposto, constituiu-se o trabalho como direito subjetivo. Socialmente a exaltação do trabalho tem o seu ápice na identificação do trabalho como direito fundamental social, consoante previsão inserta no art. 6º da Constituição Federal de 1988, instituindo a impossibilidade de o não trabalho ser tido como uma contravenção, isto é, “crime de vadiagem”, tido como um caso de polícia. *A contradição do nosso tempo reside no fato de que, ao mesmo tempo em que se dá a exaltação do trabalho na expressão de um direito universal, está-se diante de um período de desemprego endêmico, que projeta a adoção*

do princípio do pleno emprego. A ausência de postos de trabalho causa a exclusão social, para além de afetar a saúde mental, pois a perda da possibilidade de exercerem direito ao trabalho gera um sentimento de fracasso. O sucesso profissional é fator de integração social: o trabalhador é a empresa, a profissão que exerce, o cargo que ocupa, o salário que auferir, os bens que consome. O avanço no direito fundamental social – do qual é o direito ao trabalho espécie mais expressiva – traz consigo restrições ao puro individualismo e ao liberalismo clássico, em particular na seara contratual e na propriedade que os funcionaliza. (grifo nosso).⁹

Nesse sentido do trabalho enquanto um direito fundamental, a ser compatibilizado aos direitos previdenciários, é importante compreender que a fixação, pelo Estado, de uma idade mínima alta para aposentadoria no RGPS, poderá ter efeitos perversos no mercado de trabalho, e não é possível pensar em uma reforma previdenciária sem estimar os efeitos trabalhistas dessa reforma. Se se estipula uma idade mínima alta para o trabalhador se aposentar, como, por exemplo, 67 anos para homens e 64 anos para as mulheres, algumas realidades perversas poderão se apresentar. Selecciono duas delas, no meu entender muito graves. A primeira é a permanência de mais trabalhadores idosos no ambiente de trabalho (especialmente quando os trabalhadores possuem alta capacidade intelectual e experiência profissional), reduzindo postos de trabalho para os mais jovens; e a segunda é o fato de que alguns desses idosos estarão com a saúde e capacidade laborativa debilitada e não terão atingido a idade mínima, o que poderá levar a demissões e dramas relacionados ao desemprego e à dificuldade de recolocação de pessoas idosas no mercado de trabalho. No primeiro caso, estaremos proporcionando desemprego de trabalhadores jovens e dificuldade de sua inserção no mercado de trabalho; no segundo caso, desemprego de

9. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 551.

trabalhadores idosos ou pré-idosos, que ainda não possuem a idade para a aposentadoria. De um jeito ou de outro – grife-se –, a fixação de idades mínimas altas propiciará um risco social dos mais tormentosos, que é o desemprego, e, só por esse motivo, deve ser evitada.

Outro ponto que as reformas da Previdência brasileiras nunca abordaram, quando falam em modificar regras das aposentadorias, é o risco social do desemprego de longo prazo, com mais de três anos de afastamento de toda e qualquer atividade laboral que permita o sustento do cidadão. Esse é um dos mais graves riscos sociais de que se tem notícia modernamente, e não recebe proteção social adequada por parte do Estado brasileiro. Caso seja aprovada alguma reforma constitucional da previdência, com a estipulação de uma idade mínima para a concessão de aposentadorias programáveis, será indispensável que se proteja esse trabalhador que não tenha o tempo mínimo de contribuição/carência e que já tenha uma idade mínima a ser determinada, propiciando-lhe uma aposentadoria, ainda que proporcional, para que sobreviva e se sustente dignamente, ao avançar sua idade. Países como Portugal e Espanha, por exemplo, com regime previdenciário constituído, justo e equilibrado, quando preveem uma idade mínima para aposentadoria, também preveem alguma espécie de aposentadoria proporcional para esses casos, com uma idade mínima (que é nominada também como idade de referência) e um tempo de contribuição um pouco menores.

Por fim, a nova forma de cálculo, trazida na última versão da PEC nº 287, também contém relevante disposição, que valoriza mais os últimos anos de contribuição do trabalhador, aumentando o percentual da aposentadoria, progressivamente, conforme o trabalhador tenha entre 15 e 40 anos de contribuição. Trata-se do art. 201, § 8º-B, a ser inserido no texto constitucional, na seguinte forma:

§ 8º-B O valor da aposentadoria, por ocasião da sua concessão, corresponderá:

I – nas hipóteses do inciso II do § 1º, do inciso I do § 7º e do § 8º, a 60% (sessenta por cento) da média referida no § 8º-A, observando-se, para as

contribuições que excederem o tempo de contribuição mínimo exigido para concessão do benefício, os seguintes acréscimos, até o limite de 100% (cem por cento), incidentes sobre a mesma média:

- a) do primeiro ao décimo grupo de doze contribuições adicionais, 1 (um) ponto percentual por grupo;
- b) do décimo-primeiro ao décimo-quinto grupo de doze contribuições adicionais, 1,5 (um inteiro e cinco décimos) pontos percentuais por grupo;
- c) do décimo-sexto ao vigésimo grupo de doze contribuições adicionais, 2 (dois) pontos percentuais por grupo;
- d) a partir do vigésimo-primeiro grupo de doze contribuições adicionais, 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais por grupo;

Nota-se, assim, que os *payoffs* para a Previdência Social serão positivos, em quaisquer dessas modificações que venham a ser aprovadas no curso da Reforma da Previdência, enquanto para o segurado os *payoffs* serão menos prejudiciais para o caso de se restringirem as aposentadorias ao regime de soma de idade com um tempo de contribuição mínimo, já existente e bem acolhido, pois não incide fator previdenciário no cálculo das aposentadorias.

6. APOSENTADORIAS E FATOR PREVIDENCIÁRIO

Caso a reforma previdenciária não consiga discutir um padrão de aposentadoria com idade mínima, ou com o uso de tabelas de soma de idade com tempo de contribuição mínimo, inevitavelmente a aposentadoria por tempo de contribuição permanecerá na forma como se encontra. Na forma de cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição, por sua vez, incide o fator previdenciário, conforme dispõe o art. 29 da Lei nº 8.213/91. A intenção do legislador, ao criar o fator previdenciário, foi desestimular as aposentadorias precoces, tendo em vista a derrota do Governo de então, ao não conseguir aprovar uma idade mínima para a aposentadoria no RGPS, no curso da EC

nº 20/98. Logo em seguida, em 1999, diante de uma realidade de aumento crescente da expectativa de vida, editou-se a Lei nº 9.876, de 29 de novembro de 1999, instituído com a intenção de coibir as aposentadorias por tempo de contribuição precoces. Trata-se da seguinte fórmula matemática:

Cálculo do fator previdenciário

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

Onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Pela lógica formal contida no fator previdenciário, considerada a data da aposentadoria, quanto maior for a idade e/ou o tempo de contribuição, maior será o fator; de outro lado, quanto maior for a expectativa de sobrevivência, menor será o fator. Calculado o fator previdenciário, ele é multiplicado pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, nos termos do art. 29, inc. I, da Lei nº 8.213/91, obtendo-se, assim, o salário-de-benefício do trabalhador que está solicitando sua aposentadoria. Ou seja, é muito interessante ao trabalhador que seu fator previdenciário sempre seja maior que 1, o que aumentaria o valor de sua aposentadoria, ao multiplicar pela média de seus salários.

Visando a estimular que as pessoas permaneçam no mercado de trabalho e adiem suas aposentadorias, a legislação permite que não haja a incidência do fator previdenciário para algumas espécies de aposentadorias. Nestes

termos, o art. 7º da Lei nº 9.876/99¹⁰ já previa a possibilidade de aplicação facultativa do fator para a aposentadoria por idade; do mesmo modo, para a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, nos termos do art. 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 142/2013.¹¹ E, por fim, nas aposentadorias por tempo de contribuição em que a soma da idade e do tempo de contribuição resultarem em 95 pontos (homem) e 85 pontos (mulher), na redação do art. 29-C da Lei nº 8.213/91.¹²

Note-se que, na redação da Lei Complementar nº 142/2013, há a determinação para que se aplique o que chamaremos de *fator previdenciário positivo*, que é aquele que resulta em uma renda mensal mais elevada para a pessoa que pede a aposentadoria. Diferentemente, os dispositivos da Lei nº 9.876/99 e da Lei nº 8.213/91 apenas permitem a opção pela não aplicação do fator – ou seja, ou o fator será inferior a 1 e nesse caso não se aplicaria por ser desvantajoso, ou o fator será superior a 1 e nesse caso também não se aplicaria por não haver autorização legal.

Obviamente, isso deve ser corrigido, estimulando uma nova interpretação ao fator previdenciário, para que o trabalhador se veja estimulado a ficar mais tempo recolhendo suas contribuições ao RGPS sem se aposentar, e tenha como retribuição um fator previdenciário maior, *positivo*, que permita uma renda de aposentadoria maior, no futuro.

Em nosso entendimento, o art. 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 142/2013, poderia ser utilizado como medida para as demais aposentado-

10. “Art. 7º É garantido ao segurado com direito a aposentadoria por idade a opção pela não aplicação do fator previdenciário a que se refere o art. 29 da Lei nº 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.”

11. “Art. 9º Aplicam-se à pessoa com deficiência de que trata esta Lei Complementar: I – o fator previdenciário nas aposentadorias, se resultar em renda mensal de valor mais elevado.”

12. “Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for: I – igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou II – igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.”

rias, que deveriam permitir a aplicação do que denominaríamos de fator previdenciário positivo a todo tipo de aposentadoria.

De certo modo, esse entendimento é parcialmente acolhido pelo INSS, que permite a aplicação do fator positivo para a aposentadoria por idade, nos termos do art. 181, parágrafo único, da Instrução Normativa nº 77/2015,¹³ da autarquia previdenciária. Todavia, essa forma de cálculo ainda não é aplicada para as aposentadorias por tempo de contribuição com 95/85 pontos (art. 29-C da Lei nº 8.213/91), o que demanda ajustes na concessão dessas aposentadorias por parte de qualquer reforma da previdência futura, para o caso de se ver mantido o fator previdenciário.

Em suma, o fator previdenciário superior a 1 deveria ser considerado para todo e qualquer tipo de aposentadoria, o que incrementaria os *payoffs* daqueles segurados que aguardam um tempo maior para se aposentar, bem como os *payoffs* da Previdência Social, que reduziria o tempo total de pagamento das aposentadorias.

Por outro lado, é interessante observar como que uma aposentadoria programável também se destacasse como uma medida econômica mais interessante ao trabalhador. Trato, aqui, da aposentadoria especial, para a qual a legislação excluiu a incidência do fator previdenciário, conforme se vê do art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91. Consiste em uma aposentadoria que é concedida, com fundamento na igualdade real, com tempo de contribuição menor, aos trabalhadores que exerçam atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, conforme determina o art. 201, § 1º, da Constituição Federal. Perceba-se que a compensação para o sofrimento maior da saúde e inte-

13. “Art. 181. O fator previdenciário de que trata o art. 180 será aplicado para fins de cálculo da renda mensal inicial – RMI de aposentadoria por tempo de contribuição, inclusive de professor, observando que será adicionado ao tempo de contribuição do segurado: I – cinco anos, se mulher; II – cinco anos, se professor que exclusivamente comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou médio; e III – dez anos, se professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, ensino fundamental ou médio. Parágrafo único. Ao segurado com direito à aposentadoria por idade prevista no inciso II do art. 185 e para as aposentadorias previstas na LC nº 142, de 8 de maio de 2013, e no art. 425 desta IN, é assegurada a aplicação do fator previdenciário, se for mais vantajoso.”

gridade física desse trabalhador já é realizada por ocasião da exigência de um tempo menor de contribuição. Todavia, como parte do jogo político, diante da implementação de algo tão negativamente afamado, o legislador aprovou a Lei nº 9.876/99, prevendo a exclusão desse fator para as aposentadorias especiais. Não observou, entretanto, que se tratava, materialmente, de uma aposentadoria tão programável quanto uma aposentadoria por tempo de contribuição regular. Sua forma de cálculo deveria ser a mesma, e não foi assim que ocorreu.

Não percebeu o legislador que, com isso, estimularia uma enxurrada de pedidos administrativos e ações judiciais, em que se pleiteia a revisão ou a concessão de uma aposentadoria especial, apenas para que sobre ela não incida o famigerado fator previdenciário. Até mesmo a possibilidade de fraudes, com vistas ao benefício especial mais vantajoso, começa a aparecer com alguma frequência, através da utilização de documentos fraudulentos e inserção de dados falsos que serviriam à comprovação do exercício de atividades em condições especiais, permitindo se aposentar mais cedo e sem a incidência do fator previdenciário.¹⁴

Essa compreensão da vida laboral como especial, para cada indivíduo, exacerbando lides, denota certo comprometimento competitivo do trabalhador, que passa a ver na Previdência Social um inimigo que está prestes a indeferir um pedido seu. Assim, ambas as aposentadorias programáveis (tempo de contribuição e especial), que deveriam ter a mesma forma de cálculo, passaram a ter desigualdades odiosas e um desestímulo à cooperação entre os envolvidos.

7. O MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

A figura do microempreendedor individual (MEI) é assim disciplinada na Lei Complementar nº 123/2012, em seu art. 18-A:

14. Neste sentido: <http://www.previdencia.gov.br/2018/12/operacao-investiga-fraude-em-aposentadorias-especiais-em-mossoro-rn/>. Acesso em: 08 jan. 2019. <https://extra.globo.com/noticias/economia/forca-tarefa-desmonta-esquema-de-fraude-em-aposentadorias-especiais-do-inss-em-sp-23260990.html>. Acesso em: 08 jan. 2019.

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual – MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

§ 2º No caso de início de atividades, o limite de que trata o § 1º será de R\$ 6.750,00 (seis mil, setecentos e cinquenta reais) multiplicados pelo número de meses compreendido entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro.

A Lei nº 8.212/91¹⁵ permite que esse mesmo microempreendedor individual, que pode auferir uma renda mensal de até R\$ 6.750,00, recolha apenas a contribuição previdenciária de 5% do salário-mínimo, o que lhe acarretará apenas que essa contribuição não seja computada para fins de concessão de uma futura aposentadoria por tempo de contribuição. Em termos atuais, o salário-mínimo de 2019 é de R\$ 998,00, de modo que um microempreendedor individual pode vir a recolher apenas R\$ 49,90 que, ainda que aufera renda mensal igual ao valor máximo de R\$ 6.750,00, estará vinculado ao RGPS, com direito a qualquer benefício, exceto a aposentadoria por tem-

15. “Lei 8.212/91: Art. 21. (...) § 2º No caso de opção pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a alíquota de contribuição incidente sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição será de: (...) II – 5% (cinco por cento): a) no caso do microempreendedor individual, de que trata o *art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*”

po de contribuição. Isto é, inegavelmente, uma concessão excessiva a esta espécie de contribuinte.

Apenas a título ilustrativo, suponha-se que um segurado neste perfil recolha apenas 5% do salário-mínimo, por quinze anos, dos 50 aos 65 anos de idade, ao final das 180 contribuições ele terá recolhido, sem a correção monetária, cerca de R\$ 8.982,00. Se este mesmo microempreendedor individual obtiver um faturamento próximo ao teto de R\$ 6.750,00, ele obtém esse valor referente a quinze anos de contribuições em menos de um mês e meio! Há, notoriamente, algo de muito desproporcional nesta conta, e em desfavor dos cofres da Previdência Social.

Em nosso entendimento, essa contribuição do microempreendedor individual deve ser igualada à contribuição de qualquer outro empreendedor, titular de firma individual urbana ou rural (art. 12, inc. V, alínea f, da Lei nº 8.212/91), ou seja, com uma alíquota de 20% (vinte por cento) sobre o salário-de-contribuição, nos moldes do que já determina o art. 21 da Lei nº 8.212/91, para os contribuintes individuais e segurados facultativos.

Em verdade, essa possibilidade de contribuição diminuta só tem razoabilidade para aqueles casos descritos nos §§ 12 e 13¹⁶ do art. 201 da Constituição Federal, inseridos pela EC nº 47/2005, nos quais se encontram dispositivos de inclusão previdenciária para pessoas de baixa renda ou nenhuma renda. Não se trata, obviamente, da situação de um microempreendedor individual.

Ademais, quando se fala de microempreendedor individual, deve ser lembrado também o fenômeno da “pejotização”, que consiste em transformar o trabalhador celetista em microempreendedor individual, em

16. “Art. 201. (...) § 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. § 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.”

verdadeira elisão de direitos trabalhistas. Em relevante modificação, a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), com vigência a partir de 13 de novembro de 2017, em seu art. 2º, alterou importante dispositivo da Lei nº 6.019/74, permitindo-se, através do art. 4º-A, a terceirização ampla e irrestrita de quaisquer atividades da empresa, *inclusive sua atividade principal*, para qualquer pessoa jurídica de direito privado, inclusive MEI, o que permite a contratação de microempreendedores individuais em substituição a empregados celetistas com direitos assegurados. Independentemente da “quarentena” de dezoito meses do trabalhador em relação ao ex-empregador (art. 5º-D da Lei nº 6.019/74), fato é que as empresas, em busca de maior lucro, acabarão demitindo funcionários para a contratação de microempreendedores individuais, e continuarão exercendo sobre eles a mesma superioridade hierárquica e econômica, além de subordinação, que exerciam quando eram empregadores; todavia, sem os custos previdenciários pertinentes.

Em outras palavras (ou números): se em uma relação de emprego convencional se tem uma contribuição da empresa de 20% (art. 22, inc. I, Lei nº 8.212/91) e do trabalhador de 11% (art. 20 da Lei nº 8.212/91), ambas calculadas sobre a remuneração do trabalhador, com a Reforma produzida pela Lei nº 13.467/2017, tudo isto pode estar resumido a 5% de um salário-mínimo. Ou seja, um trabalhador com renda mensal de R\$ 6.750,00, que estivesse em contrato de trabalho regular com seu empregador, refletiria em recolhimentos previdenciários de R\$ 2.092,50 por mês (31%) aos cofres da Previdência. Agora, com a reforma trabalhista e a terceirização ampla e irrestrita, a empresa contratante da terceirização e também o trabalhador deixarão de recolher suas contribuições nesses patamares, e os custos previdenciários da relação serão cobertos unicamente com a contribuição do microempreendedor individual, que pode ser de apenas 5% do salário mínimo (R\$ 49,90). Ou seja, uma diferença de 97,6% de renúncia fiscal para cada trabalhador nessa condição! Nesse ponto, é importante ressaltar que, antes mesmo da Reforma Trabalhista, apenas com essa alíquota

de 5% sobre o salário-mínimo, o próprio Governo Federal que propôs as alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já afirmava que essa contribuição representava uma renúncia anual de cerca de 1,7 bilhão de reais, só para o ano de 2017.¹⁷

Com essas alterações, os *payoffs* do segurado teriam um importante incremento, com o aumento da média de suas contribuições, mesma situação dos *payoffs* do INSS, que arrecadaria contribuições maiores.

8. CONCLUSÃO

Vimos que, à luz do ordenamento atual, um pedido de aposentadoria pode se transformar em uma relação altamente conflituosa, um jogo competitivo, entre a Previdência Social e o segurado.

Em diversas situações, teremos um pleito de aposentadoria que buscará fugir à incidência do fator previdenciário. Em outras situações, como vimos, a urgência, acompanhada de assimetria de informações, pode apontar para um pleito apressado de aposentadoria com preenchimento de requisitos mais brandos, ainda que economicamente desinteressantes.

Esse é um jogo que poderia ser mais cooperativo, com a mudança de algumas regras da legislação previdenciária, mas também com modificações de postura da Administração Pública brasileira, como demonstramos no curso do texto. Se bem realizadas, essas mudanças de postura poderão acarretar em incremento de legitimidade do Estado, inclusive.

Maior acesso à informação de qualidade deveria ser propiciado pelo INSS, com raciocínios corretamente consequencialistas, demonstrando-se qual seria a melhor época para aposentadoria de cada trabalhador, o que implicaria em *payoffs* maiores para ambas as partes.

17. Disponível em: <http://revistapegn.globo.com/MEI/noticia/2017/04/reforma-trabalhista-pode-permitir-microempreendedor-terceirizado-.html>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Nesse ponto, informações importantes para a análise e juízo de oportunidade do pedido de aposentadoria poderiam ser melhor orientadas à população, o que raramente ocorre.

Por fim, visando contribuir com as discussões da reforma da Previdência e seus aspectos econômico-financeiros, apresentamos algumas sugestões que poderiam ser validadas, para aumentar os *payoffs* da Previdência Social, nos jogos previdenciários em que participa, como a fixação de uma idade mínima para aposentadoria, a progressividade percentual do tempo de contribuição do trabalhador, a reavaliação da aplicabilidade do fator previdenciário nas aposentadorias programáveis e quando for superior a 1, a modificação da tributação de microempreendedores individuais e a consideração de parcelas de seguro-desemprego como salários de contribuição.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do Direito da Seguridade Social*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Sobre os coordenadores

Armando Castelar Pinheiro – Coordenador de Economia Aplicada do Instituto Brasileiro de Economia (FGV Ibre) e professor da FGV Direito Rio e do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Foi analista da Gávea Investimento, pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e chefe do Departamento Econômico do BNDES. É Ph.D em Economia pela Universidade da Califórnia (Berkeley), mestre em Administração pela COPPEAD/UFRJ e em Estatística pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA) e também Engenheiro Eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). É membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e articulista dos jornais *Valor Econômico* e *Correio Braziliense*.

Antônio José Maristrello Porto – Doutorado (*Doctor of the Science of Law – J.S.D.*) e mestrado (*Master of Laws – LL.M.*) pela University of Illinois. Professor da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Vice-diretor e coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio. Foi presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE).

Marcus Abraham – Pós-doutorado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e também pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2005), mestre em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes (2000). Tem MBA em Direito Empresarial pela EMERJ/CEE (1998), graduação em Administração pela Universidade Candido Mendes (1996) e graduação em Direito pela Universidade Candido Mendes (1992). Foi diretor da Associação Brasileira de Direito Financeiro (2006-2013) e Procurador da Fazenda Nacional (2000 – 2012). Atualmente, é Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. É Professor de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), na categoria de Professor Adjunto (2006–2016) e de Professor Associado (desde 2016), bem como membro da Diretoria da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF).

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio – Professora da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Pesquisadora do CPDE. Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Sobre os autores

Carla Teresa Bonfadini de Sá – Graduação e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente é Juíza Federal – Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro – Seção Judiciária do RJ.

Carlos Adriano Miranda Bandeira – Juiz Federal Substituto desde 2015. Graduação em Direito pela UERJ e especialização em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Graduação em Comunicação Social – Jornalismo pela UFRJ.

Caroline Medeiros e Silva – Graduação em Direito pela UERJ, pós-graduação em Propriedade Intelectual e Direito Patentário (PUC) e mestrado em Direito Internacional (UERJ). Atualmente é magistrado – Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro – Seção Judiciária do RJ.

Caroline Somesom Tauk – Juíza Federal desde 2012. Mestrado em Direito Público pela UERJ e *Visiting Scholar* em Columbia Law School. Membro da Comissão de Direito da Propriedade Industrial e Intelectual e Direito Econômico da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF. Ex-

-Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) e ex-Advogada da Advocacia-Geral da União (AGU).

Daniela Berwanger Martins – Juíza Federal Substituta do TRF da 2ª Região. Bacharel em Direito pela PUC Goiás. Pós-graduanda em Direito Público pela PUC Minas.

Fabiola Utzig Haselof – *Visiting Researcher Fordham University New York*. Doutoranda em Processo pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bacharel em Direito pela UERJ. Juíza Federal Titular da 2ª Vara Federal Criminal de Volta Redonda – Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro – Seção Judiciária do RJ desde 2005.

Gabriela Arruda – Juíza Federal Titular da 2ª Região.

Guilherme Bollorini – Graduação e mestrado em Direito pela UERJ. Foi advogado da Caixa Econômica Federal entre 1992 e 1997. Atualmente é Juiz Federal da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro – Seção Judiciária do RJ. Professor universitário e de cursos preparatórios.

Marcella Araujo da Nova Brandão – Juíza Federal Titular da 2ª Região. Mestre em Poder Judiciário pela FGV.

Marcos Paulo Secioso – Graduação em Engenharia Eletrônica e Direito. Pós-graduação em Psicologia Analítica e mestrado em Filosofia. Cursos de Extensão em Economia (2018-2019). Foi Auditor Fiscal por 13 anos (1997-2010) e, atualmente, é Juiz Federal no Rio de Janeiro.

Maria Izabel Gomes Sant’Anna de Araujo – Graduação em Direito pela PUC-Rio. Atualmente é Juíza Federal Substituta do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

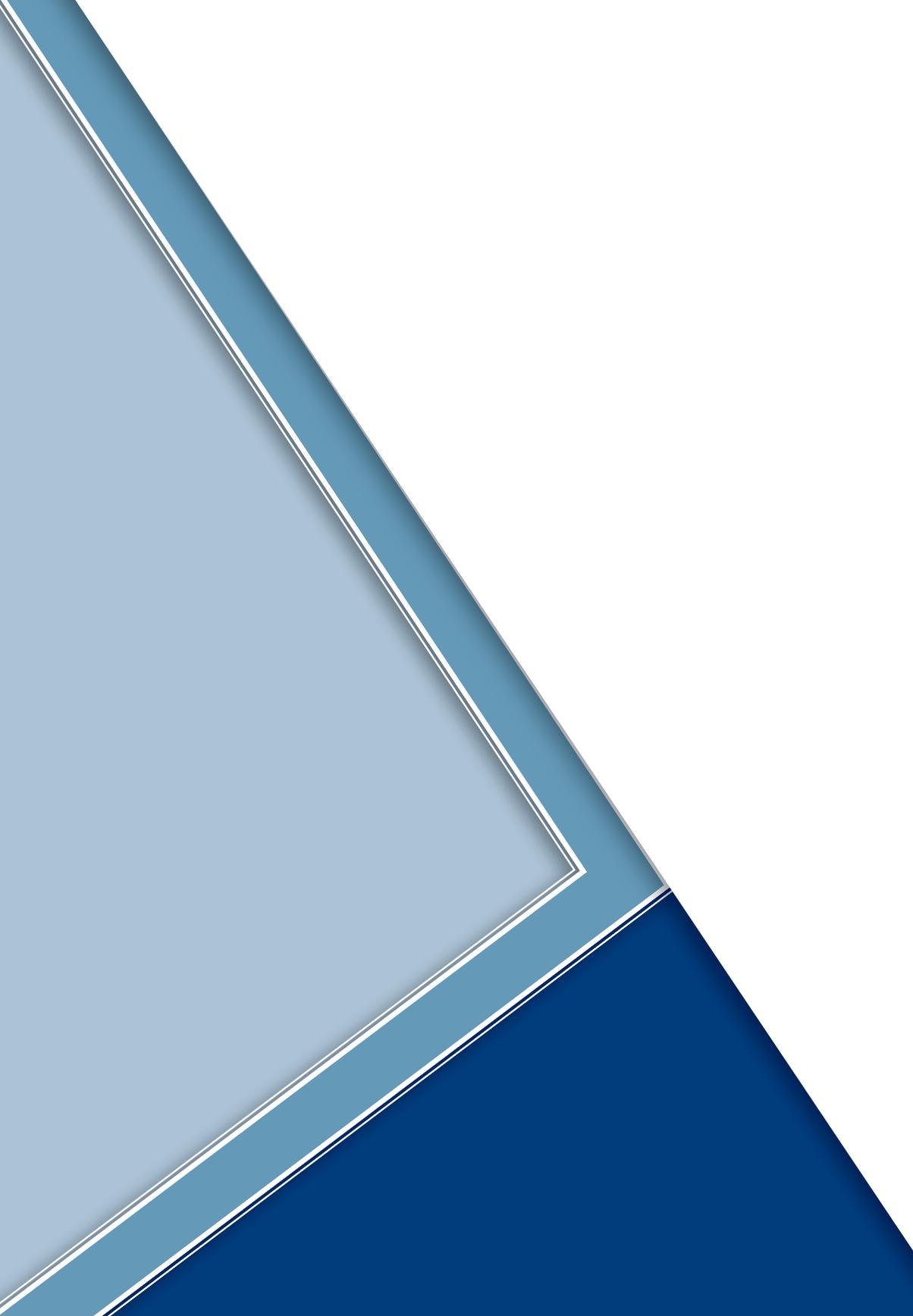
Matheus Lollí Pazeto – Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal de Volta Redonda/RJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Priscilla Pereira da Costa Corrêa – Mestrado em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduação em Direito pela Universidade Candido Mendes, Centro. Juíza Federal Titular – Seção Judiciária do RJ. Juíza formadora da ENFAM. Juíza instrutora na Seção Judiciária do RJ e no TRF2. Ministra Técnica de Sentença Cível e Criminal; Execução Fiscal e Ações Tributárias. Meios Consensuais de Soluções de Conflitos. Docente do mestrado da Enfam, e Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito, Desenvolvimento e impacto das decisões judiciais”, no PPGDP/Enfam.

Sérgio Bocayuva Dias – Graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público (2010). Mestre e doutorando pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Atuou como advogado de 2007 a novembro de 2010, quando assumiu o cargo de analista judiciário na Seção Judiciária de Mato Grosso. Juiz Federal Substituto do TRF da 2ª Região.

Victor Roberto Corrêa – Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da UFF. Mestre em Justiça Administrativa (PPGJA/UFF). Membro da Comissão de Direito da Seguridade Social da EMARF, do TRF2. Juiz Federal desde 2008, atualmente com vinculação ao 11º Juizado Especial Federal, da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, exclusivamente de matéria previdenciária. Procurador Federal, com atuação na Procuradoria Federal Especializada do INSS, de 2006 a 2008. Foi professor substituto de Direito Previdenciário da UERJ. Professor convidado do Instituto Latino-Americano de Direito Social (IDS América Latina) (2014-2016) e do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (2016-2018).

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica
Warnoock Pro, no ano de 2020.



“No dia a dia, juízes tomam decisões com relevantes impactos econômicos. Decisões sobre conflitos de massa, por exemplo, podem ter efeitos sobre a macroeconomia, a empregabilidade ou as finanças públicas. Além disso, é comum o magistrado analisar casos envolvendo mercados que apresentam falhas e, por isso, são objeto de regulação. Há, ainda, situações em que são chamados a avaliar demandas que envolvem situações de captura, dentre tantas outras interseções. O objetivo deste livro é diminuir o hiato existente entre os estudos nos mundos jurídico e econômico.”

Marcus Abraham

Desembargador Federal,
TRF da 2ª Região.

