

## ORGANIZADORES:

Amanda Flávio de Oliveira  
Fernando Boarato Meneguim  
Adriana Cuoco Portugal  
Lyza Anzanello de Azevedo  
Roberto Pimenta

# Law and Economics: Entre a história e temas contemporâneos

## AUTORES:

Adriana Cuoco Portugal	Maurício Soares Bugarin
Bárbara Mendes Peres	Paulo Bernardo Fonseca de Romero
Diogo Augusto Vidal Padre	Roberto de Castro Pimenta
Eugênio Battesini	Roberto Hermidas de Aragão Neto
Felipe Vieira Pontes	Rômulo Hannig Gonçalves da Silva
Gustavo José de Deus Souza Gomes	Victor Frank Corso Semple
Mateo Scudeler	Tadeu Alves Sena Gomes





## **Law and Economics: Entre a história e temas contemporâneos**

### Ficha catalográfica

Law and economics [livro eletrônico]: entre a história e temas contemporâneos / organizadores Amanda Flávio de Oliveira...[et al.]. -- Brasília, DF: WebAdvocacy - Defesa da Concorrência, 2021. Mobi

Vários autores.

Outros organizadores: Fernando Boarato Meneguim,  
Adriana Cuoco Portugal, Lyza Anzanello de Azevedo,  
Roberto Pimenta.

Bibliografia

ISBN 978-65-995241-6-5

21-85687  
CDU-347:33



**Realização e execução**

## Sumário

Apresentação – GEDE: Uma história - .....	4
Amanda Flávio de Oliveira	
Fernando Boarato Meneguim	
A História do Pensamento em Direito e Economia revisitada: dos precursores à pós-modernidade .....	9
Eugênio Battesini	
O ativismo judicial em políticas públicas: uma abordagem à luz da economia política robusta.....	105
Diogo Augusto Vidal Padre	
Consequencialismo e a nova LINDB: qual o padrão decisório almejado? O artigo 20 à luz do pragmatismo jurídico de Posner, da integridade do Direito de Dworkin e do consequencialismo normativo de MacCormick .....	135
Roberto de Castro Pimenta	
Tempo e ameaça: fatores de fortalecimento da revisão legislativa na tramitação de medidas provisórias.....	166
Roberto Hermidas de Aragão Neto	
Gustavo José de Deus Souza Gomes	
A importância da Análise de Impacto Regulatório e as consequências da sua não utilização na atuação estatal frente à pandemia da Covid-19: análise da Lei nº 14.151/2021 .....	181
Bárbara Mendes Peres	
Rômulo Hannig Gonçalves da Silva	
Karlsruhe ilimitado: a Alemanha faz as regras, quem cumpre são os outros.....	204
Mateo Scudeler	
Victor Frank Corso Semple	
A influência de Ronald Coase na reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências .....	238
Tadeu Alves Sena Gomes	
O modelo brasileiro de Neutralidade de Rede para a Análise Econômica do Direito .	267
Felipe Vieira Pontes	
Paulo Bernardo Fonseca de Romero	
Licitações com orçamento sigiloso e negociação: uma análise de teoria dos leilões para o caso de valores privados .....	295
Maurício Soares Bugarin	
Adriana Cuoco Portugal	

## **Apresentação – GEDE: Uma história -**

*“Seja como for, sua vida encontrará (...)  
caminhos próprios,  
e que eles sejam bons, ricos e vastos...”*

Rainer Maria Rilke

**Amanda Flávio de Oliveira**

**Fernando Boarato Meneguim**

Este livro constitui a primeira publicação do gênero de um projeto que nos faz muito felizes: o GEDE, Grupo de Estudos em Direito e Economia, uma iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Sobretudo, este livro representa o fruto de um agradável *encontro* de pessoas que nutrem, em comum, o interesse pela temática das contribuições recíprocas da Economia e do Direito, a inquietude intelectual e a vontade de manter-se eterno estudante.

O GEDE iniciou suas atividades no primeiro semestre de 2019, logo após a chegada da Professora Amanda na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), em decorrência de sua redistribuição da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desde o longínquo ano de 1997, ainda na condição de estudante de mestrado em Direito da UFMG, a Professora Amanda debruça-se sobre os estudos em Análise Econômica do Direito. Ao ingressar na UnB, a ela foi atribuída a disciplina “Direito das Coisas”, obrigatória no currículo de graduação em Direito. Ao final de uma aula sobre “propriedade”, em que fez referência a possíveis contribuições da *Law and Economics* para o enfrentamento do tema, três

alunos a propuseram criar um grupo de estudos sobre o tema: Bárbara Mendes, Roberto Aragão e Rômulo Hannig.

Desde o primeiro encontro, no primeiro semestre de 2019, sempre houve a participação voluntária de dezenas de interessados, de diferentes níveis de formação (graduandos, graduados, mestres, mestrandos, doutores e doutorandos) de diferentes áreas (Direito, Economia, Ciências Sociais, Estatística, Ciência Política etc.). Em seu primeiro semestre, foram realizadas palestras quinzenais, de uma hora de duração, presenciais, entre meio dia e uma hora da tarde, às quintas-feiras, em uma sala de aula da graduação. Professores de renome na matéria foram convidados a introduzir o assunto e despertar interesse nele.

No segundo semestre de 2019, iniciaram-se encontros de leitura e discussão de textos. O interesse permanecia grande em termos de quantidade de participantes e de distintas formações. Pessoas externas à UnB passaram a frequentar os encontros, que seguiam quinzenais, às quintas-feiras, presenciais, de meio dia às 13hs, em alguma sala de aula da Faculdade de Direito.

Em 2020, após uma feliz experiência de compartilhamento de disciplina sobre AED no programa de mestrado do IDP, entre os Professores Amanda e Fernando, surgiu a ideia de unir esforços e instituições. O GEDE foi, então, registrado no CNPQ, apresentando os dois professores como coordenadores-líderes. Sua estrutura foi desenhada e definida, em comum acordo com os três alunos fundadores.

Além dos Líderes-Docentes, Professores Amanda e Fernando, e dos Diretores Fundadores, Bárbara, Roberto e Rômulo, os órgãos que compõem a estrutura do GEDE são: a Diretoria Executiva (formada pelos Líderes- Docentes e os Diretores-Fundadores); o Conselho Científico (formando por Professores de reconhecida contribuição na matéria); as Diretorias de Representação, que englobam a Diretoria de Representação Acadêmica Externa, Diretoria de Representação da Advocacia e Diretoria de Representação das Entidades Públicas; as Diretorias Acadêmicas, que englobam a Diretoria de Engajamento Acadêmico e a Diretoria de Pós-

Graduação *Stricto Sensu*, Pesquisa e Publicação; e as Diretorias Operacionais, que englobam a Diretoria de Comunicação e Marketing e a Diretoria de Organização de Eventos.

A chegada da pandemia, que tanta tristeza causou à humanidade, transferiu as atividades do GEDE para o mundo virtual. A perda, lamentável, do contato presencial, acabou, todavia, minimizada pela feliz oportunidade de integrar participantes de outros estados e outras instituições. Ao longo do ano de 2020, portanto, assistiu-se ao crescimento espontâneo, consistente e alvissareiro do Grupo e de suas atividades. Passaram a dele participar pessoas de todas as regiões do país, de instituições variadas, desde graduandos a profissionais estabelecidos.

A produção do GEDE acompanhou esse crescimento. Desde então e até a presente data, em setembro de 2021, foram lidas centenas de páginas de autores nacionais e estrangeiros, e debatidos nos encontros quinzenais. Além disso, projetos foram criados e desenvolvidos por equipes sempre entusiasmadas e competentes: dezenas de episódios de *podcast*, com convidados de alto nível, foram produzidos e disponibilizados; inúmeros *webinars*, com profissionais de alta especialização em temas de interesse do Grupo, obtiveram juntos milhares de *views* no *YouTube*; publicações rápidas sob forma de “pílulas de conhecimento” vêm sendo produzidas sobre temas centrais em *Law and Economics*, levando conhecimento de uma forma leve e acessível ao público em geral. Eventos em parceria com outras instituições, a exemplo do Tribunal de Contas da União (TCU) e a Associação Mineira de Direito e Economia (AMDE), foram realizados. O GEDE congrega, atualmente, exatos 141 (cento e quarenta e um) membros, espalhados por todo o Brasil, com carreiras distintas e complementares, e que convergem em um interesse comum.

O presente livro vem a se tornar a primeira iniciativa do gênero do Grupo. Apenas a primeira! Pelo nível das discussões desenvolvidas quinzenalmente, pela competência técnica e acadêmica dos membros do

GEDE de todo o país, pela pluralidade de temas contemporâneos brasileiros que invocam as reflexões sob a ótica da *Law and Economics*, será inevitável que venha o segundo. Que bom. São os caminhos próprios a que se refere Rilke na epígrafe desta Apresentação aos quais somos graciosamente submetidos e que nos proporcionam diuturnas razões para ter esperança. O que torna o GEDE grandioso consiste exatamente no fato de que ele surgiu por interesses genuinamente acadêmicos, no sentido mais nobre do já nobre ambiente acadêmico, ele cresce espontaneamente, ele se revela um espaço de imensa cooperação benfazeja e ele nos surpreende diuturnamente com seu potencial.

Os capítulos que integram esta obra foram desenvolvidos por membros do Grupo de estudos, avaliados criteriosamente por Professores convidados, e versam sobre temas de grande interesse atualmente no Brasil. O primeiro capítulo, excepcionalmente, constitui texto que está sendo republicado a nosso convite, e já pode ser considerado um clássico na literatura nacional em *Law and Economics*, de autoria do Prof. Eugenio Battesini, ele próprio um dos Conselheiros Científicos do GEDE.

A todos os coautores, nossos parabéns. Aos Diretores de Publicações do GEDE, Adriana Portugal, Lyza Anzanello de Azevedo e Roberto Pimenta, nosso reconhecimento pelo trabalho primoroso de criação e gerenciamento do edital e de compilação dos textos escolhidos. Sigamos juntos nesse caminho bom, rico e vasto que o GEDE tem revelado.

Brasília, 28 de setembro de 2021.

---

**Notas sobre os autores:**

**AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA.** Professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutora, Mestre e Especialista em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogada militante, sócia fundadora do escritório Advocacia Amanda Flávio de Oliveira. Líder do Grupo de Estudos em Direito e Economia – GEDE/UnB-IDP. Membro do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Estado de Minas Gerais.

**FERNANDO B. MENEGUIM.** Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Pós-doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Califórnia – Berkeley. Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Microeconomia Aplicada. Professor Titular do Mestrado em Administração Pública do IDP/Brasília. Pesquisador do Economics and Politics Research Group – EPRG, CNPq/UnB. Líder do Grupo de Estudos em Direito e Economia – GEDE/UnB-IDP. Sócio da Pakt Consultoria e Assessoria.



# **A História do Pensamento em Direito e Economia revisitada: dos precursores à pós-modernidade**

**Eugênio Battesini**

## Resumo

O presente artigo explora a hipótese básica de trabalho de que a história do pensamento em direito e economia é uma rica fonte de informações, auxiliando na compreensão de fenômenos contemporâneos verificados no âmbito de movimento de direito e economia, em especial no estudo da responsabilidade civil. O trabalho acadêmico desenvolvido se concentra na busca por respostas para duas questões centrais: 1. O estudo integrativo direito-economia é um fenômeno contemporâneo? 2. Qual foi o papel desempenhado pela responsabilidade civil na formação e no desenvolvimento do movimento de direito e economia? A exposição foi estruturada em três partes, precursores, primeira onda e segunda onda, mediante o estabelecimento de conexões de acontecimentos que envolvem a interface entre direito e economia, desde o final do século XVIII até o final do século XX. Na conclusão é realizada a síntese das principais ideias desenvolvidas e são apresentadas respostas às questões centrais propostas<sup>1</sup>.

Palavras-chave: Direito e economia. História do pensamento. Responsabilidade civil.

## Abstract

This article explores the basic assumption that the history of thought in law and economics is a rich source of information, helping to understand contemporary phenomena occurring within the movement of law and economics, in particular in the study of tort law. The academic work focuses on the search for answers to two central questions: 1. Is the integrative study law and economics a contemporary phenomenon? 2. What was the role played by tort law in the formation and development of the movement of law and economics? The presentation was divided in three parts, precursors, first wave and second wave, making connections of events that involve the interface between law and economics, from XVIII century to the end of the XX century. The conclusion is made summarizing the ideas developed and presenting answers to the questions proposed.

Keywords: Law and economics. History of thought. Tort Law.

---

<sup>1</sup> O presente estudo é uma versão sintética e atualizada do capítulo introdutório da tese de doutorado *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, publicada em Janeiro de 2011 pela Editora LTr (BATTESINI, p. 26-71), sendo que a versão original foi agraciada com o prêmio Robert D. Cooter – Microsoft in Law and Economics – ALACDE, 2010.

## Introdução

A hipótese básica de trabalho do presente estudo é de que a história do pensamento em direito e economia é uma rica fonte de informações, auxiliando na compreensão de alguns fenômenos contemporâneos verificados no âmbito de movimento de direito e economia.

Usualmente definido como “a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos no exame da formação, estrutura, processos e impacto do direito e das instituições jurídicas”<sup>2</sup>, o movimento de direito e economia, Mercurio e Medema<sup>3</sup> consignam, “desenvolveu-se de um pequeno e esotérico ramo de pesquisa com economia e direito para um substancial movimento que tem auxiliado a ambos, redefinindo o estudo do direito e expondo a economia às importantes implicações do direito”.

A natureza interdisciplinar do movimento de direito e economia, pautada pela comunicação em “via de mão dupla”, é destacada por Schanze<sup>4</sup> que registra que o movimento de direito e economia pode ser mais bem compreendido em analogia com a “*Janus-headed appearance*: ele pode ser visto nas duas disciplinas e produz impacto em ambas... há *law and economics* em economia e há *law and economics* em direito”, respectivamente, “o uso da metodologia econômica na explicação das funções das regras jurídicas existentes e na tomada de decisão quanto à mudança das regras jurídicas”, e; “um esforço de pesquisa conjunto de advogados e economistas para explorar as condições, os mecanismos e os efeitos das escolhas institucionais”.

Enquanto empreendimento acadêmico de natureza interdisciplinar, o movimento de direito e economia alavancou o ensino e a pesquisa nas duas ciências, propiciando o surgimento de vasta

---

<sup>2</sup> Vejam-se: ROWLEY, Charles K. *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, p. 125, e; MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 1.

<sup>3</sup> MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism*, p. X).

<sup>4</sup> SCHANZE, Erich. *What is Law and Economics Today? A European View*. p. 99-100).

literatura, nas mais diversas áreas de pesquisa jurídica e econômica. A responsabilidade civil<sup>5</sup>, em especial, tem sido objeto de estudo desde a década de 1960, com os trabalhos pioneiros de Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (1960), e de Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961). Apresenta consolidado referencial teórico desde a década de 1980, com os trabalhos sistematizadores de Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (1987), e de William Landes e Richard Posner, *Economic Structure of Tort Law* (1987). Dispõe de consistente literatura atual, por exemplo, os trabalhos desenvolvidos por: Michael Faure, pesquisador do *European Centre of Tort Law and Insurance* (2002-2005); Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott, *Economic Analysis of Civil Law* (2004); Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004); Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (2007); Robert Cooter e Thomas Ulen, *Law and Economics* (2008); Ejan Mackaay and Stéphane Rousseau, *Analyse Économique du Droit* (2008); Thomas Miceli, *The Economic Approach to Law* (2009); Hugo Acciarri, *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños* (2009), e; em português, Eugênio Battesini, *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil* (2011).

O objetivo almejado é investigar a história do pensamento em direito e economia, com vistas ao estabelecimento das conexões com o estudo da responsabilidade civil. O trabalho acadêmico desenvolvido se concentra na busca por respostas para duas questões centrais: 1. O estudo integrativo direito-economia é um fenômeno contemporâneo? 2. Qual foi o papel desempenhado pela responsabilidade civil na formação e no desenvolvimento do movimento de direito e economia?

---

<sup>5</sup> Compreendendo o conjunto de normas jurídicas que determinam quando a pessoa que causa dano a outrem deve pagar a indenização correspondente, o direito de danos tem origem no instituto romano da *lex aquilia*, sendo que ao longo do tempo diferentes institutos jurídicos foram desenvolvidos na *common law*, sendo consagrada a denominação *tort law*, e na *civil law*, sendo consagrada a denominação responsabilidade civil. Vejam-se: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*, Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. p. 633-669.

Adotando como referência a terminologia proposta por Mackaay, no texto *History of Law and Economics* (2000), o presente texto analisa a evolução do pensamento em direito e economia desde o final do século XVIII até o final do século XX, sendo estruturado em três partes: precursores, do direito natural à mão invisível; primeira onda, do historicismo ao institucionalismo; e segunda onda, modernidade e pós-modernidade. Além do que, são amplamente utilizadas as obras coletivas editadas por Backhaus, *The Elgar Companion to Law and Economics* (2005), e Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (1998), textos de referência que apresentam abrangente estudo das fontes históricas da pesquisa, destacando os autores clássicos e a história intelectual do movimento de direito e economia.

Na conclusão é realizada a síntese das principais ideias desenvolvidas, evidenciando ter se confirmado a hipótese básica de trabalho, e são apresentadas respostas às questões propostas.

## **1. Precursores: do direito natural à Mão Invisível**

Sugestiva afirmação é feita por Veljanovski<sup>6</sup>, que destaca não ser novo “o casamento entre direito e economia”, que a ideia de que direito e economia interagem não é nova, “ela simplesmente foi negligenciada em detrimento das duas disciplinas”. Mais incisiva é a manifestação de Rowley<sup>7</sup>, no sentido de que os “autores modernos de direito e economia identificam a gênese do programa de pesquisa no ano de 1960, quando Ronald Coase publicou seu famoso artigo intitulado ‘The Problem of Social Cost’. Sob a perspectiva puramente moderna, sem dúvida eles estão corretos. Contudo, esta perspectiva é míope, pois os grandes filósofos políticos e economistas do iluminismo escocês analisaram a interação entre direito e economia dois séculos antes de Coase”. Afim é a

---

<sup>6</sup> VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei*, p. 25.

<sup>7</sup> ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 3.

manifestação de Samuels, Schmid e Shaffer<sup>8</sup>, que destacam que “a questão da relação entre o processo jurídico e econômico (mercados) tem sido preocupação central da filosofia moral, teoria política, economia e direito ao menos desde o tempo de John Locke e Adam Smith”.

A interação entre as disciplinas não é nova, sendo que, de acordo com Schumpeter<sup>9</sup>, a origem comum do direito e da economia<sup>10</sup> remonta à ideia de direito natural desenvolvida pela escolástica medieval clássica, por autores escolásticos do século XVI e por filósofos do direito natural dos séculos XVII e XVIII. A ciência social, Schumpeter destaca, se descobriu no ideal de direito natural, de um direito justo por natureza, sempre presente na consciência dos homens, e superior ao direito positivo, por ser absoluto e universal, o qual permitiu o desenvolvimento de formulações analíticas lógicas, aptas a explicar certa sequência de acontecimentos sociais de forma coerente, sem perturbações muito profundas.

No que tange à escolástica medieval clássica, os principais autores referidos por Schumpeter<sup>11</sup> são Alexandre de Hales, Duns Scot, Santo Alberto Magno e, em especial, Santo Tomás de Aquino<sup>12</sup>, responsável, “sozinho”, pela “soberba” consolidação do pensamento escolástico clássico. Em relação aos autores escolásticos do século XVI, Schumpeter<sup>13</sup> destaca Leonardo de Leys (Léssio), Juan de Lugo, e,

---

<sup>8</sup> SAMUELS, Warren J.; SCHMID, Allan; SHAFFER, James D. *An Evolutionary Approach to Law and Economics*, p. 253.

<sup>9</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*, p. 112. No mesmo sentido, veja-se: TAYLOR, O. H. *Economics and the Idea of Natural Laws*, p. 1-39.

<sup>10</sup> O argumento de que os fundamentos de direito e economia foram delineados pelos filósofos da Grécia antiga, em especial nos diálogos de Platão (a República, o Político e as Leis), que enfatiza o impacto das leis, do sistema jurídico sobre a sociedade, é desenvolvido por Drechsler (2005, p. 635-641).

<sup>11</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Op. cit.*, p. 105-125.

<sup>12</sup> Estudo considerando Santo Tomás de Aquino como pioneiro no campo de direito e economia é desenvolvido por McGee (1989, p. 471-483), que destaca que na *Summa Theologica* são abordados temas como a divisão e o valor do trabalho, direitos de propriedade, comércio, preço justo e usura.

<sup>13</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Op. cit.*, p. 125-146.

principalmente, Luis de Molina. Eis a elucidativa manifestação de Schumpeter<sup>14</sup>:

A ciência social se descobriu no conceito de direito natural... O ideal do direito natural incorpora a descoberta de que os dados de uma situação social determinam – nos casos mais favoráveis, de uma maneira única – uma certa sequência de acontecimentos, um processo ou estado logicamente coerente, ou assim poderia fazê-lo se se pudesse estabelecer esses fatos, sem perturbações muito profundas. Isto, expresso em termos modernos. A razão por que podemos atribuir esta ideia, em uma forma rudimentar, aos doutores escolásticos está em seu conceito de justiça. Santo Tomás explica este conceito (aristotélico) de justiça relacionando à palavra justiça a ordem e à palavra *justo* a ordenado. Justo é o que é ordenado, ou ajustado, em relação a que? A única resposta possível só poderá ser dada se considerarmos a chave estabelecida pelo *rei natura* de Molina: ao padrão social em causa, do examinado em função do utilitarista bem comum ou convivência social. Daí as relações entre justo e natural e natural e normal. Daí também a facilidade com que eles passavam da doutrina normativa para o teorema analítico e vice-versa e como nós podemos passar, por exemplo, do justo preço ao preço de equilíbrio da concorrência (no curto ou longo prazo). E daí, finalmente, a relação – não, porém, equivalente, mas a identificação – que subsiste com eles entre justificação e explicação. Por conseguinte, é verdade, em seu sentido histórico, que a economia moderna é originária dos autores escolásticos.

Referindo-se aos filósofos do direito natural do século XVII, Schumpeter<sup>15</sup> destaca a contribuição de Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Christian Wolff<sup>16</sup> e, em especial, Samuel von Pufendorf:

Exatamente como os escolásticos, os filósofos do direito natural visavam a uma ciência social ampla – uma teoria ampla da sociedade em todos os seus aspectos e atividades – na qual a economia não era nem um elemento independente nem mesmo

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 142-143.

<sup>15</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*, p. 149 e 154.

<sup>16</sup> Estudo considerando John Locke como pioneiro no campo de direito e economia, em face ao estabelecimento da conexão entre o processo jurídico, político e econômico, é desenvolvido por Rowley (2002, p. 594-601). Estudo considerando Christian Wolff como pioneiro no campo de direito e economia, em face à ênfase atribuída à análise integrativa dos fenômenos jurídicos e econômicos com vistas à formulação de políticas públicas, é desenvolvido por Drechsler (2005, p. 745-749).

muito importante. Esta ciência social dos filósofos apareceu primeiramente sob a forma de sistemas de jurisprudência, semelhantes aos tratados escolásticos do tipo *De justitia et jure*: Grotius e Pufendorf são, principalmente, juristas, sendo seus tratados, principalmente, livros de direito...

A economia dos filósofos ter-se-ia originado de Molina. É suficiente referirmo-nos à múltipla apresentação do tratado de Pufendorf. Distinguindo valor de uso e valor de troca (ou *pretium eminens*), ele admite que o último é determinado pela relação, escassez ou abundância de bens e moeda. Assim, os preços de mercado gravitam em torno dos custos que ocorreriam mais normalmente na produção... Ele prossegue discutindo vários problemas de política governamental, tais como a repressão ao luxo por intermédio de leis santuárias, a regulamentação dos monopólios, as corporações profissionais, herança, vinculação de bens de raiz, população. O bom-senso e a moderação estão invariavelmente presentes, como também o senso de fluxo histórico das coisas. Estamos, sem dúvida, diante de um embrionário *Wealth of Nations*.

Avançando na análise, Schumpeter<sup>17</sup> analisa a contribuição dos filósofos do direito natural do século XVIII, destacando David Hume, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e, em especial, de Adam Smith, qualificado como destacado “filósofo do direito natural” e “o mais famoso de todos os economistas”. Schumpeter registra que o princípio normativo do utilitarismo, consagrado por Bentham, o máximo de satisfação para o maior número de pessoas, como medida do que é certo ou errado, trata-se de forma evoluída de direito natural, constituindo o fundamento da teoria econômica clássica e do que posteriormente viria a se consolidar como a moderna teoria econômica, com o advento, no último quarto do século XIX/início do século XX, da teoria da utilidade marginal e da síntese neoclássica. Nas elucidativas palavras de Schumpeter<sup>18</sup>:

O bem comum ou a convivência social dos doutores escolásticos era aproveitada de uma maneira particular pelos devotos da razão no século dezoito...

Os autores do século dezoito, especialmente aqueles entre Hume e Bentham, elaboraram apenas o princípio fundamental da ética

---

<sup>17</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Op. cit*, p. 154-173.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 160, 162-163 e 187.

utilitarista: o bem é qualquer ação que estimula, o mal é qualquer ação que prejudica o bem-estar social...

Vamos repetir e reformular a afirmativa. Admita-se que os prazeres e as penas de cada pessoa possam ser quantidades mensuráveis, capazes de ser adicionadas (algebricamente) em quantidade chamada satisfação da pessoa (*felicità*)... Estas “satisfações” pessoais são reunidas num total social, *quaisquer de nós tendo o mesmo peso*: “qualquer pessoa tem valia para alguém, ninguém conta para mais que uma pessoa. Finalmente, este total social é substituído pelo ou identificado com o bem comum ou bem-estar social, que é assim analisado dentro das sensações individuais de dor ou de prazer, as únicas realidades últimas. Obtém-se, deste modo, o princípio normativo do Utilitarismo, isto é, o máximo de satisfação para o maior número, principalmente associado ao nome de Bentham em reconhecimento de ardente defesa, elaboração cuidadosa e aplicação intensa...

O principal ponto a tratar é que o utilitarismo não era nada mais que outro sistema de direito natural. O que era válido não apenas no sentido de que os utilitaristas eram os sucessores históricos dos filósofos do direito natural do século dezessete..., mas é válido também, num sentido muito mais significante que no acesso, na metodologia, e na natureza dos seus resultados: o utilitarismo realmente era outro – o último – sistema de direito natural.

...com o século dezoito, a economia se firmou no que denominamos uma Situação Clássica, e que, principalmente em decorrência desta condição, lhe foi reconhecido o *status* de campo de conhecimento organizado. As obras de coordenação e de investigação minuciosa, publicadas neste período, dentre as quais *Wealth of Nations* é a de sucesso mais destacado, não apenas alargaram como aprofundaram a corrente que vinha desde os escolásticos e filósofos do direito natural.

É justamente no utilitarismo do século XVIII que tradicionais autores de direito e economia, Mackaay<sup>19</sup> e Rowley<sup>20</sup>, identificam os precursores do movimento de direito e economia, em especial, David Hume, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e Adam Smith. Destacando a importância exercida pelo sistema jurídico na conformação da ação humana, David Hume<sup>21</sup> enfatiza a necessidade de garantir a estabilidade

---

<sup>19</sup> MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 67-68.

<sup>20</sup> ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 3-8.

<sup>21</sup> Estudos considerando David Hume como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *A Treatise of Human Nature* (1739), são realizados por McGee (1989, p. 184-204, e; Milgate e Stimson (2002, p. 250-257).



do direito de propriedade e de realizar o *enforcement* das obrigações contratadas com vistas a desencadear processo de cooperação e proporcionar paz e segurança social. Valendo-se de abordagem utilitarista no tratamento dos crimes e punições, Cesare Beccaria<sup>22</sup> enfatiza os incentivos gerados, os efeitos dissuasivos proporcionados pelas sanções penais. Atribuindo tratamento científico à noção de utilitarismo, Jeremy Bentham<sup>23</sup> propõe a adoção do utilitarismo como princípio normativo com vistas à reconstrução da política e do direito. Associando a manutenção da justiça à ideia de prevenção a violações aos direitos de propriedade, Adam Smith<sup>24</sup> destaca que à medida que as sociedades se tornam mais complexas, mediante ampliação do processo espontâneo de divisão do trabalho, maior será a necessidade de leis e regulamentos, normatização que, contudo, não poderá ser excessiva, sob pena de comprometer a própria dinâmica de funcionamento dos mercados.

De acordo com Mackaay<sup>25</sup>, considerando a existência de ordem natural mecanicista na qual têm lugar os fenômenos sociais, tais pensadores enfatizam a análise do comportamento humano como resultado de escolhas racionais, de cálculo de custos e benefícios influenciados por políticas públicas e pelo sistema jurídico. Contudo, prossegue Mackaay, os escritos de tais autores não proporcionam entendimento sistemático do direito através de modelo de escolha

---

<sup>22</sup> Estudo considerando Cesare Beccaria como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Dei Delitti e delle Pene (Dos Delitos e das Penas - 1763)*, é realizado por Parisi e Frezza (2005, p. 475-488). A influência intelectual de Cesare Beccaria sobre o corrente movimento de direito e economia é destacada por Posner (2007, p. 23).

<sup>23</sup> Estudo considerando Jeremy Bentham como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *A Fragment on Government (1776)*, é realizado por Kelly (1998, p. 156-162). A influência intelectual de Jeremy Bentham sobre o corrente movimento de direito e economia é destacada por Posner (2004, p. 33).

<sup>24</sup> Estudos considerando Adam Smith como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas em *Lectures on Jurisprudence (1762/1763)* e *The Wealth of Nations (1776)*, são realizados por Peukert (2005, p. 672-682), e Stein (1998, p. 7-9).

<sup>25</sup> MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 68-69.

racional, ambição que se faz presente no que pode ser denominado de primeira onda de direito e economia.

## **2. Primeira onda: do Historicismo ao Institucionalismo**

A primeira onda de direito e economia, período compreendido entre 1830 e 1930, de acordo com Mackaay<sup>26</sup> e Pearson<sup>27</sup>, identifica-se, basicamente, com a escola histórica alemã e o movimento institucionalista norte-americano. Importantes *insights*, contudo, são também encontrados no trabalho individual de juristas e economistas, bem como no âmbito do pensamento marxista, da escola austríaca, do realismo jurídico norte-americano e na própria consolidação do pensamento econômico neoclássico.

Se ao longo do século XVIII direito e economia interagiram e tiveram seu desenvolvimento científico edificado em torno da ideia de ordem natural, da realização de construções teóricas abstratas e racionais universalmente aplicáveis, ao longo do século XIX, em especial na Alemanha, o advento da escola histórica, propugnando a utilização da história como instrumento analítico e elemento de reconstrução teórica, proporcionou mudança no paradigma de pesquisa e na dinâmica de interação entre as duas ciências.

No âmbito da ciência jurídica<sup>28</sup>, autores como Gustav Hugo, Georg Puchta e Friedrich Savigny<sup>29</sup>, vislumbram o direito como fenômeno espontâneo da sociedade, dotado de validade relativa e em constante

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 69-71.

<sup>27</sup> PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 5-42.

<sup>28</sup> Sobre a escola histórica do direito, veja-se WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, p. 398-475).

<sup>29</sup> Estudo considerando Friedrich Savigny como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *System des Heutigen Römischen Rechts* (Sistema de Direito Romano Atual – 1840/1849), é realizado por: STEIN, Peter. *Friedrich Karl von Savigny (1779-1861)*, p. 395-396. A esse respeito, veja-se, também: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *História del Pensamiento Jurídico*.

processo de transformação no decurso da história, como instituição, estrutura social ordenadora que evolui ao mesmo passo das transformações sofridas pelos demais fenômenos sociais, dentre os quais os de natureza econômica.

No âmbito da ciência econômica, com influência direta do historicismo jurídico<sup>30</sup>, autores como Friedrich List, Wilhem Roscher, Gustav Schmoller, Werner Sombart e Max Weber, trabalhando com o método indutivo e adotando concepção relativista e orgânica da sociedade, propugnam a análise integrativa dos fenômenos econômicos no contexto histórico-social, sublinhando os diversos pontos de contato e liames entre o fator econômico e os demais fatores sociais, principalmente o jurídico. Atribuindo função estratégica ao direito, na promoção do progresso socioeconômico das nações, Friedrich List<sup>31</sup> propugna a utilização do sistema jurídico como elemento indutor de mudanças no sistema econômico, por exemplo, através da edição de normas de proteção à indústria nascente nacional frente à concorrência externa.

Considerando que a história serve para ilustrar a teoria econômica e centrando esforços na análise histórico-comparativa do desenvolvimento econômico, Wilhem Roscher<sup>32</sup> destaca que é preciso conhecer todos os fenômenos cujo conjunto forma a vida econômica, em especial o sistema jurídico. Propugnando a utilização do método

---

<sup>30</sup> A influência do historicismo jurídico sobre o historicismo econômico é destacada por: PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*, p. 213, e; HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*, p. 377.

<sup>31</sup> Estudo considerando Friedrich List como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Das Nationale System der Politischen Oekonomie* (Sistema Nacional de Economia Política - 1845), é realizado por: DAASTÖL, Arno Mong. *Friedrich List (1789-1846)*, p. 590-606. A esse respeito, veja-se, também: PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*, p. 213-214.

<sup>32</sup> Estudo considerando Wilhelm Roscher como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas no primeiro dos cinco volumes de seu tratado Sistema de Economia, qual seja, *Die Grundlagen der Nationalökonomie* (Fundamentos de Economia Nacional - 1854), é realizado por: STREISSLER, Erich. *Wilhelm Roscher (1817-94)*, p. 642-651. A esse respeito, veja-se, também: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 196-197.

histórico, mediante a observação e descrição dos fatos econômicos no passado e no presente, com vistas ao estabelecimento de base empírica para o desenvolvimento da ciência econômica, Gustav Schmoller<sup>33</sup> concebe a sociedade de forma orgânica, destacando que o sistema jurídico cristaliza arranjos sociais específicos que disciplinam e tendem a dominar o processo econômico no curso da história.

Analisando o desenvolvimento histórico do capitalismo com vistas a identificar o “espírito do sistema”, as forças ativas criadoras impessoais e racionais que determinaram o surgimento do capitalismo moderno, Werner Sombart<sup>34</sup> destaca a importância da regulação econômica, do sistema jurídico, como pré-condição básica para o desenvolvimento econômico, atribuindo ênfase ao estudo das formas de organização da atividade empresarial e das formas de realização das transações comerciais. Associando as origens do capitalismo moderno ao processo de racionalização das relações sociais e do conhecimento científico, Max Weber<sup>35</sup> centra esforços no estudo do “sistema social”, resultado da multifacetária interação entre os fenômenos econômicos, jurídicos, políticos e culturais.

O mérito dos autores da escola histórica é a ênfase atribuída ao caráter dinâmico-evolucionário dos fenômenos sociais, bem como o fato de destacarem a necessidade de conceber o direito e a economia de forma

---

<sup>33</sup> Estudo considerando Gustav Schmoller como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Grundriss der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre* (Esboço Geral de Economia – 1900/1904), é realizado por: PEUKERT, Helge. *Gustav von Schmoller (1838-1917)*, p. 662-671. A esse respeito, veja-se, também, OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *Op. cit.*, p. 198-200.

<sup>34</sup> Estudo considerando Werner Sombart como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Der Moderne Kapitalismus* (Capitalismo Moderno – 1916/1927), é realizado por: CHALOUPEK, Günther. *Werner Sombart (1863-1941)*, p. 683-688. A esse respeito, veja-se, também: PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*, p. 226-227.

<sup>35</sup> Estudos considerando Max Weber como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas nas obras *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie* (Economia e Sociedade, Fundamentos da Sociologia Compreensiva – 1921) e *Wirtschaftsgeschichte* (História Econômica Geral - 1924), são realizados por: PEUKERT, Helge. *Max Weber (1864-1920)*, p. 733-744, e; POSNER, A. Richard. *Max Weber (1864-1920)*, p. 684-686.

orgânica, considerando o conjunto de fatores socialmente relevantes e sublinhando os pontos de contato entre os fenômenos jurídicos e econômicos e suas implicações para o desenvolvimento da economia.

Além da perspectiva pluralista, com o reconhecimento do entrelaçamento entre os fenômenos jurídicos e econômicos, adotada pela escola histórica, o século XIX também foi palco de abordagens reducionistas, no âmbito do pensamento econômico marxista e na reação crítica formulada pelo jurista Rudolf Stammler. Considerando que o conjunto de relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se erguem a superestrutura jurídica e política, em sua concepção materialista da história, Karl Marx e Friedrich Engels<sup>36</sup> apontam para a dependência do ordenamento jurídico ao modo de produção capitalista, concebendo as relações econômicas como determinante último do conjunto de relações sociais.

A concepção unilateral do materialismo histórico e seus reflexos sobre o direito são delineados por Rudolf Stammler<sup>37</sup> que, ao antecipar sua crítica, registra que sob a ótica marxista o direito de um povo, forma que regula sua convivência e cooperação, é um simples instrumento, sendo impossível que apareça senão em relação com a economia, que lhe determina e lhe ordena. Refutando o determinismo econômico marxista, a ideia de contraposição entre fenômenos econômicos, considerados causa, e fenômenos políticos e jurídicos, considerados efeito, Rudolf Stammler<sup>38</sup> sustenta que as relações econômicas são sempre ordenadas

---

<sup>36</sup> Estudo considerando Karl Marx e Friedrich Engels como pioneiros no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas nas obras *Zur Kritik der Politischen Oekonomie* (Para a Crítica da Economia Política – 1859) e *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums, und des Staates* (A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado – 1884), bem como traçando paralelo com o *approach* da contemporânea escola de Chicago, é realizado por: PEARSON, Heath. *Karl Marx (1818-83) and Friedrich Engels (1820-95)*, p. 618-626. A esse respeito, veja-se, também, RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 465-478.

<sup>37</sup> STAMMLER, Rudolf. *Economia e Derecho según la Concepción Materialista de la Historia*, p. 23.

<sup>38</sup> Estudo considerando Rudolf Stammler como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Wirtschaft und Recht nach der Materialistisschen Geschichtsauffassung* (Economia e Direito segundo a Concepção Materialista da História – 1897), é realizado por: PEARSON, Heath. *Origins of Law and*

e reguladas socialmente, que a ordem econômica é derivada do sistema jurídico, só podendo ser concebida em relação à dada estrutura jurídica, bem como especifica que a relação entre direito e economia não é de causa-efeito, mas sim de forma-conteúdo, com o direito estabelecendo a forma como se processam as relações econômicas na sociedade, consideradas conteúdo<sup>39</sup>.

A interação entre juristas e economistas também se processa no âmbito da tradição da escola austríaca, em especial, nas obras de Carl Menger e Victor Mataja. Tendo estabelecido os fundamentos da escola austríaca de economia e da revolução marginalista, Carl Menger<sup>40</sup>, destaca a existência de processo evolucionário espontâneo e orgânico de interação social que conduz à construção de instituições relevantes como os mercados, a moeda, a linguagem e o direito, bem como enfatiza a influência da conformação dos direitos de propriedade para a edificação de um sistema econômico de mercado. Sob a influência direta de Carl Menger, o jurista austríaco Victor Mataja<sup>41</sup> utiliza fundamentos de direito

---

*Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 146-147. A esse respeito, veja-se, também: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. Op. cit., p. 479-490.

<sup>39</sup> STAMMLER, Rudolf. *Economia e Derecho según la Concepción Materialista de la Historia*, p. 6-19.

<sup>40</sup> Estudos considerando Carl Menger como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (Princípios de Economia – 1871), são realizados por: WAGNER, Richard E. *Carl Menger (1840-1921)*, p. 627-634, e; VANBERG, Viktor J. *Carl Menger (1840-1921)*, p. 635-641. A esse respeito, veja-se, também: NENTJES, Andries. *Institutions and Market Failure*, p. 6-7.

<sup>41</sup> Estudo considerando Victor Mataja como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas nas obras *Der Unternehmergewinn* (O Lucro Empresarial – 1884) e *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte* advento da revolução industrial, o número e a severidade dos acidentes, vinculados ao uso de máquinas, ao transporte ferroviário e ao consumo de produtos perigosos, cresceu drasticamente, proporcionando o desenvolvimento da moderna teoria da responsabilidade civil, em especial da doutrina da negligência e da responsabilidade objetiva pelo risco criado, bem como abrindo fértil campo para a análise da racionalidade econômica da responsabilidade civil, nos moldes do trabalho pioneiro desenvolvido, em 1888, por Victor Mataja: SCHÄFER, Hans-Bernd. *Tort Law: General*, p. 570.

<sup>41</sup> Estudo considerando Rudolf von Jhering como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Der Kampf ums Recht* (A Luta pelo Direito – 1872) e *Der Zweck im Recht* (O Fim do Direito – 1877/1883), é realizado por: ELDEERS, J. L. M. *Rudolf von Jhering (1818-92) and the Economy of*

e de economia na análise de temas como a atividade empresarial, com destaque para importância do lucro como fonte de renda, poupança e investimento, e a responsabilidade civil<sup>42</sup>.

Escrevendo em período no qual o direito privado, concebido, sob forte influência do historicismo jurídico de Friedrich Savigny, como corpo teórico não instrumental, orgânico e sistemático de normas, passa a ser fortemente questionado por autores como Rudolf Von Jhering<sup>43</sup> e Otto Von Gierke<sup>44</sup>, que propugnam o utilitarismo social do direito, a

---

*Justice*, p. 568-575. A esse respeito, veja-se também: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 59-63.

<sup>41</sup> Estudos considerando Otto von Gierke como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts* (A Função Social do Direito Privado – 1889), são realizados por: BACKHAUS, Jürgen. *Otto von Gierke (1841-1921)*, p. 313-315, e; PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 29.

<sup>41</sup> MATAJA, Victor. *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (1888).

<sup>41</sup> A exposição das ideias de Victor Mataja realizada na presente tese é baseada em: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 173-191. Sobre o tema, veja-se também: GRECHENIG, Kristoffel e GELTER, Martin. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. p. 269-273. *der Nationalökonomie* (A Lei de Compensações sobre o Ponto de Vista Econômico – 1888), é realizado por: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 173-191. A esse respeito, veja-se, também: PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*, p. 226-227.

<sup>42</sup> Conforme Hans-Bernd Schäfer destaca, ao analisar o desenvolvimento da responsabilidade civil enquanto corpo teórico, antes da revolução industrial, a responsabilidade civil constituía campo de estudos de limitada expressão, que tinha o transporte com cavalos como principal causa de acidentes. Com o advento da revolução industrial, o número e a severidade dos acidentes, vinculados ao uso de máquinas, ao transporte ferroviário e ao consumo de produtos perigosos, cresceu drasticamente, proporcionando o desenvolvimento da moderna teoria da responsabilidade civil, em especial da doutrina da negligência e da responsabilidade objetiva pelo risco criado, bem como abrindo fértil campo para a análise da racionalidade econômica da responsabilidade civil, nos moldes do trabalho pioneiro desenvolvido, em 1888, por Victor Mataja: SCHÄFER, Hans-Bernd. *Tort Law: General*, p. 570.

<sup>43</sup> Estudo considerando Rudolf von Jhering como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Der Kampf ums Recht* (A Luta pelo Direito – 1872) e *Der Zweck im Recht* (O Fim do Direito – 1877/1883), é realizado por: ELDERS, J. L. M. *Rudolf von Jhering (1818-92) and the Economy of Justice*, p. 568-575. A esse respeito, veja-se também: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 59-63.

<sup>44</sup> Estudos considerando Otto von Gierke como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts* (A Função Social do Direito Privado – 1889), são realizados por: BACKHAUS, Jürgen. *Otto*

funcionalização dos institutos de direito privado de acordo com objetivos sociais, Victor Mataja utiliza argumentos econômicos para propor a adoção de perspectiva instrumental e justificar maior intervenção legislativa no campo da responsabilidade civil. Na obra *A Lei de Compensações sobre o Ponto de Vista Econômico*<sup>45</sup>, o autor austríaco faz uso da economia para enxergar além da perspectiva jurídica tradicional e explorar a temática das funções e objetivos de um sistema de responsabilidade civil, a prevenção de acidentes e a alocação dos danos não evitáveis de acordo com requerimento de justiça e interesses econômicos.

O ponto de partida da análise desenvolvida por Victor Mataja<sup>46</sup> é a crítica à perspectiva jurídica tradicional da responsabilidade subjetiva, edificada em torno da noção moral de falta, de culpa do autor. Destaca que, dado que o autor é excepcionado da reparação dos danos quando sua conduta é não culposa, não são proporcionados incentivos adequados para a prevenção, situação que conduz a consequências sociais indesejáveis face ao aumento do número e da severidade dos acidentes. Além do que, com a desoneração do autor, são geradas distorções na valoração econômica dos bens, determinando que empreendimentos e atividades sejam estabelecidos e operados de forma ineficiente do ponto de vista social, tais como, o transporte ferroviário, que perturba os proprietários limítrofes à via férrea em virtude das vibrações ocasionadas pela passagem das locomotivas, e o transporte fluvial, que prejudica o desenvolvimento de atividades como a pesca. Outra limitação da responsabilidade subjetiva diz respeito ao fato de que,

---

von Gierke (1841-1921), p. 313-315, e; PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 29.

<sup>45</sup> MATAJA, Victor. *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (1888).

<sup>46</sup> A exposição das ideias de Victor Mataja realizada na presente tese é baseada em: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 173-191. Sobre o tema, veja-se também: GRECHENIG, Kristoffel e GELTER, Martin. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. p. 269-273.



em virtude de recaírem diretamente sobre a vítima, não se verifica a dispersão dos danos, medida socialmente desejável que pode ser alcançada, por exemplo, via mercado, em decorrência da redução da utilidade marginal dos bens comercializados pelos empreendedores que desenvolvem atividades de risco de acidentes.

Evoluindo na análise, Victor Mataja propõe a adoção de regra de responsabilidade objetiva como forma de proporcionar incentivos adequados à prevenção e dispersão dos danos dos acidentes, além da correção de distorções na valoração econômica dos bens. A ideia básica é de que o proprietário do empreendimento deve suportar as perdas com acidentes decorrentes da atividade de risco por ele realizada<sup>47</sup>. Admite, contudo, limites à aplicação da responsabilização objetiva, quais sejam: nas hipóteses em que a ocorrência do acidente está fora do controle do autor ou de que os custos das medidas de prevenção sejam muito altos na comparação com o risco de dano; quando a dispersão dos danos via mercado gerar distorções no valor dos bens e na alocação dos recursos econômicos; e quando a perturbação causada pela atividade for de pequena monta. De acordo com Victor Mataja, em conclusão, à vista do melhor desempenho econômico, a responsabilidade objetiva se evidencia superior à responsabilidade subjetiva, justificando-se sua adoção como política legislativa na conformação de um sistema de responsabilidade civil.

Conforme Izhak Englard<sup>48</sup> destaca, as ideias de Victor Mataja evidenciavam-se “originalmente audaciosas” para o seu tempo, em conteúdo e forma. A temática dos fundamentos do sistema de responsabilidade civil e do papel a ser desempenhado pela responsabilidade objetiva era atual no último quarto do século XIX, à

---

<sup>47</sup> José de Aguiar Dias assinala que, já em 1888, o jurista austríaco Victor Mataja sustentava que “as perdas e danos provenientes dos acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa devem ser incluídos nas despesas do negócio. Imputar as perdas às vítimas dos acidentes é, sem dúvida, falsear o balanço da empresa”: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p. 68.

<sup>48</sup> ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 183.

vista do crescente processo de industrialização da Europa. Em tal contexto, o conteúdo material da obra de Victor Mataja encontrou ambiente acadêmico favorável, exercendo influência na nascente teoria da responsabilidade objetiva<sup>49</sup>, em especial sobre autores como o austro-húngaro Géza Marton, o alemão Gustav Rümelin, o italiano Nicola Coviello, além de expoentes da doutrina francesa como René Demogue<sup>50</sup>, Raymond Saleilles e M. Teisseire.

A influência intelectual de Victor Mataja se fez sentir, também, no pensamento do principal autor brasileiro em responsabilidade civil, José de Aguiar Dias<sup>51</sup>, que, escrevendo em 1944, em diversas passagens da obra *Da Responsabilidade Civil*, refere expressamente o jurista austríaco. Emblemática é a passagem na qual, ao discorrer sobre a função preventiva da responsabilidade civil, José de Aguiar Dias recorre a Victor Mataja, consignando que:

O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o complementam. Encontram-se, portanto, em suas raízes, a razão primeira da responsabilidade penal e da responsabilidade civil. Entretanto, as doutrinas vagam em outros terrenos, forjando concepções estreitas que envelhecem prematuramente, surpresas e aniquiladas ante o desenvolvimento da civilização.

---

<sup>49</sup> Veja-se sobre o tema a criteriosa análise realizada por: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 181-188.

<sup>50</sup> A discussão dos fundamentos da responsabilidade civil em termos econômicos realizada por René Demogue, *Fault, Risk, and Apportionment of Loss in Responsibility* (1921), é destacada por William Landes e Richard Posner, que fazem, contudo, inadvertida associação à noção de externalidades negativas desenvolvida pelo economista inglês Arthur Cecil Pigou: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 5. Em realidade, Izhak Englard destaca que a abordagem desenvolvida por René Demogue, *Les Notions Fondamentales du Droit Privé* (1911) e *Traité des Obligations en Général* (1923), é diretamente influenciada pela análise econômica da responsabilidade civil desenvolvida pelo jurista Victor Mataja: ENGLARD, Izhak. *Op. Cit.*, p. 173-174.

<sup>51</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p. 56.

Sob outra perspectiva, a ênfase atribuída por Victor Mataja à prevenção e à dispersão dos danos, a realização de análise dos custos privados e sociais dos acidentes, assim como a proposição de objetivação da responsabilidade civil, antecipam os fundamentos da moderna análise econômica do direito, nos moldes desenvolvidos a partir da década de 1960 por Guido Calabresi, no que tange à funcionalização dos institutos de responsabilidade civil, e por Ronald Coase, em relação à correção de externalidades negativas via conformação do sistema jurídico.

Todavia, conforme consigna Izhak Englard<sup>52</sup>, a inovadora metodologia analítica proposta por Victor Mataja, com a utilização de fundamentos econômicos na análise normativa dos fenômenos jurídicos, encontrava-se adiante de seu tempo, implicando em mudança radical do método jurídico tradicional então vigente na Europa Continental. Em tal contexto, a abordagem metodológica proposta pelo autor austríaco foi criticada pela comunidade jurídica por razões de cunho formal-estrutural, ideológico e funcional, tais como: a desconsideração da base moral da responsabilidade civil; a substituição dos aspectos jurídicos por princípios econômicos; e a eleição da prevenção e distribuição social dos danos, ao invés da reparação, como objetivos da responsabilidade civil. Os esforços desenvolvidos por Victor Mataja no sentido incorporar fundamentos econômicos na análise de fenômenos jurídicos não lograram êxito. A construção de movimento articulado de direito e economia demandaria mais 70 anos de evolução e diálogo entre as duas ciências.

A tendência ao estudo interdisciplinar e à utilização de fundamentos econômicos na análise de institutos jurídicos foi além da escola austríaca. Ao final do século XIX e início do século XX, a interface entre as duas ciências também foi explorada pelos economistas italianos Achille Loria e Augusto Graziani. Com o ousado propósito de construir uma teoria econômica do direito, centrada no estudo da estrutura

---

<sup>52</sup> ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 183-184.

econômica das normas e da natureza econômica do processo de mudança do sistema jurídico, Achille Loria<sup>53</sup> analisa institutos jurídicos como: a família, considerado mecanismo associativo cujo propósito é tornar as relações de produção mais eficientes; a usucapião, modo de aquisição da propriedade que atua como elemento indutor do uso racional dos recursos de produção, gerando incentivos ao possuidor empreendedor e penalizando o proprietário omissor; e as sanções criminais, cuja apropriada conformação deve levar em conta os benefícios sociais, caracterizados pelos efeitos dissuasivos, e custos sociais relacionados com a aplicação das penas.

Os fundamentos econômicos do direito são apontados por Augusto Graziani<sup>54</sup>, que enfatiza a relação entre o raciocínio econômico e as escolhas jurídicas, sobretudo no processo legislativo, destacando que a origem e evolução de determinadas instituições jurídicas estão ontologicamente relacionadas a razões econômicas, referindo em especial: o Estado, cuja estrutura organizacional e o funcionamento são produto de necessidades econômicas; a propriedade privada, fruto da evolução histórica da concepção coletiva à capitalista, com vistas a garantir a continuidade da produção necessária para suprir as necessidades humanas fundamentais; o matrimônio, cuja evolução histórica da primitiva promiscuidade, ao matriarcado e autoridade patriarcal, possui manifesto embasamento econômico; o testamento, instituto motivado pela necessidade humana de acumulação de riqueza; e o contrato, cujo conteúdo é invariavelmente determinado mediante

---

<sup>53</sup> Estudos considerando Achille Loria como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas nas obras *Les Bases Économiques de la Constitution Sociale* (As Bases Econômicas da Constituição Social - 1893) e *La Teoria Economica della Costituzione Politica* (A Teoria Econômica da Constituição Política - 1886), são realizados por: FREZZA, Giampaolo; PARISI Francesco. *Achille Loria (1857-1943)*, p. 607-617, e; PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 40-41 e 132-133.

<sup>54</sup> Estudos considerando Augusto Graziani como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas na obra *Il Fondamento Economico del Diritto* (O Fundamento Econômico do Direito - 1893), são realizados por: FREZZA, Giampaolo; PARISI Francesco. *Augusto Graziani (1865-1944)*, p. 522-530, e; PEARSON, Heath, *Op. cit.*, 1830-1930, p. 41, 52, 58 e 60.

cálculo econômico realizado pelas partes, podendo, como tal, ser objeto de análise sob a ótica da eficiência, seja para fins de cumprimento ou de rescisão do acordado.

É justamente com fundamento na noção de eficiência que, na Europa, a partir do último quarto do século XIX, se edifica a teoria econômica neoclássica. O advento da revolução marginalista, desenvolvimento da teoria do valor como utilidade marginal em substituição à teoria do valor-trabalho, e da subsequente síntese neoclássica, a oferta e a procura atuando conjuntamente na determinação dos preços, promovem radical transformação no estudo da economia, que passa a utilizar fortemente o raciocínio matemático, adquirindo consistente capacidade de explicação dos fenômenos econômico-sociais<sup>55</sup>.

Sob a ótica neoclássica<sup>56</sup>, a dinâmica de mercado é estabelecida através da tomada de decisão individual (individualismo metodológico) de agentes racionais, maximizadores de sua utilidade, mediante análise da relação custo/benefício marginal. A interação dos agentes individuais determina a oferta e a demanda de mercado, estabelecendo o mecanismo de preços, índice de escassez que contém o conjunto de informações necessárias e suficientes para determinar a alocação eficiente dos recursos escassos, o funcionamento racional do sistema econômico. Dito de outra forma, o mecanismo de preços proporciona a utilização eficiente dos recursos limitados na satisfação das necessidades humanas ilimitadas, conduzindo o mercado, naturalmente, ao equilíbrio ótimo no sentido de Pareto, situação na qual ninguém poderá melhorar seu bem-estar sem sacrifício do bem-estar de outrem.

---

<sup>55</sup> A ascensão do marginalismo, em especial as contribuições Herman Gossen, William Jevons, Leon Walras e Carl Menger, e do neoclassicismo, em especial a contribuição de Alfred Marshall, são objeto de criteriosa análise por: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 206-255, e; LEKACHMAN, Robert. *História das Idéias Econômicas*, p. 235-299.

<sup>56</sup> Sobre os fundamentos da microeconomia neoclássica, veja-se: MANKIOW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*, p. 4-14 e 63-84.

O núcleo analítico do pensamento neoclássico, Jeffrey Hodgson<sup>57</sup> consigna, gravita em torno das ideias de: comportamento racional-maximizador por parte dos agentes econômicos; ausência de problemas de informação crônicos; ênfase em movimentos tendentes a estados de equilíbrio (ordem natural mecanicista), e; consideração dos fatores de natureza institucional, tal como o sistema jurídico, como elementos externos aos modelos teóricos (condição *ceteris paribus*).

Não obstante o corte analítico excludente da interação entre direito e economia, no próprio seio da economia neoclássica, Arthur Pigou<sup>58</sup> chama a atenção para determinado tipo de fenômeno que guarda forte relação com a responsabilidade civil, qual seja, a existência de externalidades. Em essência, as externalidades constituem falhas de funcionamento do sistema de mercado que surgem “quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa desta ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por este impacto”, sendo que “se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado externalidade negativa”, “se é benéfico, é chamado de externalidade positiva”<sup>59</sup>.

Com o propósito de investigar em que condições ocorrem divergências entre o produto marginal social líquido e o produto marginal privado líquido, Arthur Pigou<sup>60</sup> considera diversas ações que provocam impactos positivos e negativos no bem-estar de terceiros. Dentre as ações que provocam impacto negativo, o economista inglês destaca a emissão de faíscas por locomotivas em trânsito, causando incêndios nas propriedades limítrofes às vias férreas, temática em relação à qual, no

---

<sup>57</sup> HODGSON, Jeffrey. *Economia e Instituições*, p. XVI.

<sup>58</sup> De acordo com William Landes e Richard Posner, a análise desenvolvida por Arthur Pigou, no livro *The Economics of Welfare* (1920), constitui antecedente direto da moderna análise econômica da responsabilidade civil: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 6.

<sup>59</sup> MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*, p. 204. Sobre o tema, vejam-se, também: PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, p. 555-558.

<sup>60</sup> PIGOU, Arthur C. *La Economía del Bienestar*, p. 113-119.

contexto do direito inglês do século XIX e início do século XX<sup>61</sup>, verificava-se a existência de “relativa imunidade”, com a frequente desoneração das empresas de transporte ferroviário da reparação dos danos, face à dificuldade na produção de prova pelo proprietário limítrofe acerca do nexo causal, dos danos e da conduta negligente da empresa de transporte ferroviário.

Dado tal contexto, Arthur Pigou<sup>62</sup> desenvolve o raciocínio de que a não compensação do impacto negativo causado a terceiros no desenvolver do processo de produção de bens e serviços, tal como o não ressarcimento, pelas empresas de transporte ferroviário aos produtores rurais, dos prejuízos com a destruição de florestas e plantações limítrofes à via férrea, em decorrência de incêndios durante a realização do transporte ferroviário, afeta a alocação dos recursos e a dinâmica de funcionamento do sistema econômico. Ocorre que parte dos custos de produção não é suportada pelos agentes econômicos privados, não é internalizada no processo de produção de determinados bens e serviços, mas sim transferida, externalizada para a sociedade, situação que faz com que o preço dos bens não seja reflexo de sua escassez relativa, determinando que os recursos não sejam alocados de forma socialmente eficiente.

---

<sup>61</sup> Análise da temática da responsabilidade civil em decorrência dos incêndios causados por emissão de faíscas no transporte ferroviário, no âmbito do direito inglês contemporâneo e anterior ao período que Arthur Pigou escreve, é realizada por Brian Simpson. Em texto que reexamina a polêmica acadêmica em torno das idéias de Arthur Pigou e Ronald Coase, o autor registra que a responsabilidade subjetiva era a regra geral aplicável a tais casos, exceção feita aos danos de até 100 libras e, posteriormente, 200 libras, em relação aos quais era aplicada a responsabilidade objetiva, respectivamente a partir do *Railway (Fires) Act of 1905* e do *Railway (Fires) Amendment Act of 1923*. De acordo com Brian Simpson, mesmo que Arthur Pigou não tenha demonstrado interesse em aprofundar a análise jurídica da responsabilidade civil por danos decorrentes de incêndios causados por faíscas emitidas no transporte ferroviário, sua análise econômica é realizada tendo presente que o sistema jurídico, em especial o regime de responsabilidade subjetiva, apresenta sensíveis limitações em proporcionar a efetiva reparação dos danos. SIMPSON, A. W. Brian. “Coase v. Pigou” Reexamined, p. 65-84.

<sup>62</sup> PIGOU, Arthur C. *OP. Cit.*, p. 146-172.

Apesar de ter tangenciado a temática da ação reguladora do Estado via conformação do sistema de responsabilidade civil, Arthur Pigou<sup>63</sup> busca a solução para o problema das falhas de funcionamento do sistema de mercado em outra modalidade de intervenção governamental, a tributação da atividade geradora de externalidades negativas. A imposição de tributo incidente sobre a atividade potencialmente danosa à sociedade, tal como o transporte ferroviário, produz o efeito econômico de criar incentivos para que o proprietário do empreendimento reduza o nível da atividade desenvolvida, tal como o volume de carga transportado, bem como a magnitude dos custos sociais associados, tais como os prejuízos com a destruição de florestas e plantações limítrofes à via férrea em decorrência dos incêndios ocorridos durante a realização do transporte ferroviário. Considerando que a tributação seja realizada guardando conexão com a magnitude do dano causado à sociedade, o preço dos produtos e serviços, tal como o valor unitário da carga transportada via ferroviária, passa a constituir efetivo sinalizador da escassez relativa dos fatores de produção, determinando que os recursos sejam alocados de forma eficiente no segmento econômico considerado.

A alternativa de imposição de tributo incidente sobre a atividade geradora de externalidades negativas foi amplamente explorada na teoria econômica como mecanismo de correção de falhas de funcionamento do sistema de mercado, tendo sido definitivamente incorporado à prática jurídica como um dos principais instrumentos de política ambiental voltado ao controle da poluição<sup>64</sup>. A solução de natureza tributária para o problema do custo social representado pelas externalidades negativas não é, contudo, isenta de críticas, sendo justamente a crítica à proposição originalmente formulada por Arthur Pigou, na década de 1920, o ponto de partida da revolucionária construção teórica realizada por Ronald Coase, na década de 1960. Todavia, antes de progredir no estudo das

---

<sup>63</sup> *Idem*, p. 206-211 e 247-269.

<sup>64</sup> Vejam-se sobre o tema: GROSSMAN, Britt. *Pollution Tax*, p. 338-368, e; BATTESINI, Eugênio. *Da Teoria Econômica à Prática Jurídica: Origem, Desenvolvimento e Perspectivas dos Instrumentos Tributários de Política Ambiental*, p. 125-142.



externalidades negativas nos moldes propostos por Ronald Coase, faz-se necessário avançar na análise integrativa direito e economia, pois os 40 anos que medeiam às obras de Arthur Pigou e Ronald Coase registram significativas contribuições, em especial no meio acadêmico norte-americano.

Se até o final do século XIX as principais contribuições integrativas direito-economia foram realizadas no meio acadêmico europeu, as primeiras décadas do século XX marcam o início da mudança do centro de gravidade para o meio acadêmico norte-americano. O estudo da interface entre os fenômenos jurídicos e os fenômenos econômicos avançou significativamente no âmbito do institucionalismo econômico norte-americano. Com influência direta da escola histórica alemã e adotando postura crítica em relação à abordagem estática e reducionista da teoria econômica neoclássica, autores como Thorstein Veblen, Richard Ely e, sobretudo, John Commons concebem a economia de forma dinâmica, como um processo contínuo de mudança que se realiza embutido no complexo e multifacetário meio ambiente social. Assim como, alçam as instituições à posição de núcleo analítico básico da ciência econômica, enfatizando a necessidade de compreender suas origens, evolução e funcionamento, mediante análise do conjunto de fatores relevantes: econômicos, históricos, culturais, políticos e jurídicos.

Com inspiração na ideia biológica de seleção natural e com o propósito de desenvolver teoria da evolução da estrutura social, edificada em torno do conceito de instituições – concebidas como hábitos de pensamento socialmente sedimentados, Thorstein Veblen<sup>65</sup> destaca a natureza recíproca das questões jurídicas e econômicas, centrando o foco

---

<sup>65</sup> Estudos considerando Thorstein Veblen como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *The Theory of Business Enterprise* (1904) e *Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times: The Case of America* (1923) são realizados por: PEARSON, Heath. *Thorstein Veblen (1857-1929)*, p. 727-732, e; HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economic Movement*, p. 1019-1020. A esse respeito, vejam-se, também: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 336-349, e; HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*, p. 199-230.

no estudo das modernas formas de organização da atividade empresarial e registrando o crescente processo de separação da propriedade e da gestão nas grandes corporações.

Considerando que as instituições circunscrevem a atividade econômica e enfatizando a unidade do direito e da economia, considerados “diferentes abordagens para o mesmo território”, Richard Ely<sup>66</sup> centra esforços no estudo da distribuição social da riqueza, determinada não meramente pelas leis naturais da economia, mas considerada produto da conformação do sistema jurídico, em especial das normas que regulam os contratos e delimitam os direitos de propriedade, institutos concebidos de forma flexível, cujo conteúdo é determinado pelo Judiciário em constante processo de contraposição e ponderação dos interesses públicos e privados envolvidos nas situações concretas levadas à apreciação das cortes.

Atribuindo ênfase ao estudo das bases jurídicas do sistema capitalista e tendo por objetivo compreender como os mercados são formados e estruturados pelas instituições – concebidas como a ação coletiva no controle, liberação e expansão da ação individual – e pelas estruturas de poder, que operam através das instituições, John Commons<sup>67</sup> edifica sua teoria sob a premissa de que a incerteza sobre o futuro, criada pela escassez dos recursos de produção, torna o conflito de interesses, principalmente entre produtores e consumidores de riqueza, ínsito ao capitalismo, demandando a ação mediadora do Estado,

---

<sup>66</sup> Estudos considerando Richard Ely como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Property and Contract in Their Relations to the Distribution of the Wealth* (1914) são realizados por: ADELSTEIN, Richard. *Ely, Richard Theodore (1854-1943)*, p. 28-29, e; HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economic Movement*, p. 1019-1020. Vejam-se, também: POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, p. 3, e; MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 208.

<sup>67</sup> Estudos considerando John Commons como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Legal Foundations of Capitalism* (1924) e *Institutional Economics* (1934), são realizados por: SAMUELS, Warren J. *John R. Commons (1862-1945)*, p. 499-507, e; ADELSTEIN, Richard. *Commons, John Rogers (1862-1945)*, p. 324-326. A esse respeito, vejam-se, também: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 350-356, e; HOVENKAMP, Herbert. *Op. cit.*, p. 1025-1031.

em especial do Judiciário, Poder especializado na resolução de litígios. Além do conflito, a existência de dependência mútua e desejo de relações ordenadas e estáveis no meio social determina que os indivíduos estabeleçam relações de transação – encontro de vontades que envolvem transferência de bens e determinação de preços, consideradas pelo economista norte-americano como unidade analítica básica, como problema-chave na economia e no direito. O nexos direito-economia e a importância do Judiciário na conformação das instituições são ilustrados por John Commons, que relaciona a expansão do crédito na economia à evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição de direitos de propriedade, que, na passagem do século XX, evoluiu da ideia de propriedade física para a de propriedade intangível.

A influência do institucionalismo transcendeu o meio acadêmico econômico, exercendo influência no meio acadêmico jurídico norte-americano<sup>68</sup>, em especial sobre autores como Karl Llewellyn, Robert Hale e Oliver Holmes Jr., expoentes do realismo jurídico norte-americano, movimento intelectual que, enfatizando o papel dos juizes na resolução das situações jurídicas concretas, propunha-se a captar o conteúdo real do direito por diferentes formas, inclusive mediante consideração do conteúdo e dos efeitos econômicos das normas jurídicas.

Considerando a análise econômica uma ferramenta útil para a compreensão do direito e para a elaboração de normas que possam promover melhorias nas condições sociais, Karl Llewellyn<sup>69</sup> aponta para

---

<sup>68</sup> Conforme Nicholas Mercurio e Steven Medema destacam: “mesmo que o realismo considere úteis determinados aspectos da economia neoclássica, é com o institucionalismo econômico de Thorstein Veblen e John R. Commons, ao invés da economia neoclássica, que o realismo possui afinidade.” MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 17.

<sup>69</sup> A contribuição de Karl Llewellyn, enquanto percussor no campo de direito e economia, em especial face às ideias desenvolvidas nas obras *The Effect of Legal Institutions upon Economics* (1925) e *The Constitution as an Institution* (1934), é destacada por: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Op. cit.*, p. 16-17, e; SCHWARTZ, Alan. *Karl Llewellyn and the Early Law and Economics*, p. 421-425. A esse respeito, vejam-se, também: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 11, e; RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 591-595.

a influência do direito, em especial da estrutura dos direitos de propriedade e dos contratos, no funcionamento dos mercados, bem como, destaca a influência do sistema tributário, da legislação de bem-estar social e dos empreendimentos públicos na produção e distribuição social da riqueza.

Descrito por Neil Duxbury como um realista jurídico que fez uso da emergente tradição institucionalista, e apontado por Richard Posner como o realista jurídico que antecipou algumas das descobertas do moderno movimento de direito e economia, Robert Hale<sup>70</sup> enfatiza o mútuo impacto dos processos jurídico e econômico, concebidos como fenômenos indissociáveis, considerando a economia como um sistema de poder que opera através de um sistema de coerção, o direito, bem como, destacando que a atividade reguladora do Estado é um fenômeno ao mesmo tempo público e privado, eis que afeta diretamente a liberdade individual de engajamento na atividade econômica. Em especial, a atuação reguladora do Judiciário ao dirimir controvérsias levadas à sua apreciação revela-se importante e necessária. Robert Hale enfatiza que as cortes considerem o impacto econômico de suas decisões, que realizem a aferição das consequências alocativas e distributivas, empreendendo inteligente processo de ponderação dos ganhos e perdas proporcionados pela aplicação de cada regra jurídica cuja legalidade/constitucionalidade é objeto de apreciação, em verdadeiro processo de compreensão realística dos efeitos econômicos da legislação.

Destacando que o direito é um instrumento para alcançar objetivos socialmente relevantes e que a compreensão do direito requer o

---

<sup>70</sup> Estudo considerando Robert Hale como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Course Materials for Legal Factors in Economic Society* (1935-1947) e *Freedom Throught Law: Public Control of Private Governing Power* (1954), é realizado por: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G; SAMUELS, Warren J. *Robert Lee Hale (1884-1969)*, p. 531-544. A esse respeito, vejam-se, também: POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, p. 3, e; DUXBURY, Neil. *American Legal Realism*, p. 67-68.

conhecimento dos aspectos históricos, sociológicos e, principalmente, econômicos, Oliver Holmes Jr.<sup>71</sup> consigna que:

Para o estudo racional do direito, é possível que o homem de toga preta seja o homem do presente, porém o homem do futuro é o homem da estatística e o conhecedor da economia..., todos os advogados deveriam procurar compreender a economia. Com sua ajuda aprendemos a considerar e a pesar os fins da legislação, os meios de alcançá-los e o custo envolvido. Aprendemos que para obter algo é necessário abrir mão de outra coisa, aprendemos a comparar a vantagem obtida com a vantagem que renunciamos e saber o que estamos fazendo quando escolhemos.

Especificamente quanto à responsabilidade civil<sup>72</sup>, o jurista norte-americano registra tratar-se de sistema de alocação de riscos, sendo que, por princípio, as perdas com acidentes devem ser suportadas pelas vítimas, salvo se alguma norma jurídica autorizar a trasladação dos danos à outra pessoa. Além do que, externando sua preferência pela responsabilidade subjetiva, Oliver Holmes Jr.<sup>73</sup> destaca que a adoção de uma regra universal de responsabilidade objetiva, com a responsabilização dos causadores pelos acidentes evitáveis e pelos acidentes não evitáveis, produzirá o efeito de transformar o sistema de responsabilidade civil em instrumento de insegurança social, sugerindo, em adição, que, à medida que grande parte dos acidentes industriais é produto inevitável da atividade industrial, o sistema de seguridade social constitui instrumento de atuação preferível ao sistema de responsabilidade civil.

---

<sup>71</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Path of the Law*, p. 474.

<sup>72</sup> Veja-se: POSNER, Richard A. *Holmes, Oliver Wendell, Jr. (1841-1935)*, p. 246.

<sup>73</sup> Estudo considerando Oliver Holmes Jr. como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *The Path of the Law* (1897), é realizado por: POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 244-246. Sobre o tema, vejam-se, também: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 13-14, e; RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 575-578.

Conforme Nicholas Mercurio e Steven Medema<sup>74</sup> assinalam, “do projeto realista-institucionalista resultaram numerosos estudos que tentam provar o vínculo entre direito e economia, e, neste processo, informar o pensamento e a tomada de decisão jurídica e econômica”. Contudo, mesmo que as décadas de 1920 e 1930 tenham registrado a frutífera intersecção entre direito e economia, as décadas seguintes registram a perda de influência do pensamento econômico institucionalista e do pensamento jurídico realista, fenômenos fortemente relacionados à mudança de paradigma de pesquisa nas ciências sociais que, nos moldes da terminologia proposta por Ejan Mackaay<sup>75</sup>, marcam o final da primeira onda de direito e economia.

### **3. Segunda Onda: Direito e Economia na Modernidade e Pós-Modernidade**

#### **3.1. Direito e Economia na Modernidade**

O estudo da origem comum dos precursores e da primeira onda de direito e economia confirma não ser nova a interação entre as disciplinas. Contudo, as décadas de 1940 e 1950, em especial, remetem à segunda parte da manifestação de Cento Veljanovski<sup>76</sup>, o afastamento, a negligência na análise interativa direito-economia, fato que pode ser creditado à metodologia da pesquisa científica na modernidade.

A sociedade ocidental moderna, conforme Max Weber<sup>77</sup> registrou no limiar do século XX, que tem seu ideal de racionalidade fundado na atuação do Estado moderno, no sistema econômico capitalista e na

---

<sup>74</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>75</sup> MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 68.

<sup>76</sup> VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei*, p. 25. Veja-se, a esse respeito, em formulação de caráter mais genérico: *Idem. The Economics of Law*, p. 27-30.

<sup>77</sup> De acordo com Max Weber: “o que em definitivo criou o capitalismo foi a empresa duradoura e racional, a contabilidade racional, a técnica racional, o direito racional, a tudo isso há que juntar a ideologia racional, a racionalização da vida, a ética racional da economia”: WEBER, Max. *História Econômica Geral*, p. 298.

justiça formal. No âmbito da metodologia das ciências sociais, de acordo com o sociólogo alemão<sup>78</sup>, tal processo conduziu à realização de “construções doutrinárias racionais”, “técnico-empíricas ou lógicas”, tendentes à formação de um “tipo ideal racional”, comparável com a realidade a fim de descrevê-la, compreendê-la e explicá-la por via da imputação causal com conceitos compreensíveis, os mais unívocos possíveis. Exemplos do processo de racionalização científica, apresentados por Max Weber, são a “dogmática jurídica racional” e a “teoria racional dos cálculos referentes à análise econômica de mercado”, disciplinas que têm seu caráter dogmático assemelhado à matemática e à lógica.

A dogmática jurídica racional encontra no positivismo jurídico seu expoente máximo. Enfatizando a possibilidade lógica da ciência do direito e fixando as normas jurídicas como objeto de estudo, o positivismo volta-se, na expressão de Hans Kelsen, para a construção de uma “teoria pura do direito”. Teoria que, concebendo a ordem jurídica como uma estrutura escalonada de normas<sup>79</sup>, fechada e completa, procura fornecer um conceito autônomo de direito. Conforme Hans Kelsen<sup>80</sup> registra:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental.

---

<sup>78</sup> *Idem. Metodologia das Ciências Sociais*, v. 2, p. 394-395.

<sup>79</sup> Emblemática é a tradicional figura da pirâmide das normas, derivação da formulação teórica de Hans Kelsen, fechada para o ambiente externo e com a estrutura interna estratificada em três níveis: no topo, a constituição; na faixa intermediária, as normas gerais (leis, decretos...), e; na base, as normas individuais (contratos, decisões judiciais...): KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 246-290. Registre-se, em contraponto, que, referindo-se à teoria pura do direito de Hans Kelsen, Richard Posner vislumbra a abertura de espaço para a aplicação de fundamentos de análise econômica do direito, em particular pelos juizes ao decidir diversas modalidades de conflitos levados ao Judiciário. POSNER, Richard. *Kelsen, Hayek, and the Economic Analysis of Law*, p. 2-28

<sup>80</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 1.

Fortemente enraizado no universo jurídico contemporâneo, o positivismo emerge como necessidade prática de segurança, objetividade e previsibilidade das relações sociais, tendo por característica principal o que Max Weber<sup>81</sup> identifica como racionalidade formal, ou seja, enquanto instrumento para a realização de certos fins considerados dignos de promoção pela sociedade, o direito adquire uma forma regular, torna-se um sistema normativo formal que restringe questionamentos substantivos, inclusive os de natureza econômica, considerados distorção da realidade jurídica e violação à racionalidade da ciência do direito.

A dogmática econômica, Max Weber<sup>82</sup> destaca, estabelece determinados pressupostos que, na realidade, nunca se verificam em sua totalidade, observam-se apenas em maior ou menor grau de aproximação. Além do que, a dogmática econômica exclui a influência de uma orientação do agir segundo diretrizes políticas ou extraeconômicas de qualquer tipo possível, inclusive a influência de fatores vinculados ao direito. Expressão maior da racionalidade no campo econômico é o neoclassicismo, temática introduzida no item anterior do presente estudo.

No contexto de modernidade delineado por Max Weber<sup>83</sup>, em síntese, economia e direito atuam em planos distintos, sendo que “seus objetos não podem entrar em contato de modo imediato; a ‘ordem jurídica’ ideal de uma teoria jurídica nada tem a ver diretamente com o cosmos do atuar econômico real”. Tais concepções acerca da metodologia das ciências sociais, fortemente arraigadas no pensamento científico moderno, explicam o afastamento nas décadas de 1940 e 1950 no que

---

<sup>81</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. 2, p. 12-13.

<sup>82</sup> WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*, v. 2, p. 395.

<sup>83</sup> *Idem*. *Economia e Sociedade*, v. 1, p. 210.



pode ser considerado o *mainstream* das duas ciências, o positivismo jurídico e o neoclassicismo econômico.

Contudo, o diálogo entre as duas disciplinas não foi totalmente interrompido<sup>84</sup>. A articulação entre direito e economia manteve-se, basicamente, em torno do estudo da concorrência<sup>85</sup>. O pensamento da escola ordoliberal de Fraiburg<sup>86</sup>, em especial de Franz Böhm<sup>87</sup>, concebendo a concorrência como processo social e enfatizando a liberdade de competição como valor próprio a ser tutelado pelo sistema jurídico, capitaneou a aproximação entre direito e economia na Europa. A abordagem estruturalista de Harvard<sup>88</sup>, enfatizando a influência das

---

<sup>84</sup> Entre as escassas abordagens integrativas direito-economia não vinculadas à análise da concorrência podem ser referidos os estudos realizados na Inglaterra por: Arnold Plant, no campo da propriedade intelectual (*The Economic Aspects of Copyright in Books e The Economic Theory Concerning Patents in Inventions* – 1934), e; Ronald Coase, na área empresarial (*The Nature of the Firm* – 1937). Veja-se, a esse respeito: MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 71. Além do que, na Alemanha, destaca-se a doutrina da interpretação econômica do direito tributário, com origem no anteprojeto do Código Tributário elaborado, em 1919, por Enno Becker. Doutrina que, registre-se, influenciou fortemente tributaristas brasileiros como Amílcar de Araújo Falcão e Rubens Gomes de Souza, além de autores como Eros Roberto Grau que, de forma emblemática, destaca ser “impossível, no entanto, a compreensão do fenômeno tributário se o considerarmos exclusivamente pelo seu aspecto jurídico... Imprescindível, portanto, a consideração, ao lado do jurídico, do conceito econômico de tributo... A análise econômica do fenômeno tributário, como anteriormente afirmamos, é imprescindível a sua própria compreensão”. GRAU, Eros Roberto. *O Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário*, p. 10 e 15. Sobre o tema, vejam-se: NOGUEIRA, Johnson Barbosa. *A Interpretação Econômica do Direito Tributário*, p. 2 e 42-43; BATTESINI, Eugênio. *Imunidade Tributária e Ordem Econômica na Constituição Brasileira*, p. 35-52, e; KRAFT, Gerhard; KRENGEL, Ronald, *Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective*, p. 9.

<sup>85</sup> Sobre a interação entre direito e economia da concorrência em perspectiva histórica, vejam-se: CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. *Antitrust Law*, p. 467-497, e; BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia da Concorrência: Concentração Vertical na Comunidade Européia*, p. 5-12.

<sup>86</sup> Sobre a escola ordo-liberal de Freiburg, vejam-se: PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists’ New Science of Law, 1830-1930*, p. 150-151, e; SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito Concorrencial – as Estruturas*, p. 25-28.

<sup>87</sup> Estudo considerando Franz Böhm como autor clássico no campo do direito e economia, em especial face à contribuição na análise das condições de concorrência nos mercados, realizada nas obras *Wettbewerb und Monopolkampf* (Concorrência e a luta pelo Monopólio - 1937) e *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung* (Ordem Econômica e Constituição Nacional - 1950), é desenvolvido por: GROSSKETTLER, Heinz. *Franz Böhm (1895-1977)*, p. 489-498.

<sup>88</sup> Sobre a escola estruturalista de Harvard, em especial a ideia de *workable competition* e a aplicação do paradigma estrutura-conduta-desempenho na análise de práticas

estruturas de mercado sobre o funcionamento do sistema econômico e propugnando a regulação como forma de ação preventiva destinada a evitar estruturas industriais concentradas, consideradas contrárias à concorrência por si só, manteve o vínculo entre direito e economia nos Estados Unidos.

Mas é no estudo da concorrência, com ênfase na eficiência alocativa, produção a baixos custos com benefícios máximos aos consumidores, considerado objetivo da política de defesa da concorrência, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago<sup>89</sup>, com destaque para a atuação pioneira de Aaron Director, que começa a se formar a segunda onda de direito e economia. Ao final da década de 1940, Aaron Director<sup>90</sup> encontrava-se em situação pouco usual para um economista, lecionando *antitrust* na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Adotando postura metodologicamente inovadora, realizando a aplicação de fundamentos econômicos no estudo de casos jurídicos, Aaron Director exerceu influência sobre uma geração de juristas, tais como, Robert Bork, John McGee e Richard Posner, determinando o florescimento, a partir da década de 1950, da escola de Chicago de *antitrust*<sup>91</sup>.

---

anticompetitivas, vejam-se: CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. *Op. cit.*, p. 467-473, e; FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 154-164.

<sup>89</sup> Sobre a escola de Chicago, em especial a idéia de eficiência alocativa e a aplicação da regra da razão na análise de práticas anticompetitivas, vejam-se: CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. *Op. cit.*, p. 474-479, e; SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito Concorrencial – as Estruturas* p. 22-25.

<sup>90</sup> Consistente estudo que destaca a influência intelectual de Aaron Director sobre o movimento de direito e economia é realizado por: COASE, Ronald H. *Director, Aaron (1901-)*, p. 601-604.

<sup>91</sup> Sobre a conexão entre o estudo da concorrência na escola de Chicago e a segunda onda de direito e economia vejam-se: MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 71-72, e; MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 95-99. Representativas da abordagem integrativa direito-economia da concorrência no âmbito da escola de Chicago são as obras *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976), de Richard Posner, e; *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (1978), de Robert Bork.

A frutífera interação entre direito e economia no campo da concorrência<sup>92</sup> na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, estimulou a realização de estudos econômicos abrangendo outras áreas do direito<sup>93</sup>, conduzindo à publicação, em 1958, do *Journal of Law and Economics*, cujo primeiro editor foi o próprio Aaron Director, posteriormente substituído por Ronald Coase. É justamente no periódico da Universidade de Chicago que Ronald Coase<sup>94</sup> publica, em 1960, o artigo *The Problem of Social Cost*<sup>95</sup>, marco teórico na proposição do paradigma analítico que caracteriza a segunda onda de integração entre direito e economia, juntamente com outro texto clássico, que também explora a temática da responsabilidade civil em perspectiva jurídico-econômica, o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*<sup>96</sup>, de Guido Calabresi<sup>97</sup>, publicado, em 1961, na revista da Faculdade de Direito de Yale.

No texto clássico *The Problem of Social Cost*, Ronald Coase<sup>98</sup> retoma a análise das externalidades negativas/responsabilidade civil, criticando, contudo, a proposta de correção das falhas de mercado via tributação, formulada por Arthur Pigou, na década de 1920, e até então amplamente

---

<sup>92</sup> Richard Posner se refere ao estudo da concorrência como antigo movimento de direito e economia, em contraposição ao novo movimento de direito e economia, cuja característica é a ampliação da agenda de pesquisa para todas as áreas do direito: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 23.

<sup>93</sup> Para uma ampla análise sobre a origem do contemporâneo movimento de direito e economia no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, vejam-se: COASE Ronald H. *Law and Economics at Chicago*, p. 239-254, e; MEDEMA. Steven G. *Chicago Law and Economics*, p. 1-28.

<sup>94</sup> Consistentes estudos que destacam a importância e a polêmica em torno da obra de Ronald Coase são realizados por: MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr. Richard O. *The Coase Theorem*, p. 836-892; PARISI, Francesco. *Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law*, p. 7-39, e; DEMSETZ, Harold. *Coase, Ronald Harry*, p. 262-270.

<sup>95</sup> COASE, Ronald. H. *The Problem of Social Cost*, p. 1-44.

<sup>96</sup> CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, p. 499-553.

<sup>97</sup> Consistentes estudos que destacam a influência intelectual da obra de Guido Calabresi sobre o movimento de direito e economia são realizados por: HYLTON, Keith N. *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, p. 1-18, e; SHERWIN, Emily. *Guido Calabresi*, p. 199-200.

<sup>98</sup> COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, p. 28-34.

aceita pela teoria econômica. Estabelecida a lógica de que as externalidades negativas representam um custo social, Ronald Coase contrapõe-se a perspectiva tradicional, face ao seu caráter unilateral, e enfatiza a natureza recíproca do problema. Registra que a questão que se apresenta à sociedade não é o de quem deve suportar o dano, pois, em termos de eficiência alocativa, considerando o conjunto dos mercados afetados, o resultado econômico final será indiferente. Analisando extensivamente o exemplo, utilizado por Arthur Pigou, dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Ronald Coase destaca que, considerando o conjunto da atividade econômica, mercado de transporte de cargas e mercado de produção de cereais, em termos de eficiência alocativa, o resultado final será indiferente se o ônus da internalização recair sobre a empresa de transporte ferroviário, via tributação ou regra de responsabilização civil, ou sobre o proprietário de terras limítrofes à via férrea, na ausência de regra de responsabilização civil.

O problema real que se apresenta, Ronald Coase<sup>99</sup> enfatiza, é como evitar o dano social mais grave, como estruturar o sistema jurídico de forma a proporcionar o aumento da eficiência alocativa. Adotando categoria analítica proposta por John Commons, Ronald Coase apresenta duas situações conceitualmente distintas, a de ausência de custos de transação e a de presença de custos de transação<sup>100</sup>, concebidos como os custos relacionados com a utilização do sistema de preços enquanto mecanismo de alocação de recursos nos mercados, tais como os custos

---

<sup>99</sup> COASE, Ronald. H. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>100</sup> Conforme Thráinn Eggertsson registra, “não há uma definição precisa de custos de transação”, mas, em termos gerais, “são os custos que surgem quando os indivíduos comercializam direitos de propriedade sobre ativos econômicos e fazem valer seus direitos exclusivos”: EGGERTSSON, Thráinn. *Economic Behavior and Institutions*, p. 14. De forma mais abrangente, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi conceituam custos de transação como os “custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado”: PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*, p. 75.

de informação, os custos de negociação e os custos de concluir e fazer valer contratos juridicamente eficazes.

Em contexto de ausência de custos de transação, prevalece a lógica do que se convencionou denominar teorema de Coase: “sob condições de perfeita competição, os custos sociais e privados serão equalizados”<sup>101</sup>. Ou seja, em condições ideais de clara definição dos direitos de propriedade e de custos de transação nulos, as partes desencadeiam processo de cooperação, procedem à negociação de forma a atingir solução eficiente de mercado, realizando o uso mais valioso dos recursos escassos, sem a necessidade de ação reguladora do Estado.

Considerando o exemplo dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Ronald Coase<sup>102</sup> destaca que, na situação ideal de ausência de custos de transação, a empresa de transporte ferroviário e os proprietários de terras limítrofes à via férrea desencadearão processo de negociação e chegarão a bom termo, pois cada parte ponderará seus interesses/direitos de propriedade (circulação de trens e plantação de cereais na área contígua à via férrea) e, no processo de negociação estabelecido, a parte que atribuir maior valor ao seu direito compensará a outra (por hipótese, a empresa de transporte ferroviário pagará determinada quantia aos proprietários de terras limítrofes para que eles não plantem cereais em área próxima à via férrea). Assim, em situação ideal de perfeita definição dos direitos de propriedade e custos de transação nulos, o mecanismo de preços funciona como em qualquer mercado convencional de bens ou serviços, prevalecendo a dinâmica de mercado, com a realização de eficiente alocação dos recursos econômicos escassos.

---

<sup>101</sup> A formulação inicial do teorema de Coase, feita por George Stigler, em 1966, e diversas formulações e interpretações posteriores são apresentadas por: MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr. Richard O. *The Coase Theorem*, p. 837-838. A esse respeito, veja-se, também: MEZA, David de. *Coase Theorem*, p. 271-281.

<sup>102</sup> COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, p. 31.

Ocorre que, conforme o próprio Ronald Coase<sup>103</sup> destaca, no mundo real, os direitos de propriedade não são claramente definidos e os custos de transação não são nulos, o que torna a análise complexa. A solução passa, então, pela avaliação detalhada do conjunto particular de circunstâncias econômicas envolvidas em cada caso e pela comparação dos custos e dos benefícios totais das propostas alternativas, com o intuito de evitar a ocorrência do dano mais grave do ponto de vista social. Referindo-se ao exemplo dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Ronald Coase destaca que a existência de custos de transação elevados pode dificultar solução negociada, sendo que, contudo, tal fato não necessariamente torna a responsabilização civil da empresa de transporte ferroviário o melhor instrumento de atuação frente aos acidentes, a melhor forma de resolver o problema das externalidades negativas.

De acordo com Ronald Coase<sup>104</sup>, faz-se necessária análise comparativa das diferentes alternativas jurídicas possíveis, considerando os custos totais envolvidos na operacionalização de cada uma, de forma a “idealizar arranjos institucionais que venham a corrigir defeitos em uma parte do sistema sem causar prejuízos mais sérios em outras partes”. No exemplo dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, o sistema jurídico pode ser conformado, por hipótese: com o estabelecimento de regras que determinem (regulação administrativa) ou que criem incentivos (benefícios fiscais) para o uso de equipamento que previna a emissão de faíscas pelas locomotivas; com o estabelecimento de regras proibindo a plantação de cereais em faixa de terra contígua à via férrea (limitação ao exercício do direito de propriedade), ou limitando o valor da indenização dos prejuízos causados pelos incêndios de forma a desestimular a plantação em tal área (responsabilidade civil). Assim

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 34.

sendo, no mundo real, a solução do problema do custo social representado pelas externalidades negativas passa pela ação reguladora do Estado, mediante eficaz configuração do sistema jurídico, eis que variáveis relevantes para o funcionamento do sistema econômico, como os direitos de propriedade e os custos de transação, são fortemente conformadas no plano jurídico.

Reconhecendo, pois, a forte interação entre os fenômenos jurídicos e os fenômenos econômicos, Ronald Coase<sup>105</sup> propõe a adoção de abordagem comparativa institucional: “é claro que nós não descobrimos ainda como alcançar o mundo ideal de onde nós estamos. Melhor *approach* parece ser iniciar nossa análise de uma situação que se aproxime da atualmente existente, para analisar os efeitos de uma proposição política de mudança e procurar decidir se a nova situação será, no total, melhor ou pior do que a original”. Na economia, Ronald Coase<sup>106</sup> propõe, “nós temos que ter em conta os custos envolvidos na operação dos diferentes arranjos sociais, assim como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema”, ou, de forma mais abrangente, imperiosa a análise de como o sistema jurídico influencia a prática econômica. Na prática jurídica, Ronald Coase<sup>107</sup> destaca, é desejável que “as cortes considerem os efeitos econômicos de suas decisões” ou, de forma mais abrangente, que a conformação do sistema jurídico seja feita considerando os fatores econômicos, juntamente com o conjunto de fatores sociais relevantes.

As inovadoras proposições teóricas formuladas por Ronald Coase, a partir da análise da temática das externalidades negativas/responsabilidade civil, desencadearam a progressiva realização de estudos acadêmicos ao longo da década de 1960 e seguintes, determinando: no âmbito da ciência econômica, o surgimento da nova economia institucional, movimento cuja qualificação oscila de

---

<sup>105</sup> COASE, Ronald H., *The Problem of Social Cost*, p. 43.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 19 e 43.

revolucionário paradigma no estudo da economia à simples ajuste de rota nas ideias neoclássicas, bem como no âmbito da ciência jurídica, o surgimento do contemporâneo do movimento de direito e economia, em especial na perspectiva de análise econômica do direito desenvolvida pela escola de Chicago.

Assim como Ronald Coase, Guido Calabresi<sup>108</sup> conecta fundamentos jurídicos e econômicos para analisar a temática das externalidades negativas/responsabilidade civil, escrevendo outra “pedra fundamental” do movimento de direito e economia, o artigo *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*. No texto seminal, publicado em 1961, o jurista ítalo-americano volta-se à análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, sustentando, de forma similar ao que Victor Mataja havia feito ao final do século XIX, que o preço dos bens deve refletir os custos totais de produção, que o empreendimento deve suportar as perdas com acidentes decorrentes da atividade de risco por ele realizada.

Não obstante considerar aspectos como a prevenção e a dispersão social dos riscos, via mecanismo de preços, em *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, Guido Calabresi<sup>109</sup> centra esforços no estudo do sistema de responsabilidade civil enquanto regime regulatório voltado ao controle das externalidades negativas, enfatizando que: “nós não abandonamos a estrutura econômica básica que requer que o preço dos bens seja reflexo dos custos de produção... no máximo nós temos combinado nossa preocupação com a eficiente produção do que as pessoas querem, com uma crescente insistência em outros valores”, entre os quais está “o desejo de mitigar o efeito das perdas pela ampla dispersão”; bem como, destacando que “um sistema de alocação das perdas que realiza um trabalho adequado do ponto de vista de cada um destes diferentes valores tem maior probabilidade de permanecer

---

<sup>108</sup> CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, p. 500-501.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 533.



estabelecido do que um sistema que enfatiza um conjunto de valores com exclusão de outros”.

A preocupação com a construção de um sistema de responsabilidade civil que “tenha maior probabilidade de permanecer estabelecido”, que contemple o conjunto de valores socialmente relevantes, constitui a tônica do livro *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. Na obra publicada em 1970, Guido Calabresi<sup>110</sup> considera que qualquer sistema de responsabilidade civil possui dois objetivos principais (veja-se o item 2.1.1.2.): “primeiro, ele deve ser justo ou equitativo; segundo, ele deve reduzir os custos de acidentes”. Em relação ao objetivo da justiça ou equidade, destaca tratar-se de “um teste final pelo qual qualquer sistema de responsabilidade civil deve passar”, como “um veto ou limitação do que pode ser feito para alcançar a redução de custos”.

Enfatizando que, “além do requerimento de justiça, é axiomático que a principal função do direito dos acidentes seja reduzir a soma dos custos dos acidentes e dos custos de prevenção dos acidentes”<sup>111</sup>, Guido Calabresi volta-se para a análise estrutural de tais custos, classificando-os em três modalidades, primários, secundários e terciários<sup>112</sup>. Os custos primários se relacionam com os danos diretos causados às vítimas, tais como a reparação de automóvel em um acidente de trânsito, bem como eventuais lucros cessantes. Os custos secundários, associados à dispersão do risco, são os custos sociais dos acidentes ou os custos de terceiros, por exemplo, o seguro obrigatório de automóveis, a manutenção de sistema de previdência social e os custos de adequação dos automóveis às normas de segurança. Os custos terciários dizem respeito à liquidação dos danos, são os gastos realizados para se efetivar a reparação do dano, tais como os gastos realizados pelo Poder Público com o registro de acidentes, as despesas relacionadas com processos

---

<sup>110</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 24.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 24-33.

judiciais e os gastos realizados pelo Poder Público na esfera penal, tais como a manutenção do sistema penitenciário.

Acrescentando à análise a premissa básica de que a sociedade não almeja evitar a ocorrência de acidentes a qualquer custo, mas sim controlar os custos dos acidentes de maneira consistente com o conjunto de objetivos sociais, Guido Calabresi<sup>113</sup> estabelece a lógica de que a minimização da soma dos custos primários, secundários e terciários e dos custos de prevenção dos acidentes deve pautar o debate acerca da formatação de um sistema de responsabilidade civil. Delineado tal contexto, aponta para a necessidade de ponderação dos custos e benefícios envolvidos no processo de tomada de decisão, situação que torna recomendável que o estudo das normas de responsabilidade civil seja realizado mediante a utilização de fundamentos econômicos, em adição aos fundamentos jurídicos.

Considerando que as normas de responsabilidade civil atuam como sistema de incentivos à adoção de conduta preventiva pelas partes envolvidas em situação de risco de acidentes, Guido Calabresi<sup>114</sup> propõe que a construção de um sistema de responsabilidade civil seja realizada mediante a adoção de regras simples e diretas concebidas a partir da ideia de menor custo de prevenção, princípio do *cheapest cost avoider*: “uma abordagem puramente de mercado para os custos primários de evitar acidentes requer a alocação dos custos de acidentes para aqueles atos ou atividades (ou combinação deles) que podem evitar acidentes a custos mais baixos”. Dito de outra forma, de acordo com o princípio do *cheapest cost avoider*, nas hipóteses em que qualquer das partes estivesse em condições de evitar o acidente, os custos primários devem ser suportados por quem poderia tê-lo feito a custos menores, eis que possuía vantagem comparativa para fazê-lo e não o fez. Em exemplo genérico de aplicação do princípio do *cheapest cost avoider*, Guido

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>114</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 135.

Calabresi<sup>115</sup> refere-se à hipótese de prevenção de acidentes mediante a instalação de equipamento de segurança (para-choques com amortecimento de impacto – *spongy bumpers*) pelo fabricante de automóvel, considerado o *cheapest cost avoider*.

A partir da noção de mais baixo custo de prevenção, Guido Calabresi<sup>116</sup> critica a edificação de um sistema de responsabilidade civil com base na noção de culpa, considerando tratar-se de:

Um sistema pobre de controle de mercado..., que nós não devemos utilizar se o nosso objetivo é o estabelecimento de um sistema ótimo de controle de mercado dos custos dos acidentes..., se o nosso objetivo é alocar os custos dos acidentes à parte, à categoria ou à atividade que melhor pode fazer escolha entre evitar ou incorrer em custos de acidentes e, desse modo, considerar a minimização da soma dos custos de evitar ou ter acidentes.

A influência do pensamento de Guido Calabresi sobre o contemporâneo movimento de direito e economia, em especial sobre a escola de Yale, é marcante. A qualidade distintiva da contribuição de Guido Calabresi, Cento Veljanovski<sup>117</sup> sintetiza, foi demonstrar o poder de alguns simples princípios de economia na promoção de maior racionalidade a uma área relevante do direito e desenvolver uma base coerente para sua reforma. Reforma que, como o próprio Guido Calabresi<sup>118</sup> enfatiza, deve conciliar aspectos econômicos e jurídicos, dado que “a teoria econômica pode sugerir uma abordagem – o mercado – para a tomada de decisões. Mas, as decisões considerando vidas contra dinheiro ou conveniência não podem ser puramente monetárias, então o método de mercado nunca deve ser o único utilizado”.

Além dos fundamentais trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi, o período compreendido entre o final da década de 1950 e o

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 136-138.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>117</sup> VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 38.

<sup>118</sup> CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 18.

início da década de 1970 registra outras relevantes contribuições<sup>119</sup>, que marcam a transição para o novo paradigma de análise integrativa direito-economia, destacando-se os estudos desenvolvidos por Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demset, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi.

Voltando-se ao estudo da democracia, com o propósito de analisar a lógica básica do processo eleitoral e da tomada de decisão governamental, Anthony Downs<sup>120</sup> vale-se do instrumental da ciência econômica para analisar os fenômenos políticos, evidenciando que, assim como produtores e consumidores agem racionalmente nos mercados concorrenciais, objetivando maximizar lucro/utilidade, de forma análoga, políticos e eleitores agem racionalmente no cenário democrático na busca por votos, poder político, *status* ou prestígio social.

A ideia de comportamento racional, movido pelo autointeresse de eleitores, políticos e agentes públicos, é também explorada por James Buchanan e Gordon Tullock<sup>121</sup>, que utilizam instrumentos de análise

---

<sup>119</sup> Para uma visão abrangente da literatura integrativa direito-economia produzida no período 1958-1973, que compreende, também, o trabalho de autores como Steven Cheung (*Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements* – 1969; *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource* – 1970), William Landes (*An Economic Analysis of the Courts* – 1971), Bruno Leoni (*Freedom and the Law* – 1961), Henry Manne (*Our Two Corporate Systems: Law and Economics* – 1967) e Allan Schmid (*Property, Power and Progress* – 1965), veja-se: MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 74-75.

<sup>120</sup> Conforme registra Anthony Downs, na obra clássica *An Economic Theory of Democracy* (1957): “o papel do governo no mundo da teoria econômica não é de modo algum proporcional à sua predominância... pouco progresso se fez na direção de uma regra de comportamento generalizada, porém realista, para um governo racional, semelhante às regras tradicionalmente usadas no caso dos consumidores e produtores racionais... Essa tese é uma tentativa de fornecer essa regra de comportamento democrático e de rastrear suas implicações. Duas principais hipóteses são explicitamente desenvolvidas em nosso estudo: a teoria de que os partidos agem de modo a maximizar votos e o postulado de que os cidadãos se comportam racionalmente em política”: DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 25 e 318.

<sup>121</sup> Estudos destacando as contribuições de James Buchanan e Gordon Tullock no campo de direito e economia, em especial a obra *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (1962), são desenvolvidos por: MUELLER, Dennis C. *Buchanan, James McGill (Born 1919)*, p. 179-185; GOETZ, Charles. *Tullock, Gordon (1922-)*, p. 628-630, e; ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and*

econômica com o propósito construir uma “teoria econômica generalizada das constituições”, com vistas à formulação de modelo de ação coletiva - teoria das escolhas públicas que explique os meios pelos quais interesses individuais contrários são harmonizados de forma a se alcançar o consenso na democracia constitucional.

A aplicação de modelos de escolha racional além das tradicionais fronteiras da economia constitui a tônica do trabalho de outro consagrado economista, Gary Becker<sup>122</sup>, que, partindo do pressuposto de que os indivíduos maximizam seu bem estar da forma como o concebem (egoísta, altruísta, leal, masoquista...), analisa questões como a discriminação contra minorias, as relações familiares (casamento, divórcio, fertilidade, assistência mútua entre familiares), as decisões pessoais sobre educação, saúde, mudança de endereço, atividade profissional (teoria do capital humano) e, em especial, a criminalidade, fenômeno cuja racionalidade está associada ao retorno esperado com a atividade ilícita *vis a vis* aos riscos envolvidos, incluindo a probabilidade de captura e a severidade da pena.

Avançando na linha analítica proposta por Ronald Coase, George Stigler<sup>123</sup> chama a atenção para importante componente dos custos de transação, os custos de informação, recurso escasso assimetricamente distribuído entre os agentes econômicos que afeta sensivelmente a dinâmica de funcionamento dos mercados, além do que, centra esforços

---

*Economics: 1739-2003*, p. 20. Veja-se, também, a leitura do próprio James Buchanan, ao receber o prêmio Nobel de economia, *The Constitution of Economic Policy* (1986).

<sup>122</sup> Estudo destacando a contribuição de Gary Becker no campo de direito e economia, em especial as obras *The Economics of Discrimination* (1957), *Human Capital* (1964), *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), é desenvolvido por: LANDES, William M. *Becker, Gary Stanley (1930-)*, p. 153-156. Veja-se, também: POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, p. 60-61, além da leitura do próprio Gary Becker ao receber o prêmio Nobel de economia, *The Economic Way of Looking at Life* (1992).

<sup>123</sup> Estudos destacando a contribuição de George Stigler no campo de direito e economia, em especial as obras *The Economics of Information* (1961) e *The Theory of Economic Regulation* (1971), são desenvolvidos por: SEEN, Peter R. *George Joseph Stigler (1911-92)*, p. 700-708, e; TELSER, Lester G. *Stigler, George Joseph (1911-1991)*, p. 540-544. Veja-se, também, a leitura do próprio George Stigler ao receber o prêmio Nobel de economia, *The Process and Progress of Economics* (1982).

no estudo da atuação do Estado na correção de falhas de funcionamento de mercado, desenvolvendo teoria econômica da regulação pública, cuja tese central é que, em regra, a regulação favorece interesses privados de grupos politicamente influentes, normalmente produtores ou setores da indústria regulada, em detrimento dos interesses dos consumidores - teoria da captura <sup>124</sup>.

Enfatizando o papel do direito como instrumento de coesão social, a função de suporte à ordem espontânea desempenhada pelas instituições jurídicas, em especial as normas que definem direitos de propriedade, que limitam o exercício dos direitos de propriedade frente a terceiros e que estabelecem o *enforcement* dos contratos, Friedrich Hayek<sup>125</sup> considera que tais instituições são responsáveis pela criação de ambiente estável de interação econômica, mediante o estabelecimento de padrão previsível de comportamento que facilita a ação coordenada dos indivíduos nos mercados, de forma a permitir o exercício da liberdade individual em contínuo processo de descoberta de soluções e aproveitamento das oportunidades que se apresentam no ambiente sócioeconômico. Além do que, colocando em evidência as virtudes do sistema da *common law*, considerado fruto de processo evolucionário espontâneo, Friedrich Hayek realça a função desempenhada pelos juízes que, mediante gradual e contínua adaptação do direito existente às novas

---

<sup>124</sup> Conforme George Stigler destaca, “O Estado – a máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda a atividade econômica na sociedade. Com o seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou de dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de indústrias... As tarefas centrais da teoria da regulação econômica são justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de recursos... Uma das teses centrais deste artigo é a de que, em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício”. STIGLER, George J. *A Teoria Econômica da Regulação*, p. 23.

<sup>125</sup> Estudos avaliando a contribuição de Friedrich Hayek na análise integrativa direito-economia, em especial as obras *Constitution of Liberty* (1960) e *Law, Legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (3 v., 1973-1979), são desenvolvidos por: HAUWE, Ludwig Van den. *Friedrich August von Hayek (1899-1992)*, p. 545-558, e; O'BRIEN D. P. *Hayek, Friedrich August von (1899-1992)*, p. 217-229. A esse respeito, veja-se, também: STEELE, G. R. *The Economics of Friedrich Hayek*, p. 28-51.

condições sociais, realizam a seleção de regras de conduta que se encontram dispersas no meio social, cristalizando no sistema jurídico o conhecimento social acumulado ao longo do tempo, bem como permitindo sua comunicação/difusão às gerações presente e futura.

Considerando os direitos de propriedade, concebidos como garantia de exclusividade na utilização e possibilidade de transferência voluntária de ativos econômicos, como instituições cruciais na coordenação econômica, na alocação de recursos e no desenvolvimento do intercâmbio, face à criação de incentivos para que os indivíduos tomem decisões acerca de investimento, trabalho, poupança e inovação tecnológica, Armen Alchian e Harold Demsetz<sup>126</sup> se voltam para o estudo da influência das variações nos limites dos direitos de propriedade sobre o sistema de preços e alocação de recursos nos mercados, associando a existência de falhas de mercado, em especial as externalidades negativas, à insuficiente definição e *enforcement* dos direitos de propriedade.

Utilizando a história econômica como substrato para o desenvolvimento de uma teoria das instituições e do desenvolvimento econômico, Douglass North<sup>127</sup> sustenta que a chave para a compreensão do crescimento econômico é a habilidade da sociedade em criar e fazer valer instituições que reduzam a incerteza, que minimizem as externalidades e os custos de transação envolvidos na atividade econômica, tornando possível a coordenação dos agentes e a operação

---

<sup>126</sup> Estudo destacando as contribuições de Armen Alchian e Harold Demsetz no campo de direito e economia, em especial as obras *Some Economics of Property Rights* (Armen Alchian – 1961), *Some Aspects of Property Rights* (Harold Damsetz – 1964) e *The Property Right Paradigm* (Armen Alchian e Harold Damsetz – 1973), é desenvolvido por: VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 34-35. A esse respeito, veja-se, também: ESPINO, José Ayala. *Instituciones y Economía, una Introducción al Neoinstitucionalismo Económico*, p. 212-245.

<sup>127</sup> Estudos destacando as contribuições de Douglass North no campo econômico, em especial as obras *Institutional Change and American Economic Growth* (co-autoria com Lance Davis - 1971) e *The Rise of the Western World: a New Economic History* (co-autoria com Robert Thomas - 1973), são desenvolvidos por: MYHRMAN, Johan; WEINGAST, Barry R. *Douglass C. North's Contributions to Economic and Economic History*, p. 185-193, e; GALA, Paulo. *A Teoria Institucional de Douglass North*, p. 89-105. Veja-se, também a leitura do próprio Douglass North ao receber o prêmio Nobel de economia, *Economic Performance through Time* (1993).

eficiente dos mercados. O segredo do êxito de nações economicamente bem sucedidas, Douglass North enfatiza, consiste na capacidade de realizar arranjos institucionais que assegurem a clara definição e a garantia dos direitos de propriedade, bem como promovam a criação de institutos jurídicos e sociais geradores de incentivos para que os indivíduos desenvolvam seus conhecimentos e habilidades, sendo recompensados segundo seu grau de sucesso, proporcionando acumulação de capital, progresso tecnológico e maior eficiência ao sistema econômico.

Seguindo a linha analítica proposta por autores vinculados ao movimento institucionalista norte-americano, em especial, John Commons, Warren Samuels<sup>128</sup> volta-se para o estudo da inter-relação entre o processo jurídico e o processo econômico, *legal-economic nexus*, destacando que o direito é função da economia e que a economia (especialmente a estrutura) é função do direito, que ambos interagem de forma contínua e dinâmica, em sistema de mútua coerção – *ongoing process*.

No mesmo ano em que, nos Estados Unidos, Guido Calabresi<sup>129</sup> volta-se à análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, publicando o pioneiro artigo *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961), de forma independente, na Itália, Pietro Trimarchi<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Estudo destacando a contribuição de Warren Samuels no campo de direito e economia, em especial a obra *Interrelations between Legal and Economic Processes* (1971), é desenvolvido por: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 217-219. Vejam-se, também: RUTHERFORD, Malcolm. *Institutions in Economics, the Old and the New Institutionalism*, p. 2-3, e; SAMUELS, Warren. *The Legal-Economic Nexus*, p. 24-25.

<sup>129</sup> De acordo com Guido Calabresi, “Trimarchi desenvolveu abordagem para os acidentes que guarda forte analogia com a que eu desenvolvi independentemente em vários artigos publicados contemporaneamente aos seus trabalhos. O seu tratamento do que eu denomino método de prevenção geral ou método de mercado de controle dos acidentes contém algumas sensíveis diferenças em abordagem e conclusão em relação ao meu. Mas as similaridades são notáveis, especialmente em vista do meio jurídico totalmente diferente no qual o trabalho dele e o meu floresceram”: CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 3-4.

<sup>130</sup> Estudos avaliando a contribuição de Pietro Trimarchi no âmbito do movimento de direito e economia, em especial as obras *Rischio e Responsabilità Oggettiva* (1961), *Causalità e Danno* (1967) e *Sul Significato Economico dei Criteri di Responsabilità Contrattuale* (1970), são desenvolvidos por: FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco.



realiza estudo da função e estrutura da responsabilidade civil em termos econômicos, publicando a obra *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Com explícita inspiração em Victor Mataja<sup>131</sup>, Pietro Trimarchi desenvolve modelo analítico de responsabilização objetiva pelo risco do empreendimento. Modelo edificado sob a premissa de que o risco introduzido na sociedade pela atividade empresarial é parte de suas responsabilidades e, como tal, deve ser suportado como parte de seus custos de produção; dito de outra forma, o empreendimento deve cobrir a integralidade dos seus custos de produção, não apenas os custos regulares com matéria-prima, mão-de-obra, máquinas e equipamentos, mas também os custos com danos causados a terceiros em virtude de acidentes ocorridos no desenvolvimento de atividade econômica exercida de forma contínua e organizada.

Em contexto de intenso processo de industrialização, registra Pietro Trimarchi<sup>132</sup>, a regra geral de responsabilização civil por culpa se revela insuficiente, pois, em análise casuística desenvolvida pelo Judiciário, o autor pode vir a se beneficiar pela não reparação dos danos gerados pela atividade empresarial, sendo que tal transferência de custos de produção a terceiros conduz a resultados sociais indesejáveis. Faz-se necessária a mudança do paradigma, com o estabelecimento de regras de responsabilização objetiva que contemplem a obrigação de reparação do dano por quem desenvolve a atividade empresarial, eis que possui controle das condições gerais de risco, podendo calcular os custos dos acidentes, provisioná-los contabilmente e incluí-los no preço dos produtos levados ao mercado. Assim, mediante a responsabilização objetiva, seria estabelecida a necessária vinculação entre o risco introduzido na sociedade e o retorno esperado pela atividade

---

Pietro Trimarchi (1934-), p. 709-726, e; PARISI, Francesco. *Laudatio: Pietro Trimarchi*, p. 3-9.

<sup>131</sup> Citando expressamente Victor Mataja, Pietro Trimarchi destaca que “o empreendedor pode, melhor do que qualquer outro, se assegurar contra o risco e distribuí-lo ao custo total de produção”. TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, p. 14.

<sup>132</sup> FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Pietro Trimarchi (1934-)*, p. 13, 43 e 213.

desenvolvida, criando-se incentivos para o controle socialmente eficiente dos riscos do empreendimento.

Sob a ótica econômica<sup>133</sup>, em consonância com o pensamento de Pietro Trimarchi, um sistema de responsabilidade civil desempenha papel fundamental, conectado à determinação dos custos de produção e à geração de lucro, elementos essenciais na escolha das estratégias da atividade empresarial. Um sistema de responsabilização civil calcado na noção de culpa propicia a externalização de custos de produção, caracterizados pelos danos dos acidentes ocorridos durante o desenvolvimento da atividade empresarial, proporcionando lucros extraordinários às empresas favorecidas, situação, essa, que altera as condições normais de concorrência entre os competidores, tornando rentáveis empresas ineficientes e permitindo a sobrevivência de atividades econômicas marginais. Por outro lado, um sistema de responsabilidade civil calcado na noção de responsabilidade objetiva propicia a internalização de todos os custos de produção, eliminando lucros extraordinários, situação que permite o nivelamento das condições de concorrência entre competidores, fazendo com que empresas ineficientes sejam excluídas do mercado e que, em casos extremos, atividades econômicas marginais venham a regredir ou até mesmo sejam extintas, aumentando a eficiência alocativa do sistema econômico.

Além da dinâmica de funcionamento de mercado, outro aspecto econômico destacado por Pietro Trimarchi diz respeito ao estímulo à prevenção<sup>134</sup>, ao fato de que, ao ser objetivamente responsabilizado pelos acidentes, o empreendedor passa a ter incentivos para a adoção de medidas adicionais de segurança e para investir na descoberta de novas tecnologias de produção que reduzam as perdas com acidentes, criando incentivos socialmente eficientes para o controle do risco criado pela

---

<sup>133</sup> Vejam-se: FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Op. cit.*, p. 710-712.

<sup>134</sup> Vejam-se: FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Pietro Trimarchi (1934-)*, p. 710-712.

atividade empresarial e contribuindo para o desenvolvimento sócioeconômico.

Analisando a responsabilidade civil contratual<sup>135</sup>, Pietro Trimarchi atribui-lhe três objetivos básicos: promover a distribuição dos recursos de produção; promover a distribuição das perdas sem colocar em substancial risco o empreendimento econômico, e reduzir os custos judiciais de distribuição das perdas. Sustenta que a ameaça de aplicação das normas de responsabilização civil conduz a maior conformidade com o cumprimento do contratado e que a responsabilização civil deve ser imposta à parte que puder evitar os custos do inadimplemento contratual de forma menos onerosa. Para o jurista italiano, a adoção de regra que atribua a responsabilidade à parte que se encontra em melhores condições de evitar os custos do não adimplemento do contrato se evidencia relevante, eis que induz as partes a adotar níveis socialmente eficientes de precaução, conduzindo à eficiente distribuição dos recursos de produção e à maximização social da riqueza. Verifica-se, pois, que, Pietro Trimarchi e Guido Calabresi formulam, de forma independente, o princípio do custo mais baixo de prevenção, *cheapest cost avoider*, princípio que influencia fortemente a contemporânea análise econômica da responsabilidade civil.

Além da contribuição conjunta com James Buchanan (*The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* - 1962) e de contribuições individuais no âmbito da teoria das escolhas públicas, em especial a ideia de comportamento oportunista (*rent-seeking*) na esfera pública (*Toward a Mathematics of Politics* - 1967), pioneira contribuição ao movimento de direito e economia é realizada por Gordon Tullock no livro *The Logic of Law* (1971). Qualificado por Charles Rowley<sup>136</sup> como o “livro seminal do movimento de direito e economia”, o efetivo “precursor da análise econômica do direito no que concerne à

---

<sup>135</sup> Vejam-se: *Ibidem*, p. 722-725.

<sup>136</sup> ROWLEY, Charles K. *Law and Economics, Gordon Tullock*, p. XIV-XV.

aplicação da análise econômica ao sistema jurídico norte-americano”, o livro *The Logic of Law* caracteriza-se, em essência, pela utilização do instrumental analítico da economia no questionamento dos fundamentos do sistema jurídico norte-americano, ou, nas palavras do próprio Gordon Tullock<sup>137</sup>:

O livro pretende começar a discussão em um novo campo; ele aplica as mais recentes ferramentas das ciências sociais ao direito e as instituições jurídicas..., será um primeiro passo na aplicação da moderna teoria econômica na análise dos problemas jurídicos. Nosso sistema jurídico clama por reforma e aperfeiçoar o conhecimento é um necessário pré-requisito para uma reforma genuína.

Abstraindo da análise considerações de natureza moral e adotando abordagem eminentemente utilitarista<sup>138</sup>, Gordon Tullock tem por objetivo explícito lançar as bases para a construção de um sistema jurídico eficiente<sup>139</sup>, realizando análise, quanto a aspectos materiais e processuais, no campo criminal e civil. Na área criminal<sup>140</sup>, aborda questões como infrações de trânsito, crimes contra o patrimônio e, em especial, a evasão de tributos, tema discutindo em termos algébricos, associando o retorno social líquido relacionado aos diversos níveis de *enforcement* passíveis de realização pelo governo, com vistas à determinação do nível ótimo de *enforcement* associado à política tributária.

Na área civil, a ênfase é atribuída ao estudo dos contratos<sup>141</sup>, com a realização da análise da formação e do *enforcement* dos contratos à luz

---

<sup>137</sup> TULLOCK, Gordon. *The Logic of Law*, p. 4.

<sup>138</sup> “Este livro não faz suposições morais, é estritamente utilitarista em sua abordagem das instituições jurídicas. Eu sigo Bentham, mas eu tenho uma vantagem sobre ele: a moderna economia do bem-estar”: TULLOCK, Gordon. *The Logic of Law*, p. 4.

<sup>139</sup> “O que eu estou recomendando neste livro é que nós primeiro tornemos o sistema jurídico mais eficiente e então o façamos valer pelo uso das cortes e forças policiais”: *Ibidem*, p. 228.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 137-222.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 37-72.

da noção de simetria, de equilíbrio entre os benefícios e as obrigações assumidas pelos contratantes. Em relação à temática da responsabilidade civil<sup>142</sup>, atribuindo ênfase à correção das externalidades negativas, Gordon Tullock critica a regra de responsabilização subjetiva, considerada de difícil aplicação e com elevada probabilidade de erro, externando simpatia pela adoção de regra de responsabilização objetiva, conjugada com seguro privado contra acidentes, medidas dotadas de maior efetividade na reparação dos danos.

Conforme Charles Rowley<sup>143</sup> registra, mesmo que a análise econômica do direito realizada por Gordon Tullock tenha antecedido em dois anos a “*magnum opus*”, *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, “*The Logic of Law* representava uma contestação aos fundamentos do sistema jurídico dos Estados Unidos, ao invés de um livro-texto em direito e economia que racionalizasse o sistema jurídico existente”, motivo pelo qual “o livro de Tullock fracassou em exercer impacto na nova disciplina (especialmente sobre os advogados), no que o livro de Posner de 1973 certamente obteve sucesso”<sup>144</sup>.

### **3.2. Direito e Economia na Pós-modernidade**

Antes de vislumbrar a relevante contribuição de Richard Posner e prosseguir na análise da evolução do movimento de direito e economia ao longo das décadas de 1970 e 1980, que registram a aceitação, expansão e o questionamento do paradigma analítico contemporâneo de direito e economia, é conveniente contextualizar o macroambiente no qual se

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 98-123.

<sup>143</sup> ROWLEY, Charles K. *Law and Economics, Gordon Tullock*, p. XIV-XV.

<sup>144</sup> Acrescente-se a tal argumento o fato de que, contrapondo-se a tese da eficiência econômica do sistema da *common law*, defendida por Richard Posner, Gordon Tullock considera a *common law* um sistema em crise, propugnando a superioridade do sistema da *civil law*, argumento implícito em *The Logic of Law* e explicitamente desenvolvido em *Defending the Napoleonic Code over the Common Law* (1988) e *The Case against the Common Law* (1997): TULLOCK, Gordon. *Op. cit.*, p. 339-363, e; *Idem. The Case against the Common Law*, p. 399-455.

realiza a reaproximação entre direito e economia, eis que o período compreendido entre o final da década de 1960 e o início da década de 1970 é, por muitos autores, entre os quais o próprio Richard Posner<sup>145</sup>, considerado momento de transição, de crise do paradigma moderno e a passagem para o paradigma pós-moderno.

Referindo-se à “condição pós-moderna” David Harvey<sup>146</sup> registra que “vem ocorrendo uma mudança abissal nas práticas culturais, bem como político-econômicas, desde mais ou menos 1972. Essa mudança está vinculada à emergência de novas maneiras dominantes pelas quais experimentamos o tempo e o espaço”, marcando a ascensão de novas formas culturais e a emergência de modos mais flexíveis de acumulação do capital<sup>147</sup>, dando início a um “novo ciclo de compreensão do tempo-espaço na organização do capitalismo”. O ideal de racionalidade da sociedade moderna é afetado em contexto pós-moderno, determinando

---

<sup>145</sup> “O pós-modernismo, no que eu denomino aspectos históricos, tem afinidades com a aplicação da economia em comportamentos extra mercado, porque ambos estudam o efeito de desenvolvimentos materiais sobre o pensamento e são céticos na idealização de imagens das práticas sociais.” POSNER, Richard. *Overcoming Law*, p. 316-317. Conforme registra Daniel Ostas, com a publicação de *Overcoming Law* e *The Problems of Jurisprudence*, a defesa de Richard Posner da análise econômica do direito tomou novo rumo, a “análise econômica do direito adequadamente concebida é parte do mundo pós-moderno”: OSTAS, Daniel T. *Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Visions of Richard Posner*, p. 2.

<sup>146</sup> HARVEY, David. *Condição Pós-moderna, uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*, p. 7.

<sup>147</sup> Contrapondo modernidade e pós-modernidade, David Harvey destaca ser “ponto geral de acordo que alguma coisa significativa mudou no modo de funcionamento do capitalismo a partir de mais ou menos 1970”, consignando que “o longo período de expansão de pós-guerra, que se estendeu de 1945 a 1973, teve como base um conjunto de práticas de controle do trabalho, tecnologias, hábitos de consumo e configurações de poder político-econômico, e de que esse sistema pode com razão ser chamado de fordista-keynesiano. O colapso desse sistema a partir de 1973 iniciou um período de rápida mudança, de fluidez e incerteza. Não está claro se os novos sistemas de produção e de marketing, caracterizados por processos de trabalho mais flexíveis, de mobilidade geográfica e de rápidas mudanças práticas de consumo garantem ou não o título de um novo regime de acumulação... Mas os contrastes entre as práticas político-econômicas da atualidade e as do período de expansão do pós-guerra são suficientemente significativos para tornar a hipótese de uma passagem do fordismo para o que poderia ser chamado regime de acumulação flexível uma reveladora maneira de caracterizar a história recente”. A acumulação flexível “caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional”. HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 119, 140 e 163.

que, conforme Aulis Aarnio<sup>148</sup> consigna, “a relação entre Estado, direito e sociedade se torne deficitária em toda a sociedade pós-industrial”.

Os reflexos da mudança de paradigma proporcionada pela pós-modernidade, Pauline Rosenau<sup>149</sup> enfatiza, se fazem sentir na metodologia das ciências sociais, sendo que “em diversos aspectos, alguns plausíveis e outros absurdos, nas últimas três décadas, a abordagem pós-moderna tem questionado os fundamentos e o produto da pesquisa do *mainstream* das ciências sociais”. Destacando que o pós-modernismo, em sua formulação afirmativa<sup>150</sup>, pauta-se pela mudança metodológica e pelo reposicionamento do objeto de estudo<sup>151</sup>, Pauline Rosenau<sup>152</sup> registra que o impacto pós-moderno nas ciências sociais tem sido heterogêneo, revelando-se maior em áreas, como o direito, a sociologia e as ciências políticas, do que em áreas como a psicologia e a economia.

A teoria jurídica<sup>153</sup>, Pauline Rosenau<sup>154</sup> consigna, “tem sido a arena na qual as visões pós-modernas da epistemologia e método têm criado uma das mais sérias crises intelectuais”. A multiplicidade de valores e formas, o pluralismo do pensar pós-moderno abala a segurança jurídica, objetividade e previsibilidade das relações sociais, ideais do pensamento

---

<sup>148</sup> AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*, p. 35.

<sup>149</sup> ROSENAU, Pauline M. *Post-Modernism and the Social Sciences. Insights, Inroads, and Intrusions*, p. 3.

<sup>150</sup> Pauline Rosenau registra que importante característica do pós-modernismo é a ausência de unidade, apontando a existência de duas correntes básicas: o pós-modernismo cético (visão Continental-Européia), caracterizado pelo rompimento e pela crítica radical à lógica racional e aos valores da modernidade, pela visão negativa, pessimista da era pós-moderna, e; o pós-modernismo afirmativo (visão Anglo-Norte Americana), caracterizado pela crítica moderada à modernidade, dado que a pós-modernidade é meramente uma continuação lógica da modernidade, pela visão positiva, otimista da era pós-moderna. ROSENAU, Pauline M. *Post-Modernism and the Social Sciences. Insights, Inroads, and Intrusions*, p. 4-5 e 14-15.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 21 e 57-61.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>153</sup> Sobre os reflexos da pós-modernidade no direito enquanto ciência, vejam-se: MARQUES, Cláudia Lima. *A Crise Científica no Direito na Pós-modernidade e seus Reflexos na Pesquisa*, p. 54-55, e; OSTAS, Daniel T. *Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Visions of Richard Posner*, p. 193-238.

<sup>154</sup> ROSENAU, Pauline M. *Op. cit.*, p. 124.

jurídico moderno. Os elementos-chave do positivismo, a natureza sistêmica e a racionalidade formal do direito, são afetados em contexto pós-moderno, determinando, destaca Aulis Aarnio<sup>155</sup>, três tendências de crise: de racionalidade interna, afetando a conexão sistêmica, a coerência interna do sistema jurídico; de racionalidade objetiva, decorrente da regulação excessiva, e; de legitimidade, de aceitabilidade do direito pela sociedade. Verifica-se, pois, que, em contexto pós-moderno, o ideal positivista do direito como sistema autônomo fechado é objeto de questionamento, abrindo espaço para a incorporação de valores de ordem material, inclusive os de natureza econômica.

Mesmo que de forma mais lenta em relação à teoria jurídica, de acordo com Pauline Rosenau<sup>156</sup>, a lógica racional moderna no campo da teoria econômica também tem sido objeto de reflexão em contexto pós-moderno, em especial pelas abordagens alternativas ao *mainstream* neoclássico vinculadas ao institucionalismo<sup>157</sup>. A incapacidade de apresentar explicações convincentes sobre muitos fenômenos econômicos e gerar recomendações políticas capazes de resolver de fato problemas econômicos de grande relevância<sup>158</sup> têm conduzido ao crescente questionamento da dogmática econômica tal como concebida por Max Weber, com conceitos do “tipo ideal” formulados pressupondo o predomínio de interesses puramente econômicos.

Conforme Jeffrey Hodgson<sup>159</sup> registra, nos últimos anos tem surgido uma série de críticas vigorosas à teoria neoclássica, em especial quanto aos seguintes aspectos: o pressuposto da racionalidade utilitarista maximizadora com alternativas conhecidas ou suscetíveis de

---

<sup>155</sup> Aulis Aarnio credita os argumentos relativos à crise no direito a outro jurista finlandês, Kaarlo Touri: AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, p. 41.

<sup>156</sup> *Op. Cit.*, p. 4.

<sup>157</sup> Sobre os reflexos da pós-modernidade na teoria econômica, com ênfase nas abordagens institucionalistas, veja-se: BROWN, Doug. *An Institutional Look at Postmodernism*, p. 1089-1104.

<sup>158</sup> Sobre o tema, veja-se: HODGSON, Jeffrey M. *Economia e Instituições*, p. xi.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 14-17.



estimação está cada vez mais posto em causa, por ser demasiado estrito e simplista, não refletindo problemas pertinentes à obtenção de informações e à própria natureza da racionalidade humana; tendência a ver os fenômenos econômicos como evolutivos e dinâmicos, mais do que tendentes a estados de equilíbrio, e; reconhecimento crescente de que os fatores de natureza institucional são relevantes na explicação dos fenômenos econômicos, sendo que a coordenação econômica não pode ser apenas uma questão de sinalização pelos preços nos mercados, mas tem de se apoiar numa vasta gama de instituições econômicas e sociais. O caminho para a construção de um corpo teórico alternativo ao neoclássico, Jeffrey Hodgson destaca, passa pela adoção de perspectiva sistêmica, com a aproximação da teoria econômica das demais teorias sociais, de forma a abranger todas as variáveis e elementos relevantes, em especial as instituições relacionadas com o sistema jurídico.

A pós-modernidade cria, pois, ambiente favorável para a consolidação do progressivo processo de reaproximação, de intensificação do diálogo entre as ciências sociais, em especial entre direito e economia, nos moldes idealizados por Ronald Coase na revolucionária obra *The Problem of Social Cost* (1960). É em tal contexto que, ao longo das décadas de 1970 e 1980, em movimento contínuo e ascendente: a economia se aproxima do direito, determinando o reposicionamento do objeto de estudo, com a definitiva incorporação das instituições jurídicas ao universo econômico, e a inovação quanto ao método de estudo, com a progressiva reconstrução das formulações teóricas com vistas à atribuição de papel ativo às instituições jurídicas, e; o direito se aproxima da economia, determinando o reposicionamento do objeto de estudo, com a efetiva incorporação de valores econômicos ao universo jurídico, e a inovação quanto ao método de estudo, com a disseminação da utilização do instrumental analítico da ciência econômica na teoria jurídica, no que Richard Posner desempenhou papel fundamental.

Conforme assinala Charles Rowley<sup>160</sup>:

Inequivocamente, Richard A. Posner tem sido considerado o mais importante acadêmico em direito e economia desde que o seu livro-texto *Economic Analysis of Law* foi publicado pela primeira vez em 1973... mais do que qualquer outro pesquisador individual, ele tem sido responsável pela forma que tomou o movimento de direito e economia na era pós-Coase.

Em realidade, assim como a obra *The Problem of Social Cost* (1960), de Ronald Coase, constitui o marco principal da proposição do paradigma contemporâneo de análise integrativa direito-economia, a obra *Economic Analysis of Law* (1973), de Richard Posner<sup>161</sup>, constitui o marco principal da aceitação do movimento de direito e economia, representando ponto de inflexão que, de acordo com Ejan Mackaay<sup>162</sup>, assinala outro traço característico do contemporâneo movimento de direito e economia, a “entrada nas faculdades de direito dos Estados Unidos”, o posicionamento das faculdades de direito como centro de gravidade do estudo e pesquisa acadêmica.

Assim como Victor Mataja, Guido Calabresi, Pietro Trimarchi e Gordon Tullock haviam feito em momento anterior, Richard Posner, no livro *Economic Analysis of Law*, volta-se para a utilização de fundamentos econômicos no estudo de fenômenos jurídicos. Avançando em relação a tais autores, em extensão e no conteúdo da análise desenvolvida, Richard Posner realiza contribuição que marca definitivamente o movimento de direito e economia, qual seja, a difusão da abordagem integrativa direito-economia no meio jurídico em bases sustentáveis e duradouras, ou,

---

<sup>160</sup> ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 20.

<sup>161</sup> Estudos avaliando a importância de Richard Posner no âmbito do movimento de direito e economia, em especial a obra *Economic Analysis of Law* (1973), são desenvolvidos por: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 20-22; VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 39-40, e; FRIEDMAN, David D. *Posner, Richard Allen (1939-)*, p. 55-62.

<sup>162</sup> MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 76.

conforme Cento Veljanovski<sup>163</sup> e Ejan Mackaay<sup>164</sup> destacam, respectivamente: “Posner alcançou proeminência, até mesmo a notoriedade, e capturou a imaginação de uma geração de acadêmicos”; a contribuição de Richard Posner marca “a mudança do movimento na direção de capturar o coração e a imaginação dos advogados”.

O êxito de Richard Posner pode ser creditado, basicamente, a dois fatores; a metodologia de exposição utilizada e a tese central defendida, a eficiência da *common law*. No que tange à metodologia de exposição, verifica-se que na obra *Economic Analysis of Law*, em linguagem objetiva e acessível aos juristas, Richard Posner evidencia como podem ser utilizados fundamentos econômicos no estudo das principais doutrinas da *common law*. Nas palavras do próprio Richard Posner<sup>165</sup>, “grande parte do livro se ocupa com a proposição de explicações econômicas para fenômenos jurídicos modelados em termos econômicos”. *Economic Analysis of Law*, conforme Ejan Mackaay<sup>166</sup> assinala:

Foi escrito por um advogado para advogados, com estilo claro e direto..., realizando a exposição sem recorrer a jargões econômicos, estruturando-a de acordo com as tradicionais áreas do direito... O programa de pesquisa era atrativo para os advogados porque a maquinaria neoclássica, como foi apresentada pelo livro de Posner, parecia simples o suficiente para aprender e aplicar aos problemas jurídicos.

De maneira análoga, Cento Veljanovski<sup>167</sup> registra que:

---

<sup>163</sup> VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 39-40, p. 39.

<sup>164</sup> Além da publicação da obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Ejan Mackaay associa a aceitação do movimento de direito e economia no meio acadêmico jurídico à publicação, na Chicago University, do *Journal of Legal Studies*, a partir de 1972, e à organização, por Henry Manne, na George Mason University, a partir de 1971, de seminários intensivos de fundamentos econômicos para advogados, juízes, praticantes e professores de direito. MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 76.

<sup>165</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6. ed., p. 18.

<sup>166</sup> MACKAAY, Ejan. *Op. Cit.*, p. 76-77.

<sup>167</sup> VELJANOVSKI, Cento. *Op. Cit.*, p. 39-40.

Posner demonstrou que conceitos econômicos simples podem ser utilizados para analisar todas as áreas do direito – contratos, propriedade, criminal, família, comercial, constitucional, administrativo e direito processual... Posner evidenciou que diversas doutrinas jurídicas e regras processuais podem ser objeto de explicação e racionalização econômica..., que a natureza de algumas doutrinas jurídicas pode ser explicada com a utilização do conceito de eficiência econômica.

Outra razão do sucesso da obra de Richard Posner na comunidade jurídica norte-americana reside na teoria de que a *common law* pode ser explicada como um sistema voltado para a maximização de riqueza na sociedade. De acordo com Ejan Mackaay<sup>168</sup>, o fator decisivo para o sucesso de Richard Posner reside na “substância do livro: a tese da eficiência da *common law*... na apresentação da *common law* como um sistema de regras que induz as pessoas a se comportarem de maneira eficiente”. No mesmo sentido, David Friedman<sup>169</sup> registra que:

A contribuição de Posner para a análise econômica do direito está associada a uma conjectura simples que demonstrou enorme produtividade: que a *common law* (que para Posner significa *judge-made law*) pode ser mais bem entendida como um sistema de regras projetado para produzir resultados economicamente eficientes.

Nas palavras do próprio Richard Posner<sup>170</sup>:

A economia é a estrutura profunda da *common law*, e as doutrinas jurídicas são a estrutura de superfície. As doutrinas, compreendidas em termos econômicos formam um sistema coerente que induz as pessoas a se comportarem eficientemente, não apenas nos mercados explícitos, mas em todo o leque de interações sociais... Em ambiente no qual os custos das transações voluntárias são baixos, as doutrinas da *common law* criam incentivos para que as pessoas realizem suas transações via mercado... Em ambiente nos quais os custos de alocação de recursos via transações voluntárias são proibitivamente elevados,

---

<sup>168</sup> MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 76-77.

<sup>169</sup> FRIEDMAN, David D. *Posner, Richard Allen (1939-)*, p. 56.

<sup>170</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 249-250.

tornando o mercado um método inviável de alocação de recursos, a *common law* atribui preço aos comportamentos de forma a fazer às vezes do mercado... O sistema de *tort* aloca a responsabilidade por acidentes..., de forma a realizar a alocação aproximada dos recursos nos moldes em que o mercado realizaria se o mercado pudesse operar.

A temática da responsabilidade civil serviu de substrato para a análise econômica do direito de Richard Posner antes mesmo da publicação de *Economic Analysis of Law*. Em dois textos publicados no *Journal of Legal Studies*, respectivamente, *A Theory of Negligence* (1972) e *Strict Liability: a Comment* (1973), Richard Posner realiza análise econômica da responsabilidade civil no âmbito da *common law*.

Em *A Theory of Negligence*<sup>171</sup>, Richard Posner volta-se para a formulação de “teoria explicativa da função social do conceito de negligência”, defendendo a hipótese básica de que “a função dominante de um sistema de responsabilidade calcado na noção de negligência é gerar regras que, se seguidas, conduzam, ao menos aproximadamente, a níveis eficientes de acidentes e segurança”. De acordo com Richard Posner<sup>172</sup>, a principal diretiva no sentido de proporcionar uma “nova visão para a função social da responsabilidade civil por negligência” é proporcionada pela “famosa formulação de padrão de negligência realizada pelo Juiz Learned Hand – uma das poucas tentativas de atribuir conteúdo ao enganosamente simples conceito de diligência normal”, segundo a qual, na caracterização de conduta negligente:

Devem ser mensuradas três coisas: a magnitude das perdas se um acidente ocorrer; a probabilidade de o acidente ocorrer; e o custo das medidas de precaução que possam evitar o acidente... Se o produto dos dois primeiros itens excede o custo de precaução, a falta na adoção de tais medidas de precaução caracteriza a negligência.

---

<sup>171</sup> POSNER, Richard A. *A Theory of Negligence*, p. 29 e 33.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 32.

Além de evidenciar o “conteúdo econômico da negligência”, implícito na análise custo/benefício desenvolvida pelo Juiz Learned Hand, outra contribuição de *A Theory of Negligence*<sup>173</sup> para o desenvolvimento do contemporâneo padrão de análise econômica da responsabilidade civil reside na introdução de categorias analíticas tais como: acidentes entre estranhos, nos quais os custos de transação são inequivocamente elevados, demandando a regulação via sistema de responsabilidade civil, e; acidentes entre partes que mantenham relação contratual ou outro tipo de “relação de barganha”, nos quais os custos de transação podem ou não ser elevados, o que torna problemática a análise do impacto das regras de responsabilidade civil sobre o nível de acidentes e de segurança, ampliando o debate acerca do espectro de atuação de um sistema de responsabilidade civil.

Em *Strict Liability: a Comment*, Richard Posner volta-se para o tradicional debate acerca da opção entre a responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Valendo-se extensivamente do exemplo utilizado por Arthur Pigou e Ronald Coase, dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Richard Posner analisa os efeitos econômicos das regras de responsabilidade civil, enriquecendo a discussão com a incorporação de elementos como a participação da vítima no evento danoso, o nível de atividade de risco desenvolvida, os custos de litígio, a dispersão das perdas com acidentes e o nível de informação sobre a atividade de risco. A sugestiva conclusão de Richard Posner<sup>174</sup> é no sentido de que:

No presente estágio de pesquisa, a questão de se a substituição geral da responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva irá aumentar a eficiência parece ser irremediavelmente conjectural... Considerando que seja admitida alguma modalidade de defesa calcada na negligência contributiva da vítima, a teoria

---

<sup>173</sup> POSNER, Richard A. *A Theory of Negligence*, p. 36-37.

<sup>174</sup> POSNER, Richard A. *Strict Liability: a Comment*, p. 211-212 e 220-221.

econômica, em geral, não proporciona base para justificar a preferência pela responsabilidade objetiva à negligência ou a negligência à responsabilidade objetiva... A questão, no fundo, é empírica e trabalhos empíricos não têm sido realizados... Dados empíricos podem permitir quem nós nos desloquemos além do agnosticismo.

As décadas de 1970 e 1980 registraram o crescimento, a maturação e a consolidação do movimento de direito e economia, conforme consigna Cento Veljanovski<sup>175</sup>, “na metade da década de 1980, a economia do direito encontrava-se firmemente estabelecida como área do estudo jurídico na América do Norte”. Com forte inspiração no trabalho inovador de Richard Posner, juristas aderem ao programa de pesquisa proposto, fazendo ampla utilização de fundamentos econômicos no estudo de questões jurídicas. Economistas incorporam-se ao projeto acadêmico, unindo forças aos juristas nas atividades de ensino e pesquisa, desencadeando processo sinérgico que conduziu à definitiva incorporação do novo campo de estudo ao programa das principais faculdades de direito dos Estados Unidos<sup>176</sup>.

A temática da responsabilidade civil, novamente, ocupou papel de destaque, servindo de substrato para o consistente desenvolvimento teórico verificado no período. De acordo com William Landes e Richard

---

<sup>175</sup> VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 40-41.

<sup>176</sup> Outro aspecto que evidencia o crescimento do movimento de direito e economia é a extrapolação do meio acadêmico norte americano e incorporação à prática jurídica. Robert Cooter e Thomas Ulen registram que “o impacto deste novo campo vai além das universidades e chega à prática do direito e a execução de políticas públicas. A economia proporcionou os fundamentos intelectuais do movimento de desregulação dos anos 70... Além do que, vários acadêmicos destacados no campo do direito e economia foram designados juízes federais e têm utilizado a análise econômica em suas opiniões: Associate Justice Stephen Breyer da *U.S Supreme Court*; Juizes Richard Posner e Frank Easterbrook da *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*; Juiz Guido Calabresi da *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*; Juizes Douglas Ginsburg e Robert Bork da *U.S. Court of Appeals for D.C. Circuit*; e, Juiz Alex Kozinski da *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*”: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, p. 3. No mesmo sentido, Frank Easterbrook destaca que “os juízes da *U.S Supreme Court* estão mais sofisticados no uso do raciocínio econômico, e o estão aplicando de maneira mais abrangente do que em qualquer outra época”: EASTERBROOK, Frank. *The Court and the Economic System*, p. 4-5.

Posner<sup>177</sup>, “após um hiato de 10 anos que se seguiu à publicação dos artigos de Coase e Calabresi, a erudição econômica em *torts* irrompeu em um fluxo sustentável que se mantém até os dias presentes”. Em uma série de artigos publicados nas décadas de 1970 e 1980 são tratadas questões como os mecanismos de atuação frente aos acidentes/correção das externalidades negativas, os efeitos das normas de responsabilidade civil sobre a alocação dos recursos econômicos, a opção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva e a análise econômica dos elementos da responsabilidade civil - nexos de imputação, nexos causal e dano.

Gradualmente vai sendo moldado o marco analítico contemporâneo da análise econômica da responsabilidade civil, podendo ser referidas as seguintes contribuições: Harold Demsetz, *When Does the Rule of Liability Matter?* (1972); Guido Calabresi e Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* (1972); Guido Calabresi e Jon Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts* (1972); John Brown, *Toward an Economic Theory of Liability* (1973); Peter Diamond, *Single Activity Accidents* (1974); Guido Calabresi, *Concerning Cause in the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.* (1974); Jerry Green, *On the Optimal Structure of Liability Laws* (1976); Mitchell Polinsky, *Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tax-Subsidy Approaches* (1979); Steven Shavell, *Strict Liability versus Negligence* (1980); Mitchell Polinsky, *Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting* (1980); Steven Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts* (1980); Mário Rizzo, *Law amid Flux: the Economics of Negligence and Strict Liability in Tort* (1980); William Landes e Richard Posner, *The Positive Theory of Tort Law* (1981); Robert Coote, *Economic Analysis of Punitive Damages* (1982); Lewis Kornhauser, *An Economic Analysis of the Choice between Enterprise and Personal Liability for Accidents* (1982); William Landes e Richard Posner, *Causation in Tort Law: An Economic*

---

<sup>177</sup> LANDES, William M; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 7.



*Approach* (1983); Mark Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence* (1983); Guido Calabresi e Alvin Klevorick, *Four Tests for Liability in Torts* (1985), e; William Landes e Richard Posner, *A Positive Economic Analysis of Product Liability* (1985).

A consolidação do marco contemporâneo de análise econômica da responsabilidade civil ocorre com a publicação dos livros *Economic Analysis of Accident Law* (1987), de Steven Shavell<sup>178</sup>, e *Economic Structure of Tort Law* (1987), de William Landes e Richard Posner. Tais obras, Hugo Acciarri<sup>179</sup> registra, apresentam os “modelos canônicos” da análise econômica da responsabilidade civil, contêm “o conjunto de modelos básicos mais frequentemente utilizados como ponto de partida para os investigadores da área”.

Com ampla utilização do instrumental matemático, que possui “a vantagem de permitir responder questões preditivas e normativas de maneira não ambígua”, Steven Shavell<sup>180</sup> realiza a formalização dos modelos teóricos de causação unilateral e de causação bilateral, considerando os incentivos gerados pelas regras de responsabilidade civil, bem como a influência de fatores como o nível de precaução, o nível de atividade, o nível de informação, o nível de aversão ao risco e os custos administrativos, sobre o comportamento das partes envolvidas situações de risco de acidentes. Além do que, em análise preponderantemente normativa, Steven Shavell vislumbra os elementos da responsabilidade civil - nexos de causalidade, nexos de imputação e danos, assim como realiza estudo comparativo dos diversos instrumentos de controle de risco de acidentes.

---

<sup>178</sup> Estudo avaliando a importância de Steven Shavell no âmbito do movimento de direito e economia, em especial a obra *Economic Analysis of Accident Law* (1987), é desenvolvido por: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 23-24.

<sup>179</sup> ACCIARRI, Hugo. *El Análisis Económico del Derecho de Daños*, p. 28.

<sup>180</sup> SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*, p. 3.

Utilizando a formalização matemática de maneira menos intensiva do que Steven Shavell, William Landes e Richard Posner<sup>181</sup> elegem a temática da responsabilidade civil para testar a hipótese da eficiência da *common law*. Conforme os autores registram:

Este livro testa a teoria da eficiência da *common law* pelo exame das regras de *tort law*..., simples modelos econômicos versando sobre as regras de responsabilidade são construídos e aplicados... Os modelos realizam previsões relativamente a regras específicas de *tort law* que podem ser adotadas para promoção da eficiência, permitindo que nós façamos a comparação das previsões dos modelos com as regras atuais.

Realizando análise preponderantemente positiva, sem abrir mão do potencial normativo dos modelos econômicos - “mesmo que nossa ênfase seja a exposição e o teste de uma teoria positiva de *tort law*, nós nos aventuramos a fazer ocasionais sugestões para a reforma do direito”, William Landes e Richard Posner<sup>182</sup> consideram os principais institutos e doutrinas de *tort law* relativamente à aplicação das regras de responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, com destaque para a regra de Hand, além de discutir tópicos como a responsabilidade civil nas relações de trabalho e de consumo.

Não obstante a sólida adesão de pesquisadores e a posição estável alcançada no meio acadêmico norte-americano, o movimento de direito e economia não passou imune a críticas. Conforme Ejan Mackaay<sup>183</sup> relata, o questionamento do paradigma de análise econômica do direito nos moldes proposto por Richard Posner foi outro fenômeno verificado ao longo das décadas de 1970 e 1980, reunindo em intenso debate, “o melhor das mentes americanas na defesa e na crítica ao movimento de direito e economia”.

---

<sup>181</sup> LANDES, William M; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. vii.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. viii.

<sup>183</sup> MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 77.

Autores vinculados à tradição do institucionalismo norte-americano (Warren Samuels e Allan Schimd), da escola austríaca (Mário Rizzo), da *public choice* (Gordon Tullock), além de juristas e filósofos do direito (Duncan Kennedy e Ronald Dworkin), suscitam questões<sup>184</sup>, tais como: a circularidade da tese da eficiência, pois, à medida que para qualquer distribuição original dos direitos de propriedade é sempre possível encontrar solução ótima de mercado, o critério da eficiência alocativa evidencia-se insuficiente enquanto fundamento para a distribuição dos direitos de propriedade; o caráter a-histórico da tese da eficiência não permite explicar o processo de mudança, a evolução dos sistemas jurídicos ao longo do tempo, bem como as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos contemporâneos; a subjetividade dos valores e as dificuldades na obtenção das informações necessárias à realização da análise custo-benefício são aspectos que tornam complexa a definição dos ganhos e das perdas envolvidas nas situações litigiosas levadas a juízo, restringindo a aplicação da tese da eficiência alocativa na prática jurídica; a percepção acerca da origem da lógica da eficiência, eis que se, como considera Richard Posner<sup>185</sup>, a *common law* tem implícita a lógica

---

<sup>184</sup> Para uma análise detalhada das críticas e do debate estabelecido, vejam-se: *Ibidem*, p. 78-79; POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 26-27, e; ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 26-29.

<sup>185</sup> A tese da eficiência da *common law*, suscitada por Richard Posner, desencadeou intenso debate acadêmico acerca da eficiência dos sistemas jurídicos, *common law vis a vis civil law*, com a apresentação de sólidos argumentos teóricos e a realização de estudos empíricos comparativos ora apontando no sentido da maior eficiência da *common law*, ora apontando no sentido da maior eficiência da *civil law*. Para uma análise dos principais argumentos utilizados (relativos à atuação das partes litigantes, ao papel desempenhado pelos juízes/legisladores, à positivação de normas sociais, à centralização/descentralização no processo de criação do direito, à ação de grupos de interesse, ao papel sinalizador/redutor de incertezas desempenhado pelas normas jurídicas e aos custos de informação) e dos principais resultados obtidos nos estudos empíricos realizados, vejam-se: SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. *Tradições do Direito*, p. 137-196, e; BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia em Perspectiva Comparativa: Eficiência na Common Law e na Civil Law*, p. 69-95. Interessante argumento é desenvolvido por Benito Arruñada e Veneta Andonova, que, destacando a importância do enraizamento histórico, sustentam que *common law* e *civil law* foram diferentes respostas dadas pelos sistemas jurídicos para o problema da consecução de maior previsibilidade e estabilidade nas relações econômicas, sendo que, enquanto fruto de processo histórico-evolutivo de adaptação às condições locais, ambos os sistemas são soluções eficientes, cada qual no ambiente institucional em que vigora, argumento que “indica o risco de que debates sobre a eficiência e *performance* relativos da *common law*

da eficiência, seria possível a identificação dos elementos objetivos que conduzem à eficiência do sistema jurídico, bem como a formulação de modelos econômicos que internalizem tal lógica; a percepção de que a *common law* não é imune à captura por grupos de interesse, situação que aponta para a necessidade de questionamento da perspectiva individualista da eficiência alocativa e aproxima o estudo do direito da teoria da ação coletiva, das escolhas públicas; o caráter ideológico liberal, e; a desconsideração de valores sociais distintos da eficiência alocativa dos recursos econômicos, em especial, do propósito redistributivo do direito.

O debate acadêmico estabelecido conduziu ao fracionamento do movimento de direito e economia, com sua articulação em diversas correntes de pensamento e abordagens instrumentais complementares. Outros fenômenos verificados a partir da década de 1990 são a expressiva expansão nos Estados Unidos aliada à internacionalização e a realização de significativos avanços metodológicos, temas que remetem ao estudo do panorama atual e perspectivas futuras do movimento de direito e economia e que serão objeto de estudo específico.

## **Conclusão**

Em conclusão, é realizada a síntese das principais ideias desenvolvidas. No que tange às questões centrais propostas, com fundamento nos principais argumentos desenvolvidos ao longo do trabalho acadêmico realizado, são apresentadas as seguintes respostas.

1. O estudo integrativo direito-economia é um fenômeno contemporâneo? Não. O presente trabalho evidenciou que, não obstante a intensificação do diálogo entre as duas ciências nas últimas décadas, com a consolidação do contemporâneo movimento de direito e economia, é possível identificar a existência de processo histórico-evolutivo de

---

e direito civil possam ser estéreis”: ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. *Instituições de Mercado e Competência do Judiciário*, p. 220-221.

interação entre direito e economia, caracterizado pela presença de ondas de aproximação, intercaladas com períodos de afastamento. Alguns argumentos apresentados ao longo do presente estudo corroboram tal afirmação:

1.1. O contato entre direito e economia remonta à própria origem comum das duas ciências, associada à ideia de direito natural, desenvolvida pela escolástica medieval e filósofos do direito natural do século XVII.

1.2. No utilitarismo do século XVIII, encontram-se os precursores da análise integrativa direito e economia, David Hume, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e Adam Smith.

1.3. A primeira onda de direito e economia, período compreendido entre as décadas de 1830 e 1930, registra frutífera intersecção entre as duas ciências. Tem início com o trabalho de autores da escola histórica alemã, Friedrich List, Wilhem Roscher, Gustav Smoller, Werner Sombart e Max Weber. Passa pelo trabalho de economistas como Karl Marx, Friedrich Engels, Carl Menger, Achille Loria, Augusto Grazziani e Arthur Pigou, e pelo trabalho de juristas como Rudolf Stammler e Victor Mataja. E se encerra com o trabalho de autores vinculados ao movimento institucionalista norte-americano, tais como Thorstein Veblen, Richard Ely e John Commons, e de autores vinculados ao realismo jurídico norte-americano, tais como Karl Llewellyn, Robert Lee Hale e Oliver Wendell Holmes Jr.

1.4. As décadas de 1940 a 1960 marcam o afastamento, a negligência da análise interativa direito-economia, fato que pode ser creditado à metodologia da pesquisa científica na modernidade. Contudo, o diálogo entre as duas disciplinas não foi totalmente interrompido, mantendo-se, basicamente, em torno do estudo da concorrência, na escola ordoliberal de Freiburg, na abordagem

estruturalista de Harvard e, em especial, na escola de Chicago, onde, a partir da década de 1960, tem início a segunda onda de aproximação entre as duas ciências, que marca a eclosão do contemporâneo movimento de direito e economia.

1.5. O contemporâneo movimento de direito e economia, tem sua origem nos trabalhos pioneiros desenvolvidos, por Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (1960), e Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961).

1.6. O período compreendido entre o final da década de 1950 e o início da década de 1970 registra outras relevantes contribuições que marcam a transição para o novo paradigma de análise integrativa direito-economia. Destacam-se os estudos de Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demsetz, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi.

1.7. O macroambiente no qual se realiza a reaproximação entre direito e economia nas décadas de 1960 e 1970 pode ser considerado momento de transição, de crise do paradigma moderno e passagem para o paradigma pós-moderno. Transição que cria ambiente favorável para a consolidação do progressivo processo de intensificação do diálogo entre as ciências sociais, em especial entre direito e economia.

1.8. Papel fundamental no processo de reaproximação das duas ciências foi desempenhado por Richard Posner, que, ao publicar o livro-texto *Economic Analysis of Law* (1973), estabelece o marco principal da aceitação do novo paradigma de pesquisa, promovendo a difusão da abordagem interativa direito-economia no meio jurídico, em bases sustentáveis e duradouras.

1.9. As décadas de 1970 e 1980 registram o crescimento, a maturação e a consolidação do movimento de direito e economia. Destaca-se a atuação de autores como Steven Shavell, William

Landes, Richard Posner, Guido Calabresi, Mitchell Polinsky e Robert Cooter.

2. Qual foi o papel desempenhado pela responsabilidade civil na formação e no desenvolvimento do movimento de direito e economia? A temática da responsabilidade civil desempenhou papel fundamental na construção e articulação do movimento de direito e economia, servindo como substrato para o desenvolvimento de consistentes formulações teóricas. Alguns argumentos apresentados ao longo do presente estudo corroboram tal afirmação:

2.1. Pioneira análise integrativa direito-economia no campo da responsabilidade civil foi desenvolvida pelo jurista vinculado à escola austríaca de economia, Victor Mataja. Na obra *A Lei de Compensações sob o Ponto de Vista Econômico* (1888), Victor Mataja utiliza argumentos econômicos para explorar o tema dos objetivos de um sistema de responsabilidade civil; a prevenção de acidentes e a alocação dos danos não evitáveis de acordo com requerimento de justiça e interesses econômicos. Criticando a regra de responsabilidade subjetiva, Victor Mataja propõe a adoção da regra de responsabilidade objetiva como forma de proporcionar incentivos à prevenção e à dispersão dos danos com acidentes.

2.2. Ao final do século XIX, outro jurista, Oliver Wendell Holmes Jr., vinculado ao realismo jurídico norte-americano, vale-se de argumentos de fundo econômico para pautar a escolha entre a regra de responsabilidade subjetiva e a regra de responsabilidade objetiva. Na obra *The Path of Law* (1897), Oliver Wendell Holmes Jr. critica a adoção de uma regra universal de responsabilidade objetiva, a qual considera instrumento de insegurança social, externando sua preferência pela regra de responsabilidade

subjetiva, sugerindo, em adição, a adoção de sistema de seguridade social para acidentes decorrentes da atividade industrial.

2.3. No seio da economia neoclássica, o economista Arthur Pigou chamou à atenção para fenômeno que guarda forte relação com a responsabilidade civil, a existência de externalidade negativas. Investigando as ações que provocam impacto negativo sobre o bem-estar de terceiros, na obra *The Economics of Welfare* (1920), Arthur Pigou explora situação corrente na jurisprudência inglesa ao final do século XIX e início do século XX, a emissão de faíscas por locomotivas em trânsito, causando incêndios nas propriedades limítrofes à via férrea. Não obstante ter tangenciado a reparação dos danos, via conformação do sistema de responsabilidade civil, Arthur Pigou busca a solução para o problema das externalidades negativas em outra modalidade de intervenção governamental, a tributação da atividade econômica que causa danos, que impõe custos à sociedade.

2.4. Retomando a análise do custo social das externalidades negativas, no texto *The Problem of Social Cost* (1960), Ronald Coase critica a proposta de correção das falhas de mercado via tributação, formulada por Arthur Pigou. Analisando extensivamente o exemplo da emissão de faíscas por locomotivas em trânsito, causando incêndios nas propriedades limítrofes à via férrea, Ronald Coase destaca que o problema real que se apresenta à sociedade é como evitar o dano social mais grave, como estruturar o sistema jurídico de forma a propiciar aumento da eficiência alocativa na economia. No mundo real, Ronald Coase consigna, a presença de custos de transação dificulta solução negociada entre as partes, tornando necessária análise comparativa das diferentes alternativas jurídicas possíveis, entre as quais a conformação do sistema de responsabilidade civil.

2.5. Assim como Ronald Coase, Guido Calabresi conecta fundamentos jurídicos e econômicos para analisar a temática da



responsabilidade civil/externalidades negativas. No texto *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961), o jurista ítalo-americano volta-se para a análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, sustentando que o empreendimento deve suportar as perdas com acidentes decorrentes da atividade de risco por ele realizada. Na obra *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis* (1970), Guido Calabresi estabelece a lógica de que a minimização da soma dos custos primários, secundários, terciários e dos custos de prevenção de acidentes deve pautar o debate acerca da formatação de um sistema de responsabilidade civil, propondo a adoção de regras simples e diretas concebidas a partir da ideia de menor custo de prevenção, o princípio do *cheapest cost avoider*, e criticando a noção de culpa como base de um sistema de responsabilidade civil.

2.6. Outro jurista, o italiano Pietro Trimarchi, volta-se para o estudo da função e estrutura da responsabilidade civil em termos econômicos. Na obra *Rischio e Responsabilità Oggettiva* (1961), Pietro Trimarchi desenvolve modelo de responsabilização civil pelo risco do empreendimento, de que o empreendimento deve cobrir a integralidade dos custos de produção, inclusive os custos com danos causados a terceiros em virtude de acidentes. Criticando a regra de responsabilidade subjetiva, Pietro Trimarchi propõe que a atividade empresarial seja regida pela regra de responsabilidade objetiva, dado seu melhor desempenho na prevenção de acidentes.

2.7. Propondo-se a lançar as bases para a construção de um sistema de responsabilidade civil eficiente, Gordon Tullock, na obra *The Logic of Law* (1971), vale-se de argumentos econômicos para criticar a regra de responsabilidade subjetiva, considerada de difícil aplicação e com elevada probabilidade de erro, externando simpatia pela adoção de regra de responsabilidade objetiva, conjugada com sistema de seguros privado.

2.8. A temática da responsabilidade civil serviu de substrato para a análise econômica do direito de Richard Posner. Nos textos *A Theory of Negligence* (1972) e *Strict Liability: a Comment* (1973) e no livro *Economic Analysis of Law* (1973), Richard Posner se vale da análise custo/benefício para evidenciar o conteúdo econômico da negligência, implícito na fórmula de Hand, além de analisar institutos jurídicos como a negligência contributiva da vítima e a opção entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

2.9. As décadas de 1970 e 1980 registram a publicação de diversos textos explorando a interface entre direito e economia na área da responsabilidade civil, destacando-se: *Toward an Economic Theory of Liability* (1973), de John Brown; *Strict Liability versus Negligence* (1980), de Steven Shavell; *Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting* (1980), de Mitchell Polinsky; *The Positive Theory of Tort Law* (1981), de William Landes e Richard Posner; *Economic Analysis of Punitive Damages* (1982), e; *A New Positive Economic Theory of Negligence* (1983), de Mark Grady.

2.10. É com a publicação dos livros *Economic Analysis of Accident Law* (1987), de Steven Shavell, e *Economic Structure of Tort Law* (1987), de William Landes e Richard Posner, que se estabelece o marco teórico contemporâneo de análise econômica da responsabilidade civil, com a formalização de modelos de análise normativa das regras de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva e de análise econômica positiva do nexo causal, do nexo de imputação e do dano.

Confirma-se, pois, a hipótese básica de trabalho de que a história do pensamento em direito e economia é uma rica fonte de informações, auxiliando na compreensão de fenômenos contemporâneos verificados no âmbito de movimento de direito e economia, em especial no estudo da responsabilidade civil.

## Referências bibliográficas

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p.

ACCIARRI, Hugo A. El Análisis Económico del Derecho de Daños. *Jurisprudencia Argentina, Derecho y Economía*, Buenos Aires, n. 7, p. 20-35, may. 2006.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*. Bahía Blanca: ALACDE, 2009. 439 p.

ADELSTEIN, Richard. Commons, John Rogers (1862-1945). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 350-356. London: Macmillan, 1998. v. 1. 657 p.

\_\_\_\_\_. Ely, Richard Theodore (1854-1943). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 28-29. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_. Otto von Gierke (1841-1921). In: \_\_\_\_\_ (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 519-521. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

BATTESINI, Eugênio. Da Teoria Econômica à Prática Jurídica: Origem, Desenvolvimento e Perspectivas dos Instrumentos Tributários de Política Ambiental. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. III, n.VI, p. 125-142, mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Sistema Tributário, Imunidades e Ordem Econômica. In: SALMEIRÃO, Antônio M. G.; BOCCHINO, Leslie O. (orgs.). *Temas Atuais de Direito Público*, p. 35-52. Curitiba: Editora ETFPR, 2007. 394 p.

\_\_\_\_\_. Direito e Economia em Perspectiva Comparativa: Eficiência na Common Law e na Civil Law. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 8, p. 69-95, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: Editora LTr, 2011.

BECKER, Gary S. The Economic Way of Looking at Life. In: PERSON, Torsten (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*. Singapore: World Scientific Publishing Co., 1997. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1992/becker-lecture.html>>. Acesso em: 05 dez. 2008.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself*. New York: The Free Press, 1978. 479 p.

BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.

BROWN, Doug. An Institutional Look at Postmodernism. *Journal of Economic Issues*, v. XXV, n. 4, p. 1089-1104, dec. 1991.

BROWN, John P. Toward an Economic Theory of Liability. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 323-349, jun. 1973.

BUCHANAN Jr., James M. The Constitution of Economic Policy. In: MÅLER, Karl-Göran (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1981-1990*. Singapore: World Scientific Publishing Co., 1992. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1986/buchanan-lecture.html>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

BUCHANAN Jr., James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. Disponível em: <<http://www.econlib.org>>. Acesso em: 09 jun. 2003.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

\_\_\_\_\_ *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. 331 p.

\_\_\_\_\_ Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven Jr. *The University of Chicago Law Review*, v. 43, n. 1, p. 69-108, Autumn 1975.

CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 6, p. 1055-1085, may. 1972.

CALABRESI, Guido; KLEVORICK, Alvin K. Four Tests for Liability in Torts. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 3, p. 585-627, dec. 1985.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, apr. 1972.

CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. Antitrust Law. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 467-497. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 3, The Regulation of Contracts. 1205 p.

CHALOUPEK, Günther. Werner Sombart (1863-1941). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 683-688. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, oct. 1960.

\_\_\_\_\_ Law and Economics at Chicago. *The Journal of Law and Economics*, v. 36, p. 239-254, 1993.

\_\_\_\_\_. Director, Aaron (1901-). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 601-605. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

COMMONS, John R. Institutional Economics. *American Economic Review*, v. 21, p. 648-657, 1931.

COOTER, Robert. Economic Analysis of Punitive Damages. *Southern California Law Review*, v. 56, p. 79-101, 1982.

\_\_\_\_\_. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000. 412 p.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008. 582 p.

DAASTÖL, Arno Mong. Friedrich List (1789-1846). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 590-606. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

DEMSETZ, Harold. When Does the Rule of Liability Matter? *The Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 13-28, jan. 1972.

\_\_\_\_\_. Coase, Ronald Harry. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 262-270. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

DIAMOND, Peter. Single Activity Accidents. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 107-164, jan. 1974.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1148 p.

DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. Tradução de Sandra G. T. Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999. 330 p.

DRECHSLER, Wolfgang. Christian Wolff (1679-1754). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 745-750. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_ Plato (c.427-349 BC). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 635-641. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

DUXBURY, Neil. American Legal Realism. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 66-69. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

EASTERBROOK, Frank. H. The Court and the Economic System. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 1, p. 4-60, 1984.

EGGERTSSON, Thráinn. *Economic Behavior and Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 385 p.

ELDERS, J. L. M. Rudolf von Jhering (1818-92) and the Economy of Justice. In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 568-575. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

ENGLARD, Izhak. Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort. *International Review of Law and Economics*, n.10, p. 173-191, 1990.

FAURE, Michael G. Environmental Regulation. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 443-520. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 2, Civil Law and Economics. 807 p.

\_\_\_\_\_ Strict Liability, Economic Analysis. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. 435 p.

\_\_\_\_\_ General Introduction. In: \_\_\_\_\_ (ed.) *Tort Law and Economics*, p. xxi-xlii. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009. *Encyclopedia of Law and Economics*, Second Edition.

\_\_\_\_\_ (ed.) *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009. *Encyclopedia of Law and Economics*, Second Edition.

\_\_\_\_\_ Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution). In: \_\_\_\_\_ (ed.) *Unification of Tort Law: Fault*, p. 331-377. The Hague: Kluwer Law International, 2005. *Principles of European Tort Law*, v. 10, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.

FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. Achille Loria (1857-1943). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 607-617. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_ Augusto Graziani (1865-1944). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 522-530. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_ Pietro Trimarchi (1934-). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 709-726. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

FRIEDMAN, David D. Posner, Richard Allen (1939-). In: NEWMAN, Peter (ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 55-62. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, v. 23, n. 2 (90), p. 89-105, abr./jun. 2003.



GALA, Paulo; REGO, José Márcio (orgs.). *A História do Pensamento Econômico como Teoria e Retórica, Ensaio sobre Metodologia em Economia*. São Paulo: Editora 34, 2003. 308 p.

GOETZ, Charles. Tullock, Gordon (1922-). NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 628-630. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

GRADY, Mark. A New Positive Economic Theory of Negligence. *The Yale Law Journal*, v. 92, n. 5, p. 799-829, 1983.

\_\_\_\_\_. Untaken Precautions. *The Journal of Legal Studies*, v. 18, p. 139-156, jan. 1989.

GRAU, Eros Roberto. *O Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975. 105 p.

GREEN, Jerry. On the Optimal Structure of Liability Laws. *The Bell Journal of Economics*, v. 7, n. 2, p. 553-574, Autumn 1976.

GRECHENIG, Kristoffel e GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno M. (org.) *Direito e Economia – Textos Escolhidos*, p. 325-394. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, 396 p.

GROOSMAN, Britt. Pollution Tax. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 2, p. 338-368. Civil Law and Economics. 807 p.

GROSSKETTLER, Heinz. Franz Böhm (1895-1977). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 489-498. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

HARVEY, David. *Condição Pós-moderna, uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. 6. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

HAUWE, Ludwig Van den. Friedrich August von Hayek (1899-1992). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 545-558. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

HAYEK, Friedrich August von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press. 1960. 568 p.

\_\_\_\_\_. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política*. Tradução de Henry Maksoud. 3 v. São Paulo: Visão, 1985.

HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*. Tradução de Therezinha Deutsch e Sylvio Deutsch. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996. 319 p.

HODGSON, Jeffrey. *Economia e Instituições*. Tradução de Ana Barradas. Oeiras: Celta Editora, 1994. 339 p.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, p. 457-478, mar. 1897.

HOVENKAMP, Herbert. The First Great Law & Economic Movement. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 4, p. 993-1058, apr. 1990.

HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*. 14. ed. Tradução não informada. São Paulo: Editora Atlas, 1984. 432 p.

HYLTON, Keith N. Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics. *Boston University School of Law, Working Papers Series, Law and Economics Working Paper n. 04-04*, may. 2004, 20 p. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=547082>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

KELLY, Paul. Bentham, Jeremy (1748-1832). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 156-161. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 427 p.

KRAFT, Gerhard; KRENGEL, Ronald, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, n. 22, okt. 2003. 73 p. Disponível em: <<http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/heft22.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

LANDES, William M. Becker, Gary Stanley (1930-). NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 153-156. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981.

\_\_\_\_\_. Causation in Tort Law: an Economic Approach. *The Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 1, p. 109-134, jan. 1983.

\_\_\_\_\_. A Positive Economic Analysis of Product Liability. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 3, p. 535-567, dec. 1985.

\_\_\_\_\_. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 329 p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEKACHMAN, Robert. *História das Idéias Econômicas*. Tradução de Gabriele Ilse Leib. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1973. 417 p.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 65-117. The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, *Analyse Économique du Droit*. Montreal: Ed. Thémis, 2008.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. Tradução de Allan V. Hastings. São Paulo: Thomson, 2005. 506 p.

MARQUES, Cláudia Lima. A Crise Científica no Direito na Pós-modernidade e seus Reflexos na Pesquisa. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 50, n. 189, p. 49-64, jan./jun. 1998.

MCGEE, Robert W. The Economic Thought of David Hume: A Pioneer in the Field of Law & Economics. *Hume Studies*, v. 15, n. 1, p. 184-204, 1989. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=713926>>. Acesso em: 15. jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Thomas Aquinas: A Pioneer in the Field of Law & Economics. *Western State University Law Review*, v. 18, n. 1, p. 471-483, 1990. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=713924>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

MEDEMA, Steven G.; MERCURO, Nicholas; Samuels, Warren. Institutional Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 418-455. The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.

MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr. Richard O. The Coase Theorem. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 836-892. The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.

MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. 264 p.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997. 235 p.

\_\_\_\_\_. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. 385 p.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G; SAMUELS, Warren J. Robert Lee Hale (1884-1969). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 531-544. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 784 p.

MEZA, David de. Coase Theorem. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 270-282. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

MICELI, Thomas J. *The Economic Approach to Law*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2009. 390 p.

MILGATE, Murray; STIMSON, Shannon. Hume, David (1711-1776). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 250-257. London: Macmillan, 2002. v. 2. 716 p.

MUELLER, Dennis C. Buchanan, James McGill (Born 1919). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 179-185. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

MYHRMAN, Johan; WEINGAST, Barry R. Douglass C. North's Contributions to Economic and Economic History. *Scandinavian Journal of Economics*, v. 96, n. 2, p. 185-193, 1994.

NENTJES, Andries. Institutions and Market Failure. In: PRINZ, Aloys; STEENGE, Albert E.; SCHMIDT, Jörg. *Institutions in Legal and Economic Analysis*, p. 1-20. Münster: LIT Verlag, 2004. 192 p.

NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 3 v. London: Macmillan, 1998.

NOBEL, Peter; GETS, Marina (eds.). *New Frontiers of Law and Economics*, p. 99-13. Zürich: Schulthess, 2005. 222 p.

NORTH, Douglass. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 152 p.

\_\_\_\_\_. Economic Performance through Time. In: PERSSON, Torsten (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*. Singapore: World Scientific Publishing Co., 1997. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press, 2005. 187 p.

O'BRIEN, D. P. Hayek, Friedrich August von (1899-1992). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 217-229. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*. Tradução de Carmem Terezinha Santoro dos Santos. São Paulo: Editora Atlas, 1983. 455 p.

OSTAS, Daniel. Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Vision of Richard A. Posner. *American Business Law Journal*, v. 36, n. 1, p. 193-238, fall 1998.

PARISI, Francesco. Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law. In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_. Methodological Debates in Law and Economics: the Changing Contours of a Discipline. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 531 p.

\_\_\_\_\_ Laudatio: Pietro Trimarchi. *Review of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 3-9, 2007.

PARISI, Francesco; FREZZA Giampaolo. Cesare Beccaria (1738-1794). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 475-488. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 531 p.

PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*. New York: Cambridge University Press, 1997. 202 p.

\_\_\_\_\_ Karl Marx (1818-83) and Friedrich Engels (1820-95). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 618-626. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_ Thorstein Veblen (1857-1929). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 727-732. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

PEUKERT, Helge. Adam Smith (1723-90). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_ Gustav von Schmoller (1838-1917). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 662-671. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

\_\_\_\_\_ Max Weber (1864-1920). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 733-744. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

PIGOU, Arthur Cecil. *La Economía del Bienestar*. Tradução de F. Sánchez Ramos. Madrid: M. Aguilar, 1946. 720 p.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2006. 553 p.

POLINSKY, Mitchell A. Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tax-Subsidy Approaches. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, p. 1-48, 1979.

\_\_\_\_\_ Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting. *American Economic Review*, v. 70, p. 363-370, 1980.

\_\_\_\_\_ *An Introduction to Law and Economics*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard A. A Theory of Negligence. *Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 29-96, jan. 1972.

\_\_\_\_\_ Strict Liability: A Comment. *Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 205-221, jan. 1973.

\_\_\_\_\_ *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. 262 p.

\_\_\_\_\_ *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. 597 p.

\_\_\_\_\_ Kelsen, Hayek, and the Economic Analysis of Law. In: ANNUAL MEETING OF THE EUROPEAN ASSOCIATION FOR LAW AND ECONOMICS, 18, 2001, Viena. 42 p. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2008.

\_\_\_\_\_ Weber, Max (1864-1920). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 684-686. London: Macmillan, 2002. v. 3. 742 p.



\_\_\_\_\_ Holmes, Oliver Wendell Jr. (1841-1935). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 244-246. London: Macmillan, 2002. v. 3. 742 p.

\_\_\_\_\_ *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. 747 p.

\_\_\_\_\_ *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 787 p.

\_\_\_\_\_ *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. 453 p.

PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*. London: The Johns Hopkins Press, 1983. 764 p.

PRINZ, Aloys; STEENGE, Albert E.; SCHMIDT, Jörg. *Institutions in Legal and Economic Analysis*. Münster: LIT Verlag, 2004. 192 p.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*. 8. ed., 2 v. Madrid: Universidad Complutense, 1996.

ROSENAU, Pauline Marie. *Post-Modernism and the Social Sciences, Insights, Inroads, and Intrusions*. Princeton: Princeton University Press, 1992. 229 p.

ROWLEY, Charles K. *Public Choice and the Economic Analysis of Law*. In: MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. 264 p.

\_\_\_\_\_ Locke, John (1632-1704). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 594-602. London: Macmillan, 2002. v. 2. 716 p.

\_\_\_\_\_ *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 531 p.

\_\_\_\_\_. *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

SALAMA, Bruno M. (org.) *Direito e Economia – Textos Escolhidos*, p. 325-394. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, 396 p.

SALMEIRÃO, Antônio M. G.; BOCCHINO, Leslie O. (orgs.). *Temas Atuais de Direito Público*. Curitiba: Editora ETFPR, 2007. 394 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito Concorrencial – as Estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 374 p.

SAMUELS, Warren J. Welfare Economics, Power, and Property. In: SAMUELS, Warren J.; SCHMID, A. Allan. (org.). *Law and Economics: an Institutional Perspective*. Boston: Kluwer, 1981. 268 p.

\_\_\_\_\_. Commons, John R. (1862-1945). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 324-327. London: Macmillan, 1998. v. 1, 757 p.

\_\_\_\_\_. The Legal-Economic Nexus. In: SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

\_\_\_\_\_. Interrelations between Legal and Economic Processes. In: SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

SAMUELS, Warren J.; SCHMID, A. Allan. (org.). *Law and Economics: an Institutional Perspective*. Boston: Kluwer, 1981. 268 p.

SAMUELS, Warren J.; SCHMID, Allan; SHAFFER, James D. An Evolutionary Approach to Law and Economics. In: SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991. 371 p.

\_\_\_\_\_. *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. 473 p.

SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. Strict Liability versus Negligence. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 3, p. 597-624. Tort Law and Unjust Enrichment. 1094 p.

\_\_\_\_\_. *Strict Liability versus Negligence, an Economic Analysis*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (eds.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, p. 39-65. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p.

SCHANZE, Erich. What is Law and Economics Today? A European View. In: NOBEL, Peter; GETS, Marina (eds.). *New Frontiers of Law and Economics*, p. 99-13. Zürich: Schulthess, 2005. 222 p.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 1954. 1260 p.

SCHWARTZ, Alan. Karl Llewellyn and the Early Law and Economics. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 421-425. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

SEEN, Peter R. George Joseph Stigler (1911-92). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 700-709. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

SHAVELL, Steven. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, p. 463-516, jun. 1980.

\_\_\_\_\_ Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, p. 1-25, jun. 1980.

\_\_\_\_\_ Liability for Harm versus Regulation of Safety. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, p. 357-374, jun. 1984.

\_\_\_\_\_ *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 310 p.

\_\_\_\_\_ *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 737 p.

\_\_\_\_\_ *Liability for Accidents*. In: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. (eds.). *Handbook of Law and Economics*, v. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007.

SHERWIN, Emily. Guido Calabresi. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 199-202. London: Macmillan, 1998. v. 1. 784 p.

SIMON, Herbert A. Rational Decision-making in Business Organizations. In: PERSSON, Torsten (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*. Singapore: World Scientific Publishing Co., 1997. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

SIMPSON, A. W. Brian. "Coase v. Pigou" Reexamine. *The Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 1, p. 53-97, jan. 1996.

STAMMLER, Rudolf. *Economía y Derecho según la Concepción Materialista de la Historia*. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1929. 672 p.

STEELE, G. R. *The Economics of Friedrich Hayek*. New York: St. Martin's Press, 1993. 262 p.

STEIN, Peter. Adam Smith and the Law. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 7-9. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

\_\_\_\_\_. Savigny, Friedrich Karl von (1779-1861). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 395-396. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

STIGLER, George J. The Process and Progress of Economics. MÄLER, Karl-Göran (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1981-1990*. World Scientific Publishing Co., Singapore, 1992. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1992/stigler-lecture.html>>. Acesso em: 05 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. A Teoria Econômica da Regulação. In: MATTOS, Paulo (org.). *Regulação Econômica e Democracia, o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. 301 p.

STREISSLER, Erich. Wilhelm Roscher (1817-94). In: BACKHAUS, Jürgen G. (org.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 642-651. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005. 315 p.

TAYLOR, O. H. Economics and the Idea of Natural Laws. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 44, n. 1, p. 1-39, nov. 1929.

TELSER, Lester G. Stigler, George Joseph (1911-1991). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 540-544. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1961. 385 p.

TULLOCK, Gordon. The Logic of Law. In: ROWLEY, Charles. *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

\_\_\_\_\_ Defending the Napoleonic Code over the Common Law. In: ROWLEY, Charles. *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

\_\_\_\_\_ The Case against the Common Law. ROWLEY, Charles. *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

VANBERG, Viktor J. Menger, Carl (1840-1921). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 635-641. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. 121 p.

\_\_\_\_\_ *The Economics of Law*. 2<sup>a</sup> ed. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2006. 193 p.

WAGNER, Richard E. Carl Menger (1840-1921). In: BACKHAUS, Jürgen G. (org.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 627-634. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

WEBER, Max. *História Económica General*. Tradução de Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1956.

\_\_\_\_\_ *Metodologia das Ciências Sociais*. 3. ed. Tradução: Augustin Wernet, 2 v. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

\_\_\_\_\_ *Economia e Sociedade*. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. 2 v. São Paulo: Editora UnB, 2004.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Celouste Gulbenkian, 2004. 768 p.

WRIGHT, Richard W. *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: the Bane of Economic Analysis*. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 435-456, jun. 1985.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005. 315 p

---

**Notas sobre o autor:**

**EUGÊNIO BATTESINI.** Professor Associado a Pós-graduação em Direito e Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Visiting Research Fellow pela Columbia University in the City of New York; Pós-graduação University of Chicago (Coase-Sandor Institute for Law and Economics); Pós-graduação Università di Roma Tor Vergata; Pós-graduação Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro; Bacharel em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Procurador Federal, Advocacia-Geral da União. E-mail: eugenio.battesini@agu.gov.br.



# **O ativismo judicial em políticas públicas: uma abordagem à luz da economia política robusta**

**Diogo Augusto Vidal Padre**

## Resumo

Este artigo investiga se o ativismo judicial em políticas públicas é justificável do ponto de vista do aumento da utilidade social. Argumenta que a discussão corrente desconsidera o problema econômico enfrentado pelo *policy maker*, que consiste em saber como distribuir os recursos orçamentários escassos entre um número praticamente infinito de objetivos distintos, compondo um conjunto de políticas públicas coerente com as diferentes escalas de preferências de milhões de cidadãos. Após analisar os problemas de conhecimento e de incentivo, o estudo conclui que, geralmente, o Chefe do Poder Executivo ocupa posição mais favorável para tomar as melhores decisões em políticas públicas. No entanto, em casos especiais, o ativismo judicial pode ser direcionado para resguardar o interesse público.

Palavras-chave: políticas públicas; ativismo judicial; problemas de conhecimento; questões de incentivo.

## Abstract

This article investigates whether judicial activism in public policy is justifiable from the point of view of increasing social utility. It argues that the current discussion ignores the economic problem faced by the policy maker, which consists of knowing how to distribute scarce budget resources among an almost infinite number of distinct objectives, composing a set of public policies consistent with the different scales of preferences of millions of citizens. After analyzing the problems of knowledge and incentive, the study concludes that, generally, the Head of the Executive Branch occupies a more favorable position to make the best decisions in public policies. However, in special cases, judicial activism can be directed to safeguard the public interest.

Keywords: public policy; judicial activism; knowledge problems; incentive issues.

## Introdução

Todo direito tem custos. Esse truísmo foi enunciado por Holmes e Sunstein (1999) para afirmar que todos os direitos pressupõem um conjunto de ações do Estado para supervisioná-los, monitorá-los e, quando necessário, forçar o seu cumprimento. Essas ações estatais, ou políticas públicas, demandam gastos orçamentários.

Os recursos orçamentários são limitados e possuem usos alternativos, o que impossibilita a implementação, simultânea e plena, de todas as políticas públicas. A propósito, Holmes e Sunstein (1999, p. 19) reconhecem que os recursos públicos, muitas vezes, são direcionados para garantir os direitos de alguns cidadãos em detrimento de outros. Na verdade, esse é o resultado necessário da pluralidade de preferências individuais refletida no âmbito dessas políticas.

A insuficiência de recursos públicos para satisfazer as distintas preferências de milhões de cidadãos, aliada ao fenômeno da judicialização da política (HIRSCHL, 2006, 2011; BARROSO, 2009), levaram os juízes e tribunais a intervir em matéria de políticas públicas, no sentido de determinar a sua implantação pelo Poder Público. Essa atuação extrapola o controle comum de políticas públicas, na medida em que o órgão jurisdicional não se resume a verificar a consistência das ações estatais com normas indiscutivelmente presentes na Constituição e nas leis. A intervenção a que se refere este estudo é aquela na qual o juiz, a pretexto de efetivar um direito, define o conteúdo de uma norma de baixa densidade normativa e ordena a execução de uma política pública.

Ao agir desse modo, o juiz substitui a vontade dos atores políticos pela sua própria, praticando um verdadeiro *policy design*. A existência de um sistema recursal não muda o fato de que o ativismo judicial converte o juiz em *policy maker*, mas apenas transfere para instâncias superiores o poder de decidir sobre a elaboração de políticas públicas. É a assunção desse papel de dar a última palavra em matéria de política pública, que

se denomina ativismo judicial em políticas públicas. Talvez a nomenclatura não seja a mais apropriada, mas não é o propósito deste estudo o envolvimento em disputas terminológicas. O objetivo deste artigo é investigar se ativismo judicial em políticas públicas é justificável do ponto de vista do aumento da utilidade social, examinando se realmente o juiz ocupa melhor posição para decidir sobre políticas públicas do que o político eleito.

O ativismo judicial disseminou-se na prática forense, mas não sem resistência de parte da doutrina. Em linhas gerais, as vozes divergentes arguem a falta de legitimidade democrática dos juízes, a ofensa ao princípio da separação dos poderes; a interferência no mérito do ato administrativo, e a violação à discricionariedade administrativa. A controvérsia ainda envolve teorias sobre a limitação de recursos para a implementação de políticas públicas (reserva do possível) e a obrigação do Estado de prover condições materiais mínimas para uma vida digna (mínimo existencial), e avança para abordar o esvaziamento da esfera política e o risco de despotismo judiciário.<sup>1</sup>

Como se vê, o debate sobre o ativismo judicial em matéria de políticas públicas tem se restringido a argumentos jurídico-dogmáticos. Sem negar a importância dessa abordagem, se a concretização dos direitos é um objetivo constitucional a ser perseguido, é imperativo investigar qual dos atores – juízes ou políticos eleitos – encontra-se em posição mais favorável para tomar melhores decisões em políticas públicas. A resposta para essa indagação pressupõe o estudo do problema econômico enfrentado pelo *policy maker*, que consiste em saber como distribuir uma quantidade limitada de recursos entre um número praticamente infinito de objetivos distintos, compondo um conjunto coerente de políticas públicas, considerando que as pessoas possuem escalas de preferências diferentes.

---

<sup>1</sup> Os argumentos podem ser conferidos, de forma detalhada, em Barroso (2009), Grinover (2010) e Ramos (2010).

O problema de pesquisa foi estudado sob a perspectiva da economia política robusta, segundo a qual a avaliação das instituições deve ser feita comparando sua capacidade de resolver problemas de conhecimento e de incentivos. O presente estudo reveste-se de caráter positivo, na medida em que se limita a investigar qual arranjo institucional possui melhor desempenho na tomada de decisão em políticas públicas, a fim de verificar se o ativismo judicial pode trazer ganhos sociais. Acredita-se que este artigo pode contribuir para a literatura jurídica, por introduzir um ponto relevante no debate sobre o ativismo judicial; e econômica, dada a escassez de pesquisas sob esse enfoque.

Este artigo está dividido em seis seções, além desta introdução. A segunda seção expõe o problema econômico envolvido na tomada de decisões em políticas públicas. A terceira apresenta a abordagem da economia política robusta, metodologia usada para comparar o desempenho dos arranjos institucionais alternativos. A quarta seção analisa os problemas de conhecimento enfrentados na formulação de políticas públicas. A quinta seção estuda as questões de incentivo. A sexta sessão examina como o ativismo judicial pode ser empregado em favor do interesse público. Por fim, a última seção traz as conclusões.

## **1. O problema econômico nas políticas públicas**

Num sentido amplo, políticas públicas são tudo o que o Estado decide fazer ou não fazer (DYE, 2017, p. 1), ou seja, é o termo genérico empregado para designar todas as decisões sobre ações estatais. Kraft e Furlong (2018, p. 6) acrescentam que as políticas públicas são cursos de ação ou abstenção do Estado em resposta a problemas públicos. No mundo, não existem *problemas públicos per se*, mas somente pessoas, coisas e seus estados. Um problema é um estado de coisas indesejado que se pretende substituir por outro preferido. O problema será público se o estado de coisas for indesejado por um grande número de pessoas.

Para superar essa situação desconfortável, o Estado deve selecionar os meios adequados para atingir o objetivo que busca alcançar.

Toda decisão envolve uma escolha entre dois ou mais cursos de ação. Se uma determinada situação não possibilitar qualquer alternativa, não haverá escolha nem decisão. Ao escolher, o tomador de decisão seleciona a opção que maximiza a sua utilidade, que é determinada em função de suas preferências subjetivas e de suas restrições. As unidades básicas de escolha são sempre os indivíduos. Diz-se que os indivíduos agem racionalmente porque suas escolhas buscam maximizar sua utilidade, dentro de dadas restrições, o que não inclui nenhuma suposição de serem eles egoístas ou altruístas. A teoria da escolha racional, corretamente entendida, não restringe a função objetivo nem as restrições, podendo explicar ações altruístas e egoístas, de pessoas ignorantes ou informadas, envolvendo escolhas privadas ou coletivas (LEESON, 2020).

Gerston (2015, p. 7, tradução livre) define políticas públicas como “a combinação de decisões básicas, compromissos e ações realizadas por aqueles que detêm ou influenciam cargos de autoridade no governo”.<sup>2</sup> A definição enfatiza que as políticas públicas são formuladas e implementadas por indivíduos investidos em cargos públicos, e são eles os responsáveis por eleger os “problemas públicos”, os “objetivos sociais” e os meios para alcançá-los. A sociedade, em si mesma, não é uma unidade independente de escolha, não possui preferências e nem toma decisões (MISES, 1962b, p. 78; SOWELL, 1996, p. 12). Desse modo, não existem *problemas públicos*, *objetivos sociais* ou *utilidade social* separados das avaliações individuais. As entidades coletivas organizadas (como o próprio governo, empresas e partidos políticos) são atores corporativos (VANBERG, 1992; MISES, 2010, p. 70) e podem fazer escolhas, mas sempre por intermédio de indivíduos. Buchanan e Tullock (1999, p. 12) atribuem a ideia de um místico “interesse público” surgido independentemente dos interesses dos indivíduos à uma

---

<sup>2</sup> No original: “public policy is defined here as the combination of basic decisions, commitments, and actions made by those who hold or influence government positions of authority”.

concepção orgânica de sociedade, que inspira muitas versões idealistas de democracia.

As preferências subjetivas dos indivíduos são inúmeras e conflitantes. O tempo e os meios para satisfazê-las são escassos e permitem usos alternativos, o que impossibilita a realização completa de todos os desejos individuais.<sup>3</sup> A preferência é uma relação binária entre as alternativas sobre as quais um indivíduo pode fazer uma escolha. Os indivíduos ordenam as alternativas disponíveis em uma única escala, conforme a sua própria satisfação (MISES, 2010, p. 155). Assim, toda decisão ou escolha satisfaz uma preferência e exige a renúncia das outras opções situadas em classificação inferior na escala de preferências individual.

O mesmo problema existe em matéria de políticas públicas. Os desejos individuais não podem ser todos satisfeitos, simultânea e plenamente, porque as políticas públicas dependem do emprego de recursos públicos escassos e que permitem usos alternativos. Os indivíduos divergem sobre quais estados de coisas são indesejados e, nas matérias em que existe consenso, sobre quais problemas devem ser combatidos primeiro. A escolha de quais políticas públicas devem ser implementadas ou renunciadas depende da preferência de cada indivíduo, e não existe padrão que permita julgá-las como certas ou erradas (MISES, 2014, p. 29, 31).

Sunstein (2018, p. ix) afirma que as questões que ensejam maiores disputas na sociedade são fundamentalmente sobre fatos, e não sobre valores. A controvérsia sobre a mudança climática estaria fundada na discordância sobre questões fácticas. Se as pessoas soubessem se as

---

<sup>3</sup> Como Sowell (1996, p. 46, tradução livre) afirmou: “Embora os sistemas econômicos possam se tornar muito complexos, a situação ou problema econômico é bastante elementar: simplesmente não há o suficiente para todos”. No original: “While economic systems may become very complex, the economic situation or predicament is quite simple: there just is not enough to go around.”

mudanças climáticas podem ou não causar os estragos prenunciados, não haveria maiores divergências sobre quais medidas adotar. A redução do número de mortes em acidentes automotivos é um objetivo que poucas pessoas contestariam. Assim, uma política para aumentar a segurança nas rodovias que salve muitas vidas a um baixo custo não encontraria forte resistência.

Sunstein (2018) está indiscutivelmente correto em dizer que muitas controvérsias desapareceriam se as pessoas estivessem bem-informadas. No entanto, não é esse o problema enfrentado na tomada de decisão em políticas públicas. A escolha com a qual se depara o *policy maker* nunca é, simplesmente, se ele deve empregar recursos públicos para, no exemplo, tentar reduzir os efeitos das mudanças climáticas, como se não existissem outros usos alternativos para os recursos. A questão que ele enfrenta é se os recursos devem ser usados para combater os efeitos das mudanças climáticas ou reduzir o número de mortes nas rodovias. No mundo real, esse problema alocativo apresenta alta complexidade, na medida em que existe um número praticamente infinito de objetivos distintos e conflitantes.

As grandes discordâncias envolvendo políticas públicas residem no fato de que os indivíduos possuem escalas de preferências diferentes. Colocando a questão em termos mais claros, ainda que um poder misterioso fizesse com que todas as pessoas concordassem entre si com todas as questões que a sociedade deveria enfrentar, o problema permaneceria inalterado. As pessoas continuariam a ter escalas de preferências distintas, em que esses problemas apareceriam em ordem e com intensidades diferentes e o *policy maker* permaneceria com o desafio de satisfazer as preferências conflitantes de milhões de cidadãos adotando um conjunto coerente de políticas públicas.

## 2. A economia política robusta

As instituições apresentariam desempenhos ótimos se os indivíduos fossem oniscientes e benevolentes. Nesse cenário ideal, não importaria qual dos agentes públicos – juízes vitalícios ou políticos eleitos – tomariam as decisões em políticas públicas, pois ambos os arranjos institucionais seriam igualmente eficientes. Na verdade, nesse cenário, a cooperação social prescindiria de instituições, que existem justamente para transmitir conhecimento (HAYEK, 1945, p. 528; O'DRISCOLL; RIZZO, 2015, p. 82, 95) e estruturar incentivos (NORTH, 2018, p. 13).

No entanto, não é razoável presumir a onisciência e a benevolência das pessoas. Os agentes públicos nem sempre sabem como produzir resultados socialmente benéficos e nem possuem incentivos para agir no interesse público. O programa de pesquisa da economia política robusta propõe relaxar as premissas de onisciência e benevolência para avaliar o desempenho de arranjos institucionais alternativos quando as pessoas não possuem conhecimento perfeito e não estão perfeitamente motivadas para perseguir o interesse público. Os problemas de conhecimento consistem em saber de que modo as pessoas, supondo que elas são benevolentes, podem ter conhecimento da coisa certa a fazer. As questões de incentivo equivalem a indagar quais estímulos as pessoas, considerando que elas são oniscientes, teriam para tomar a decisão certa (BOETTKE; LESSON, 2004).

A economia *mainstream* estuda apropriadamente as questões de incentivo. Mas a escola austríaca de economia encontra-se em posição privilegiada para desenvolver o programa de pesquisa da economia política robusta, por sempre ter tratado adequadamente os problemas de conhecimento (LEESON; SUBRICK, 2006). As críticas de Mises e Hayek ao socialismo não se fundavam na ausência de incentivos para a alocação eficiente dos recursos.<sup>4</sup> Os austríacos enfatizavam que, diante da

---

<sup>4</sup> Mises concedeu que o diretor ou a junta de diretores fosse “composta por pessoas de capacidade superior, de máxima sabedoria e cheias de boas intenções.” (2010, p. 792) e que “que cada indivíduo em uma sociedade socialista se esforçará com o mesmo zelo



complexidade do problema econômico, as decisões racionais só poderiam ser tomadas com o auxílio dos preços de mercado, sem os quais o planejador central não teria condições de avaliar o sucesso ou fracasso de seus projetos pretéritos e planejar suas ações futuras. Para Mises (1962a, p. 212), mesmo homens excepcionalmente talentosos e de alto caráter não poderiam resolver os problemas criados pelo socialismo.

### **3. Problemas de conhecimento**

#### **3.1. Comparação de interpessoal de utilidades**

O problema de conhecimento com o qual se depara o *policy maker* consiste em como distribuir recursos limitados entre um número quase ilimitado de objetivos distintos, de forma a atender as necessidades mais urgentes, considerando que as pessoas possuem escalas de preferências diferentes. Uma maneira de solucionar esse problema seria adotar as políticas públicas que maximizem o produto social. Os *policy makers* deveriam comparar os benefícios e os custos para a sociedade e escolher as políticas que produzam os maiores benefícios em relação aos custos e abster-se de políticas cujos custos sociais excedam os ganhos. Para isso, o agente público deveria conhecer as escalas de preferências e respectivas magnitudes de todas as pessoas da sociedade, prever com precisão as consequências de políticas alternativas e calcular os seus custos e benefícios.

Contudo, Lionel Robbins (1945) demonstrou que as escalas de valores apenas mostram a ordem em que os indivíduos preferem uma série de alternativas, não autorizando presumir que por trás de tais arranjos existem magnitudes que podem ser comparadas (ROBBINS,

---

com que se esforça hoje em uma sociedade na qual está sujeito à pressão da livre concorrência” (2012, p. 35).

1945, p. 138).<sup>5</sup> A utilidade é uma intensidade psíquica de sentimento que pode ser classificada ordinalmente, mas nunca mensurada, já que inexistente método capaz de calcular uma unidade de utilidade. Mesmo que fosse possível mensurar utilidades subjetivas, a análise de custo-benefício ainda permaneceria inviável, já que as preferências individuais mudam no tempo e, por dependerem do contexto da escolha, só podem ser observadas na ação real (MISES, 2010, p. 137; ROTHBARD, 2009, p. 33). A tentativa de descobrir escalas de preferências por respostas a questionários incide no erro de supor que elas são constantes (ROTHBARD, 1956).<sup>6</sup>

Além disso, não só a utilidade é subjetiva, mas o custo também é. James M. Buchanan contestou o modelo neoclássico de custo mensurável objetivamente. Inspirado na economia subjetivista inglesa e austríaca, Buchanan (1993) explicou que o custo é a dor ou o sacrifício, de natureza psíquica e existente apenas na mente do indivíduo que toma uma decisão, por ter que renunciar uma opção para escolher a alternativa preferida. Ou seja, “custos são avaliações pessoais e subjetivas da utilidade de alternativas abandonadas” (VAUGHN, 1980, p. 703, tradução livre)<sup>7</sup>. De acordo com Vaughn (1980), os economistas neoclássicos, embora aceitem o conceito subjetivista de custo, ainda se mantêm presos à velha concepção objetiva, na medida em que procuram medi-lo em razão da renda monetária que a alternativa renunciada lhe conferiria, como se o custo pudesse ser mensurado pelos preços de mercado. Apenas na economia do *homo economicus*, em que o único

---

<sup>5</sup> De acordo com Moscati (2018), a crítica à medição de utilidade já se encontrava em “*On the Theory of Needs*” (1907), de Franz Čuhel, e em “*The Theory of Money and Credit*” (1912) de Ludwig von Mises.

<sup>6</sup> Alguns experimentos encontraram intransitividade nas preferências dos participantes, levando parcela dos economistas a questionar a consistência da teoria da escolha racional. Contudo, esses resultados não deveriam lançar mais dúvidas sobre a racionalidade do que os erros de cálculos sobre a aritmética (HAUSMANN, 1992), pois eles apenas demonstram que as preferências mudam no decorrer do experimento (CALDWELL, 1994).

<sup>7</sup> No original: “costs are personal, subjective evaluations of the utility of foregone alternatives”

objetivo do indivíduo é minimizar o custo e maximizar o lucro em termos monetários, o custo poderia ser medido pelo preço. Mas esse modelo não deixa escolhas reais a serem feitas, existindo somente o comportamento correto e o incorreto (VAUGHN, 1980). Os valores morais, estéticos, culturais e tudo o mais que for não possível ser comprado ou vendido com dinheiro não pode ser avaliado em moeda.<sup>8</sup>

A análise de custo-benefício social está fundada na ideia de que os custos e benefícios podem ser medidos e comparados em termos monetários. Boardman *et al.* (2018, p. 2, 12) afirmam que o analista precisa monetizar todo e qualquer impacto de uma política pública para todos os membros da sociedade. Na análise de custo-benefício, o custo de oportunidade é entendido como um valor em dólar aos insumos necessários à implementação de políticas (BOARDMAN *et al.*, 2018, p. 31). Os autores acreditam que a dificuldade de monetizar uma série de efeitos consiste em mera limitação técnica, superável com o emprego de recursos suficientes (BOARDMAN *et al.*, 2018, p. 44). Porém, o problema da limitação do conhecimento não se resume à insuficiência de dados. Como pontuaram Holmes e Sunstein (1999, p. 28, tradução livre), “[s]e pudéssemos estabelecer até o último centavo quanto custaria garantir o direito de igual acesso à justiça em um determinado ano orçamentário, ainda não saberíamos quanto nós, como nação, deveríamos gastar”, pois essa questão requer “avaliação política e moral, e não pode ser resolvida apenas pela contabilidade”.<sup>9</sup>

As críticas à análise de custo-benefício social não devem ser confundidas com desprezo às políticas públicas baseadas em evidências. O uso de informações relevantes tende a produzir escolhas melhores que

---

<sup>8</sup> Para Buchanan (1993) e Vaughn (1980), somente em condições de equilíbrio de mercado, os preços poderiam refletir os custos subjetivos. Entretanto, Hayek (1937) mostrou que as condições para o equilíbrio de mercado são bastante irrealistas, na medida em que exigiria um completo ajuste de planos que só seria alcançado com o perfeito conhecimento e coincidência de expectativas pelos indivíduos.

<sup>9</sup> No original: “If we could establish to the last penny what it would cost to enforce, say, the right of equal access to justice in a given budgetary year, we would still not know how much we, as a nation, should spend on it. That is a question for political and moral evaluation, and it cannot be settled by accounting alone.”

as fundadas unicamente na força da convicção pessoal. A objeção que aqui se faz é quanto à possibilidade de calcular todos os benefícios e custos, dado que são fenômenos que acontecem apenas nas mentes das pessoas e envolvem valores não mensuráveis em dinheiro. Como o teórico das políticas públicas Thomas Dye (2017, p. 13, tradução livre) colocou, nem mesmo as técnicas analíticas computadorizadas mais avançadas, são suficientes para “calcular com precisão os custos e benefícios quando um grande número de diversos valores, políticos, sociais, econômicos e culturais, estão em jogo.”<sup>10</sup>

A análise de custo-benefício ainda teria que lidar com o fato de que os fenômenos sociais são complexos, resultantes de tantas causas que se torna difícil determinar todas elas (HAYEK, 1967; MISES, 2010, p. 58). Também é difícil determinar a contribuição de cada causa para a ocorrência do evento, já que as leis econômicas são qualitativas e não quantitativas (ROTHBARD, 2009, p. 1357) e não é trivial montar experimentos ideais, com o controle de todas as variáveis que podem influenciar o evento (MENEQUIN; FREITAS, 2013). Além disso, os fenômenos sociais são emergentes, resultado da combinação de diversos elementos que não se reduzem à soma das partes. As ciências sociais somente comportam as previsões de padrões gerais (HAYEK, 1990). Mesmo assim, sequer é óbvio o que prever, pois os fenômenos emergentes podem envolver variáveis e dimensões que ninguém pensaria em considerar (MUELLER, 2020). A pretensão de moldar a sociedade à vontade humana é expressão da arrogância tecnocrática que acompanha as visões mais idealistas de políticas públicas.<sup>11</sup> Essa concepção desconsidera que as capacidades preditivas das ciências sociais e comportamentais, e mesmo das ciências físicas e biológicas, não

---

<sup>10</sup> No original: “Policymakers, even with the most advanced computerized analytical techniques, do not have sufficient intelligence to calculate accurately costs and benefits when a large number of diverse political, social, economic, and cultural values are at stake.”

<sup>11</sup> De acordo com Goodin *et. al.* (2011), as políticas públicas se desenvolveram com a pesquisa operacional durante a Segunda Guerra e são manifestações da confiança ilimitada da capacidade humana de medir, monitorar e controlar o mundo.

permitem compreender todos os benefícios e custos de cada projeto (DYE, 2017, p. 13). As políticas públicas são um investimento de risco. E os riscos, mesmo quando podem ser calculados matematicamente, são tão subjetivos quanto qualquer outro custo (SOWELL, 1996, p. 61).

### **3.2. Agregação das Preferências Individuais**

Uma maneira de solucionar o problema do conhecimento seria agregar todas as preferências individuais numa única escala e, então, derivar uma função de utilidade social. O problema econômico do *policy maker* seria reduzido à questão técnica de otimizar essa função de utilidade social.

Entretanto, o economista e matemático Kenneth Arrow demonstrou a impossibilidade de construir uma função social de utilidade pela agregação racional das preferências individuais sobre estados sociais alternativos. Para Arrow (1963, p. 17), um estado social é uma descrição completa de uma distribuição entre os indivíduos de mercadorias, trabalho e recursos usados nas atividades produtivas. Cada indivíduo da sociedade possui uma ordem de preferência dos estados sociais, conforme sua desejabilidade, e não há método de juntar as preferências individuais em uma única ordenação coletiva que atenda a cinco condições: 1) um conjunto logicamente possível de ordenações individuais deve originar uma ordenação social completa e transitiva; 2) a função de utilidade social deve ser possível para qualquer perfil de preferências individuais; 3) a ordem de preferência social deve respeitar as preferências unânimes; 4) a ordem de preferência social entre duas alternativas não deve ser modificada pela inclusão de outras opções; 5) não deve haver ditador, ou seja, a função de utilidade social não deve refletir as preferências de um único indivíduo.

Considere que três eleitores tenham que escolher entre três políticas públicas alternativas: a construção de um hospital (A), de uma escola (B) ou de uma delegacia de polícia (C), mas os eleitores apresentam

ordens de preferências distintas em relação a cada opção, conforme especificado na Tabela 1.

Tabela 1. Escalas de preferências dos eleitores

Ordem de Preferência	Eleitor 1	Eleitor 2	Eleitor 3
1º	1º - Hospital (A)	1º - Escola (B)	1º - Delegacia (C)
2º	2º - Escola (B)	2º - Delegacia (C)	2º - Hospital (A)
3º	3º - Delegacia (C)	3º - Hospital (A)	3º - Escola (B)

Fonte: Elaborada pelo autor deste artigo.

É fácil perceber que não há meios democráticos de se alcançar uma ordem de preferência racional. Na comparação entre o hospital (A) e a escola (B), o hospital ganharia por 2 votos a 1. Se a disputa ocorresse entre a escola (B) e a delegacia (C), a escola seria escolhida também por uma votação de 2 a 1. Se a delegacia (C) enfrentasse o hospital (A), a delegacia venceria a concorrência também por 2 votos a 1. Ao tentar ordenar as preferências da sociedade, percebe-se que a política A é preferida à B, e a B é preferida à C, mas a C é preferida à A, violando o requisito da transitividade. O método democrático não permite ordenar racionalmente as diferentes preferências dos eleitores em uma única escala de valores.

A conclusão de Arrow (1963, p. 59, tradução livre) é que, sem recorrer às comparações interpessoais de utilidades “os únicos métodos de passagem dos gostos individuais às preferências sociais, que serão satisfatórios e definidos para um amplo campo de conjuntos de ordenações individuais, serão impostos ou ditatoriais”.<sup>12</sup> Em resumo, as

<sup>12</sup> No original: “the only methods of passing from individual tastes to social preferences which will be satisfactory and which will be defined for a wide range of sets of individual orderings are either imposed or dictatorial.”

decisões coletivas poderão ser racionais, mas ditatoriais, ou democráticas, mas irracionais (BOETTKE 1995; BOETTKE; LEESON, 2002).<sup>13</sup> O teorema da impossibilidade de Arrow corrobora a tese de Hayek da necessidade de uma ditadura para o planejamento central da economia, já que um planejamento democrático exigiria uma unanimidade não alcançável na realidade. Como explica Hayek (2010, p. 79), poderia até haver consenso sobre a conveniência de planejamento, mas não sobre os fins que o plano deveria atender.

### **3.3. Impossibilidade de efetuar cálculo econômico**

Há duas formas fundamentais de tomar decisões na sociedade: o processo político, usado para as escolhas coletivas, e o processo de mercado, por meio do qual são tomadas decisões individuais. Não é esperado que qualquer delas alcance uma alocação perfeita de recursos (BOETTKE, 1995). Isso exigiria que os indivíduos possuíssem conhecimento perfeito da melhor tecnologia, das ações e reações futuras de outras pessoas e dos eventos naturais futuros (ROTHBARD, 1979). Somente por meio de um processo de aprendizagem, os indivíduos conseguem progressivamente descobrir meios mais eficientes de atingir seus objetivos (HAYEK, 1958; 1978).

O indivíduo faz planos para alcançar seus objetivos, com base nos conhecimentos atuais, e projeta o estado de coisas futuro. Após a ação, o indivíduo compara as suas expectativas com a realidade, avaliando se foi bem ou malsucedido em sua antecipação. A experiência adquirida nesse processo permite que os indivíduos detectem e corrijam seus erros, aperfeiçoando suas ações posteriores. A identificação de erros depende

---

<sup>13</sup> Segundo Boettke (1995, p. 19, tradução livre), o teorema de Arrow "poderia ser reinterpretado como uma aplicação da tese de Mises sobre a impossibilidade de tomada de decisão fora do mercado via votação democrática. Na ausência do sistema de preços, os atores enfrentariam um conjunto de sinais incoerentes sobre como deveriam orientar seu comportamento". No original: "The Arrow theorem, for example, could be reinterpreted as an application of Mises' impossibility thesis to non-market decision making via democratic voting. Absent the price system, actors would confront a set of incoherent signals about how they should orient their behavior."

da definição de um critério de julgamento sobre o que é o sucesso e o fracasso. A procura de um cientista por uma nova vacina só é possível porque existe um critério de julgamento: garantir a imunidade do ser humano sem causar danos à saúde.

Nas economias modernas, a destinação de recursos às necessidades mais valorizadas é um problema excessivamente complexo para a mente humana. No entanto o sistema de mercado produz os preços, ferramenta indispensável para o cálculo econômico. Os empresários planejam suas ações com base nos preços atuais dos fatores de produção e nas expectativas dos preços futuros dos bens de consumo (MISES, 2017a, p. 62; FOSS; KLEIN, 2012, p. 40). Posteriormente, eles avaliam se a atividade gerou lucros ou perdas, que são os resultados do sucesso ou fracasso em antecipar o estado futuro (MISES, 2017a, p. 77; FOSS; KLEIN 2012, p. 93). Nem todas as pessoas possuem a habilidade empresarial de antecipar corretamente as condições do futuro incerto. Mas não há motivo para crer que todas as pessoas dotadas dessa habilidade se encontrem na iniciativa privada. Seguramente, existem agentes públicos capazes de antecipar com precisão as preferências futuras dos cidadãos. Mas eles se acham contidos de desenvolver essas habilidades no setor público pela impossibilidade de efetuar o cálculo econômico.<sup>14</sup>

De acordo com Mises (2012; 1962a, p. 109; 2010, p. 795 ss.), o fracasso do socialismo decorre da impossibilidade de o planejador central envolver-se em cálculos econômicos. Numa economia mista, os *policy makers* podem utilizar os preços de mercado atuais para calcular as despesas da produção dos bens ou serviços públicos, mas não poderão formular expectativas sobre os preços futuros, já que os bens ou serviços públicos são insuscetíveis de serem vendidos ou comprados no mercado e, portanto, não possuem preços. Poder-se-ia propor que os *policy makers*

---

<sup>14</sup> Para Mises (2010, p. 278), o raciocínio não se aplica às atividades empresariais do Estado, desde que suas empresas usem recursos tomados por empréstimo e concorram livremente e sem privilégios com empresários privados, caso em que estarão na mesma posição que qualquer outro empreendedor.



tentassem imitar os empresários, prevendo os preços futuros para os bens ou serviços públicos e calculando os lucros ou as perdas hipotéticas, caso o bem ou serviço fosse oferecido no mercado. Mas essa solução não seria viável. Primeiro, porque o cálculo econômico serve apenas para avaliações do ponto de vista dos indivíduos, não incorporando de valores “sociais” (MISES, 2010, p. 282). Por envolver valores inexprimíveis em moeda, os objetivos da Administração Pública e a *performance* de suas políticas públicas não podem ser avaliados pelos métodos de contabilidade (MISES, 1944, p. 46).

Em segundo lugar, como o consumo de bens e serviços públicos não está sujeito a pagamento monetário, nunca haveria o momento do confronto das expectativas do *policy maker* com a realidade. Sem essa comparação, não há como os agentes públicos aprenderem com suas experiências pretéritas a fim de aperfeiçoar suas ações futuras. Não é possível descobrir se uma pessoa irá tomar boas decisões *ex ante*. O acerto das previsões é sempre aferido em retrospecto. Os lucros e as perdas são o parâmetro de avaliação do sucesso ou fracasso do uso de recursos escassos para satisfazer preferências futuras dos consumidores. Como bem sumarizou Mises (2010, p. 359), sem os lucros e as perdas, não há como saber quais são as necessidades mais urgentes dos consumidores, e, ainda que algumas pessoas pudessem adivinhá-las, não saberiam como ajustar corretamente a produção a elas.

#### **4. Questões de incentivo**

Em políticas públicas, o problema de incentivo consiste em saber se o *policy maker*, supondo que ele tenha conhecimento perfeito sobre como distribuir os recursos orçamentários de forma a satisfazer as necessidades mais urgentes, enfrenta os incentivos adequados para assim agir. Se os incentivos dos agentes públicos e cidadãos estiverem bem alinhados, as decisões serão tomadas em benefício dos cidadãos; do contrário, refletirão os interesses pessoais do agente público. Como

pontuou Sowell (1996, p. 15), é possível criticar moralmente o egoísmo dos agentes públicos que atuam em benefício próprio, mas há poucos motivos para esperar um resultado diferente de uma amostra normal de pessoas que enfrentam a mesma estrutura de incentivos. Provavelmente, até o próprio crítico não adotaria uma conduta diversa, caso estivesse na mesma situação. Assim, a medida mais promissora não consiste em expulsar os egoístas dos cargos públicos, mas mudar o mecanismo de incentivos por eles enfrentado.

Em uma economia competitiva, os lucros e as perdas estimulam os agentes econômicos a satisfazerem as preferências dos consumidores. Os lucros recompensam os fornecedores que foram mais competentes em antecipar os futuros desejos dos consumidores e as perdas punem os fornecedores ineficientes. O sistema de mercado seleciona naturalmente os empresários eficientes no uso de recursos escassos para satisfazer as preferências mais urgentes dos consumidores (ALCHIAN, 1950). Uma democracia ideal funciona de forma análoga ao mercado competitivo, na medida em que fornece incentivos para que os políticos satisfaçam as preferências dos eleitores. As eleições periódicas garantem que apenas os candidatos mais eficientes em atender os desejos do eleitorado sobrevivam na competição política (BECKER, 1958). O sistema democrático seleciona os políticos congruentes com a preferência mediana do eleitorado (BLACK, 1948; DOWNS, 1957), recompensando-os com votos e pune os incongruentes com a derrota no certame eleitoral.

Acontece que a democracia ideal não existe no mundo real. As falhas do sistema eleitoral enfraquecem a estrutura de incentivos dos políticos. Primeiramente, não há concorrência perfeita nas democracias reais. As barreiras de entrada na disputa eleitoral e os custos para informar os eleitores das plataformas políticas podem ser proibitivos. Ademais, o eleitor médio não se encontra capacitado para comparar os custos e benefícios de cada proposta política, mesmo sob sua própria escala de preferências. Diferente de suas decisões no mercado – onde tudo o que precisa saber é se uma mercadoria satisfaz seus anseios

imediatos a ponto de compensar comprá-la –, o eleitor precisa conhecer os efeitos de longo prazo das políticas públicas (MISES, 2017a, p. 75). Considerando que as informações são custosas e o impacto do seu voto sobre o resultado das eleições é insignificante, os eleitores não possuem incentivos para se informarem sobre cada ponto das plataformas concorrentes.

O funcionamento adequado da estrutura de incentivos do sistema eleitoral depende da capacidade do eleitorado de avaliar o desempenho dos políticos, mas essa não é uma tarefa simples. É fácil para um político criativo elaborar desculpas plausíveis para justificar sua incongruência com a vontade do eleitor mediano, mas os eleitores nem sempre possuem as informações necessárias para julgar se essas razões são legítimas ou não (LEESON, 2017). Com os investimentos necessários, os eleitores podem aprender a avaliar a *performance* dos seus representantes, mas, como os benefícios marginais da informação são quase sempre zero, os eleitores não se sentem motivados para isso.

Algumas políticas favorecem certas pessoas de modo mais intenso. Quando os potenciais benefícios de uma política pública são elevados e concentrados, é comum que os interessados se organizem em grupos de interesses especiais para pressionar pela sua implantação. Esses grupos possuem fortes incentivos para se manterem informados sobre as questões pontuais de seu interesse, estando em condições de avaliar a atuação dos políticos na persecução desses interesses, bem como recompensá-los ou puni-los adequadamente. O fato de muitas dessas políticas criarem privilégios para os grupos de interesse à custa dos demais cidadãos estimula a formação de outros grupos com o objetivo de pressionar por proteções semelhantes (MISES, 2017b, p. 71).

O Poder Judiciário não está sujeito à estrutura de incentivos enfrentada pelas instituições representativas. As garantias da magistratura isentam os juizes de recompensas e prejuízos pelo conteúdo de suas decisões. O sistema recursal pode fornecer estímulos para a uniformização da jurisprudência, mas não se presta a adequar as

decisões judiciais à vontade dos cidadãos. As garantias da magistratura são indispensáveis para a imparcialidade dos juizes, que é condição para o Estado de Direito. Mas, ao tempo em que asseguram a correta aplicação da lei, elas excluem os incentivos necessários para congruência dos juizes com as preferências dos cidadãos.

Em contrapartida, os juizes são, quase sempre, insensíveis à pressão (*lobby*) dos grupos de interesse especial (POSNER, 1986, p. 495). Obviamente, os grupos de interesse podem envidar esforços para influenciar o convencimento do julgador, mas isso é tudo. Eles não estão em posição de recompensar ou punir os juizes pelo teor de suas decisões. Os magistrados não possuem incentivos para dispender o máximo de esforço e pesquisa na busca das melhores decisões; mas também não possuem motivos para aceitar as piores escolhas. Nas questões mais genéricas, em que o juiz tem a probabilidade de assumir qualquer posição em uma relação jurídica hipotética, as decisões judiciais tendem a ser mais imparciais, devido à maior proximidade com a situação de ignorância rawlsiana (DARI-MATTIACCI; GUERRIERO, 2011). Nas questões mais específicas, envolvendo os interesses de classes da qual o juiz pode ser membro, as decisões judiciais podem ser enviesadas (LEFF, 1974, p. 470), mas isso não muda o fato de que os magistrados estão resguardados da pressão dos grupos de interesses especiais. Eles decidem de acordo com a sua consciência e as leis, isto é, de acordo com suas preferências, dadas certas restrições.

## **5. Alinhando o ativismo judicial ao interesse público**

Recapitulando, o problema fundamental enfrentado pelo *policy maker* é saber como distribuir uma quantidade limitada de recursos entre um número praticamente infinito de finalidades conflitantes, de forma a atender as necessidades mais urgentes, considerando que as pessoas possuem escalas de preferências diferentes. A essa altura, não parece restar dúvidas de que nem o juiz vitalício nem o político eleito teriam

meios de descobrir o modo de alocação socialmente ótima dos recursos orçamentários. Mas a impossibilidade de uma alocação perfeita de recursos não significa que melhores decisões não possam ser tomadas. O ponto central é avaliar qual arranjo institucional é mais propício a transmitir informações relevantes dispersas e gerar incentivos que permitam a detecção e correção de erros.

Os órgãos da Administração Pública detêm um corpo de informações relevantes para a tomada das decisões coletivas. Esses dados poderiam ser colocados à disposição dos órgãos jurisdicionais, mas esses ainda careceriam das informações e dos incentivos proporcionado pelo processo eleitoral. É razoável dizer que as informações enviadas pelo processo eleitoral podem encontrar outros meios de transmissão para os tribunais, como imprensa, redes sociais etc., mas somente as eleições fornecem a estrutura de recompensas e punições para adequar as decisões às preferências do cidadão médio.

É certo que esses incentivos não são tão rápidos, universais e imediatamente coercitivos como nos processos de mercado; mas, na ausência deles, os tribunais enfrentam custos proibitivos para monitorar as consequências de suas decisões e rever seus precedentes (SOWELL, 1989; 1996, p. 36, 39). Consequentemente, em um regime de governo democrático, normalmente o Chefe do Poder Executivo estará em posição mais favorável, em comparação com o Poder Judiciário, para lidar com os problemas de conhecimento e as questões de incentivo envolvidas no policy design. Entretanto, nem mesmo os mais extremos defensores do ativismo judicial postulam a completa transferência das decisões em políticas públicas para os órgãos jurisdicionais.

O ativismo judicial consiste na determinação, por parte de juízes e tribunais, da implementação pelo Poder Público de políticas públicas pontuais, de modo a fazer valer certos direitos previstos em normas de baixa densidade. Em essência, o ativismo judicial equivale à formulação de políticas públicas diretamente pelos juízes e tribunais para alcançar os objetivos que eles elegeram como prioritários. Reconhece-se que, na

maioria das vezes, os objetivos eleitos são considerados desejáveis, quando valorados *in vacuum*. Ao mobilizar recursos orçamentários para a obtenção de uma finalidade, os objetivos preferidos por outras pessoas terão que ser sacrificados e os juízes nunca poderão calcular se o benefício da política pública que elegeu supera o seu custo, isto é, o benefício que seria produzido pela alternativa que deixou de ser implementada. O ativismo judicial baseia-se na constatação de Hayek (2010, p. 73) de que todos julgam que a sua escala pessoal de valores não é apenas pessoal, e que poderiam convencer as pessoas razoáveis da justiça das suas ideias num debate livre. Mas isso demandaria tempo, nem todos os participantes são desinteressados e a efetivação de direitos é urgente, o que autorizaria o juiz a decidir conforme sua escala de valores.

Os entusiastas mais radicais do ativismo judicial, à semelhança dos antigos defensores do planejamento central, parecem não aceitar o fato de que a escassez de recursos impõe que uma escolha seja feita. Como Hayek (2010, p. 108) observou, eles desejam contornar o problema econômico, que carrega a inevitabilidade da escolha, e acreditam com muita facilidade que a escassez não passa de uma imposição do sistema econômico existente. Todavia, a escassez decorre das limitações da natureza e dos desejos ilimitados do homem, e os sistemas econômicos são apenas métodos para administrar as restrições (SOWELL, 1996, p. 45; MISES, 2010, p. 767). Não é incomum ouvir de partidários do ativismo judicial que, diante de tanto dinheiro desviado pela corrupção, desperdiçado pela ineficiência e empregado em projetos duvidosos, seria inadmissível alegar a falta recursos para implementar a política pública que julga prioritária. Ocorre que a corrupção, a ineficiência do gasto público e a má gestão são parte da razão pela qual muitas outras coisas não puderam ser feitas,<sup>15</sup> e o ativismo judicial não é a medida apropriada para corrigir esses males.

---

<sup>15</sup> Cf. Sowell (1996, p. 46).

Apesar das críticas desenvolvidas, é possível desenhar uma modalidade de ativismo judicial com a finalidade de promover o interesse público. O ativismo judicial é justificável nos casos em que o gestor público enfrenta incentivos positivos (recompensas) para implementar medidas favoráveis aos interesses especiais de um grupo de pressão, mas completamente dissociadas do interesse público; ou incentivos negativos (punições) para se abster de implementar medidas benéficas ao interesse público, a fim de atender às preferências de um grupo de pressão. A lógica subjacente é que, como os juízes não possuem motivos para ceder aos *lobbies* de grupos de interesses especiais, eles ocuparão posição mais favorável para invalidar políticas públicas, cuja única finalidade seja beneficiar tais grupos em detrimento do interesse público.

Se a sociedade não possui preferências e nem tem interesses, o que significa esse interesse público que deve balizar a atuação dos juízes? Em questões reservadas à escolha coletiva, os indivíduos possuem preferências guiadas por motivação egoísta, mas também altruísta, a depender se esperam ou não obter algum benefício especial da escolha. Para Tullock (1984), a maior parte dos assuntos sujeitos à escolha coletiva não desperta nenhum interesse egoísta na maioria das pessoas, ou seja, não são questões nas quais possam ser consideradas como membros de um grupo de interesse especial. Tullock (1984) cita que a indústria armamentista e os próprios militares podem se beneficiar com o aumento das dotações para as Forças Armadas; mas, se a maioria da população endossa a medida apenas pelo interesse em fortalecer a defesa nacional, então a defesa nacional constitui um interesse público. Nesse sentido, o interesse público é composto pelas preferências individuais compartilhadas pela maioria dos cidadãos desprovidos de motivos compensatórios no assunto e não integrantes de grupo de interesse especial.

Não pretendemos vender a ilusão de que é fácil identificar políticas públicas de interesse especial. Os seus formuladores costumam ocultar o verdadeiro propósito, por trás de uma justificativa de interesse público

(POSNER, 1986, p. 501). Ademais, os cidadãos, e mesmo os próprios juízes, podem ter a impressão equivocada de que certa política governamental é eficiente para alcançar um interesse público, quando, na verdade, não é. Um exemplo óbvio é o caso em os cidadãos desejam reduzir a inflação, mas acreditam que o controle de preços é uma medida adequada para atingir essa finalidade. Nesse caso, a intervenção não atenderia ao interesse público corretamente entendido. Embora não seja o propósito deste estudo tratar de questões jurídico-dogmáticas, parece que a proposta de invalidação de políticas públicas manifestamente contrárias ao interesse público é perfeitamente consistente com a Constituição, tendo em vista que configura só uma hipótese especial do gênero da invalidação de atos administrativos por desvio de finalidade.

Não descartamos a existência de outras hipóteses de ativismo judicial justificáveis pela utilidade social, mas a identificação precisa desses casos demandaria o desenvolvimento de uma teoria das falhas do processo político e das falhas do processo jurisdicional, que ainda aguarda um desenvolvimento mais sólido.

## **Conclusões**

O debate sobre o ativismo judicial em políticas públicas tem ignorado o problema econômico envolvido na tomada de decisão. A questão fundamental consiste em saber como distribuir uma quantidade limitada de recursos orçamentários entre um número quase infinito de objetivos distintos, compondo um conjunto coerente de políticas públicas, de forma a satisfazer diferentes preferências. A economia política robusta preconiza que as instituições devem ser avaliadas em função da sua capacidade de lidar com problemas de conhecimento e questões de incentivo. Argumenta-se que ninguém pode conhecer a forma socialmente ótima de alocação de recursos orçamentários e que, em geral, o Chefe do Poder Executivo enfrenta incentivos mais adequados para a persecução do interesse público. Entretanto, nos assuntos que



atraiam a pressão de grupos de interesse especial à custa dos demais cidadãos, o ativismo judicial pode ser usado para resguardar o interesse público.

### **Referências bibliográficas**

ALCHIAN, A. A. Uncertainty, evolution, and economic theory. *Journal of Political Economy*, v. 58, n. 3, 1950.

ARROW, K. J. *Social choice and individual values*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1963.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 13, p. 17-32, 2009.

BECKER, G. Competition and democracy. *The Journal of Law & Economics*, v. 1, 1958.

BLACK, D. On the rationale of group decision-making. *Journal of Political Economy*, v. 56, n. 1, 1948.

BOARDMAN, A. E.; GREENBERG, D. H.; VINING, A. R.; WEIMWER, D. L. *Cost-benefit analysis: concepts and practice*. 5. ed. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2018.

BOETTKE, P. J. Hayek's the Road to serfdom revisited: government failure in the argument against socialism. *Eastern Economic Journal*, v. 21, n. 1, 1995.

BOETTKE, P. J.; LEESON, P. T. Hayek, Arrow, and the problems of democratic decision-making. *Journal of Public Finance and Public Choice*, v. 20, n. 1, 2002.

BOETTKE, P. J.; LEESON, P. T. Liberalism, socialism, and robust political economy. *Journal of Markets and Morality*, v. 7, 2004.

BUCHANAN, J. M. *Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica*. São Paulo: Inconfidentes, Instituto Liberal, 1993.

BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

CALDWELL, B. J. *Beyond positivism: economic methodology in the twentieth century*. London; New York: Routledge, 1994.

DARI-MATTIACCI, G.; GUERRIERO, C. *Law, economics and history: endogenous institutional change and legal innovation*. Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper, n. 2011-09, 2011.

DOWNS, A. *An economic theory of political action in a democracy*. *Journal of Political Economy*, v. 65, n. 2, 1957.

DYE, T. R. *Understanding public policy*. 15. ed. Boston: Pearson, 2017.

GERSTON, L. N. *Public policy making: Process and principles*. 3. ed. New York: Routledge, 2015.

GRINOVER, A. P. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.

HAUSMAN, D. M. *The inexact and separate science of economics*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1992.

HAYEK, F. A. *Competition as a discovery procedure*. In: HAYEK, F. A. *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*. London: Routledge & Kegan Paul, 1978.

HAYEK, F. A. *Economics and knowledge*. *Economica*, v. 4, n. 13, 1937.

HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HAYEK, F. A. The meaning of competition. In: HAYEK, F. A. Individualism and economic order. Chicago: Chicago University Press, 1958.

HAYEK, F. A. The pretence of knowledge. In: HAYEK, F.A. New studies in philosophy, politics, economics, and the history of ideas. London: Routledge, 1990.

HAYEK, F. A. The theory of complex phenomena. In: HAYEK, F. A. Studies in philosophy, politics and economics. London: Routledge, 1967.

HAYEK, F. A. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, v. 35, n. 4, 1945.

HIRSCHL, R. The judicialization of politics. In: GOODIN, R. (Ed.). *The Oxford handbook of political science*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HIRSCHL, R. The new constitution and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KRAFT, M. E.; FURLONG, S. R. *Public policy: Politics, analysis, and alternatives*. 6. ed. Thousand Oaks, CA: CQ Press, 2018.

LEESON, P. T. Do we need behavioral economics to explain law? *European Journal of Law and Economics*, v. 48, 2019.

LEESON, P. T. One rationality to rule them all. *Social Science Information*, v. 59: 4, 2020.

LEESON, P. T.; SUBRICK, J. R. Robust political economy. *The Review of Austrian Economics*, v. 19, 2006.

LEFF, A. A. Economic analysis of law: some realism about nominalism. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, 1974.

MENEGUIN, F. B.; FREITAS, I. V. B. Aplicações em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de caso. Texto para discussão do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, v. 123, 2013.

MISES, L. Ação humana: um tratado de economia. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MISES, L. Bureaucracy. New Haven: Yale University Press, 1944.

MISES, L. Economic calculation in the socialist commonwealth. Auburn, AL: Ludwig von Mises Institute, 2012.

MISES, L. Lucros e perdas. São Paulo: LVM, 2017a.

MISES, L. O conflito de interesses e outros ensaios. São Paulo: LVM, 2017b.

MISES, L. Teoria e história: uma interpretação da evolução social e econômica. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

MISES, L. Socialism: An economic and sociological analysis. New Haven: Yale University Press, 1962a.

MISES, L. The ultimate foundation of economic science. Van Nostrand: New York, 1962b.

MUELLER, B. Why public policies fail: policymaking under complexity, *EconomiA*, v. 21, n. 2, 2020.

NORTH, D. C. Instituições, mudança institucional e desempenho econômico. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

O'DRISCOLL, G. P.; RIZZO, M. J. Austrian economics re-examined: the economics of time and ignorance. London, New York: Routledge, 2015.

POSNER, R. A. Economic analysis of law. 3. ed. Boston; Toronto: Little, Brown and Company, 1986.

RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBBINS, L. *An essay on the nature and significance of economic science*. 2. ed. London: Macmillan, 1945.

ROTHBARD, M. N. *Man, economy, and state with power and market*. 2. ed. Auburn, AL: Ludwig von Mises Institute, 2009.

ROTHBARD, M. N. *The myth of efficiency*, In: RIZZO, M. (dir.). *Time, uncertainty and disequilibrium: Exploration of austrian themes*. Lexington, Massachusetts: Lexington Books, D.C. Heath and Co., 1979.

ROTHBARD, M. N. *Toward a reconstruction of utility and welfare economics*. In: SENNHOLZ, M. (ed.). *On freedom and free enterprise: essays in honor of Ludwig von Mises*. Princeton: Van Nostrand, 1956.

SOWELL, T. *Judicial activism reconsidered*. Washington, DC: Hoover Institution, Stanford University, 1989.

SOWELL, T. *Knowledge and decisions*. New York: Basic Books, 1996.

SUNSTEIN, C. R. *The cost-benefit revolution*. Cambridge, MA: MIT Press, 2018.

TULLOCK, G. A. (partial) *rehabilitation of the public interest theory*. *Public Choice*, v. 42, n. 1, 1984.

VANBERG, V. J. *Organizations as constitutional systems*. *Constitutional Political Economy*, v. 3, p. 223-253, 1992.

VAUGHN, K. I. *Does it matter that costs are subjective?* *Southern Economic Journal*, v. 46, n. 3, 1980

---

## Notas sobre o autor

**DIOGO AUGUSTO VIDAL PADRE.** Bacharel (2005) em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre (2016) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestrando em Economia pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Promotor de Justiça do MPRN (desde 2010). Contato: <diogopadre@hotmail.com>.

## Dedicatória

Este estudo é dedicado ao centenário da publicação do artigo de Ludwig von Mises *Die Wirtschaftsrechnung im sozialistischen Gemeinwesen* (O cálculo econômico na comunidade socialista), de 1920.

**Consequencialismo e a nova LINDB: qual o padrão decisório  
almejado? O artigo 20 à luz do pragmatismo jurídico de Posner, da  
integridade do Direito de Dworkin e do consequencialismo  
normativo de MacCormick**

**Roberto de Castro Pimenta**

Resumo

O artigo 20 da nova LINDB trouxe a exigência, ao julgador, de levar em consideração as consequências práticas de sua decisão, vedando decisões fundadas exclusivamente em valores jurídicos abstratos. O presente trabalho analisa em que medida essa previsão representa um reforço do consequencialismo como vetor interpretativo no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, é realizada revisão de literatura a respeito (i) dos fundamentos dos idealizadores da alteração legislativa; (ii) do conceito de 'consequencialismo' no campo da filosofia da ética; e (iii) de como a previsão do artigo 20 se relaciona com as teorias do pragmatismo jurídico de Richard Posner, do Direito como integridade de Ronald Dworkin e do consequencialismo normativo de Neil MacCormick. A análise sugere que o artigo 20 constitui mero reforço do dever de fundamentação do julgador, e não um alinhamento ao tipo específico de consequencialismo ou de ética utilitária, sendo preservado, assim, o espaço interpretativo hermenêutico e as tradicionais análises jurídico-normativas. A natureza consequencialista de uma decisão não se deve à mera consideração de consequências, mas sim à forma e ao grau de relevância a elas atribuído pelo julgador. Também não há evidências de uma aproximação ao pragmatismo Posneriano, visto que a análise das consequências é também uma relevante etapa de outras teorias jurídicas, como as de Ronald Dworkin e Neil MacCormick. A adoção de ferramentais empíricos e a consideração das consequências não representam uma filiação automática a uma ética utilitarista ou ao pragmatismo jurídico, mas, tão somente, instrumentos que podem viabilizar melhores decisões.

Palavras-chave: LINDB; Consequencialismo; Pragmatismo Jurídico; Richard Posner; Ronald Dworkin; Neil MacCormick.

Abstract

The article 20 of Brazilian Federal Law 13.655/2018 prohibits decisions based exclusively on abstract legal values, requiring the judge to take into account the practical consequences in his decision-making. The present paper analyzes the extent to which this statute represents an innovation to the Brazilian system, a reinforcement of consequentialism as an interpretive vector, or, in fact, a mere reinforcement of the judge's duty to state reasons. It seeks to delimit the concept of consequentialism and situate this norm from the perspective of Richard Posner's legal pragmatism, Ronald Dworkin's vision of integrity of Law and Neil

MacCormick's 'normative consequentialism'. The analysis suggests that article 20 is, in fact, a mere reinforcement of the judge's duty to state reasons, and not an alignment to a specific type of consequentialism or utilitarian ethics, thus preserving the hermeneutic interpretive space of the judges and its traditional normative analyses. The decisive factor for the consequentialist nature of a decision is not the mere consideration of consequences, but the form of its consideration and its degree of relevance attributed by the judge. There also seems to be no evidence that article 20 represents an approximation of Posnerian pragmatism, since analysis of consequences represents a relevant decision-making step in other legal theories as well, such as those of Ronald Dworkin and Neil MacCormick. The adoption of empirical tools and the consideration of consequences do not represent an automatic affiliation to a utilitarian ethics or to legal pragmatism, but only instruments that can make better decisions viable.

Keywords: Brazilian Federal Law 13.655/2018; Consequentialism; Legal Pragmatism; Law as Integrity; Richard Posner; Ronald Dworkin; Neil MacCormick.



## Introdução

Em 2018 entrou em vigor a Lei nº 13.655, que inseriu 10 novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”). Dentre as inovações da lei, o seu artigo 20 contém a exigência, ao julgador (de qualquer esfera, seja ela judicial, administrativa ou controladora), de levar expressamente em consideração as *consequências práticas* da sua tomada de decisão:

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.

Não é claro, contudo, até que ponto essa previsão legislativa representa uma vinculação legislativa da técnica hermenêutica a ser utilizada pelos julgadores. Seria ela uma “regra de decisão”, um postulado normativo, responsável por guiar a forma de interpretação e aplicação do direito pelos seus operadores? Ou, na verdade, um mero reforço do dever de fundamentação do julgador? <sup>1</sup>

Para buscar resposta a tais perguntas, o artigo está dividido em duas partes. A primeira analisa o contexto em que a nova LINDB foi idealizada – os fundamentos de sua proposição, as críticas recebidas pelo Projeto de Lei à época e os debates que viabilizaram a sua aprovação. Ao delimitar os objetivos de seus idealizadores, espera-se obter uma visão mais acurada do que as inovações *realmente* representam no ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda parte, de cunho mais teórico, amparada em lições da filosofia da ética, da teoria da decisão judicial e da hermenêutica jurídica, contém um breve panorama do conceito de consequentialismo e do pragmatismo jurídico de Richard Posner – tão caros à Análise Econômica

---

<sup>1</sup> Postulado normativo é aqui entendido como uma “meta-regra”, ou seja, uma regra sobre a forma de interpretação das demais regras, conforme leciona Humberto Ávila (ÁVILA, 2014, p. 165).

do Direito –, bem como da visão da integridade do Direito de Ronald Dworkin e do “*consequencialismo normativo*” de Neil MacCormick.

Por se tratarem de autores com reconhecida influência no cenário jurídico brasileiro e à Análise Econômica do Direito,<sup>2</sup> seus aportes teóricos são reputados relevantes visto que, ocasionalmente, tem se observado uma associação do artigo 20 a visões meramente consequencialistas (ou utilitaristas) do Direito, que seriam aptas, por exemplo, a reduzir a teoria do Direito frente a outras áreas (como a Economia) e permitiriam a relegação de direitos fundamentais em prol de consequências sociais.<sup>3</sup>

É possível, contudo, que tais inferências estejam sendo feitas de maneira açodada. Ao trazer um panorama geral acerca do conceito de termos como ‘consequencialismo’ e ‘pragmatismo jurídico’, à luz das mencionadas teorias do direito, espera-se obter uma visão mais acurada do que o artigo 20 representa, de fato, ao arcabouço jurídico brasileiro. É como o artigo pretende contribuir ao debate.

## **1. Inovação no ordenamento jurídico brasileiro? Uma breve análise dos fundamentos do artigo 20 da LINDB**

Segundo José Vicente Santos de Mendonça (2014, p. 182-190), a nova LINDB é fruto de um movimento composto por estudiosos do direito público *assumidamente contrário* a um viés conceitualista, sistematizador e autocentrado nos institutos jurídicos do tradicional Direito Administrativo. Com isso tal movimento seria, portanto, ainda

---

<sup>2</sup> Posner como um de seus expoentes e Dworkin como um de seus maiores contrapontos.

<sup>3</sup> Embora alguns críticos se limitem a alertar ao perigo de que as inovações da LINDB, se interpretadas indevidamente, “descambem em um Utilitarismo grosseiro, violando direitos individuais” (CARVALHO, 2018), há quem sustente expressamente que a LINDB representa a consagração de uma ‘anti-teoria’, de influência do teórico Richard Posner, na qual o consequencialismo promove “a perda de autonomia do sistema jurídico (...) ao incentivar que a decisão judicial seja mais uma decisão pautada em normas econômicas do que em normas jurídicas”, e que “substituir a régua das normas jurídicas pela régua das consequências práticas (...) significa precisamente a descaracterização e a subjugação do sistema jurídico” (PORTUGAL e KLEIN, 2019).

segundo Mendonça, mais próximo de um direito público pragmático, empiricista, assistematizador e descrente na centralidade do Direito como vetor de interpretação de fenômenos econômicos, políticos e sociais.

Três razões podem ser mencionadas como as principais para a inovação legislativa. A primeira seria a reação ao chamado “*ativismo judicial*”, que estaria se imiscuindo na esfera de administradores públicos e formulando políticas públicas. A segunda seria a necessidade de coibir um “*excesso de decisões baseadas em princípios ou normas abstratas*”, sem a devida relação com o contexto fático de sua aplicação. A terceira, a intenção de reduzir a “*cultura do hipercontrole*”, realizado pelo judiciário e por órgãos controladores, como o Tribunal de Contas da União (SUNDFELD e JURKSAITIS, 2016, p. 22; MENDONÇA, 2018, p. 45).

A solução encontrada para esses problemas foi tentar reduzir o distanciamento dos julgadores e controladores das consequências práticas de suas decisões. Ao obrigá-los a se debruçar sobre as consequências práticas de suas decisões, o artigo 20 os estaria “constrangendo” a enfrentar o difícil cenário vivenciado pelo gestor público, que convive com recursos escassos, limitação de informações e dificuldades práticas na implementação de políticas públicas (MENDONÇA, 2018, p. 55).

A revisão da literatura jurídica sobre a alteração da LINDB e das discussões legislativas que antecederam sua promulgação permitiu o levantamento dos seguintes fundamentos, favoráveis ao art. 20: <sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> A revisão de literatura se deu, especialmente, pelo levantamento da produção acadêmica dos juristas administrativistas que acompanharam o trâmite legislativo da nova Lindb e elaboraram pareceres em sentido favorável à alteração legislativa – como os professores Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sunfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Fernando Menzes de Almeida, Fernando Facury Scaff, Jacintho Arruda Câmara, Egon Bockmann Moreira, José Vicente Santos de Mendonça e Eduardo Ferreira Jordão, dentre outros. Nesse sentido, cf. referência bibliográfica n. 16.

Há casos em que mais de uma decisão se afigura *juridicamente possível*, visto que há disponibilidade de diversos métodos hermenêuticos ao julgador (ao passo que nem mesmo a opção expressa por um deles sempre garante uma única resposta).

É necessário gerar maior preocupação dos julgadores com os resultados práticos de suas decisões (para além de uma preocupação meramente normativa e dissociada da realidade), reduzindo a postura voluntarista (ou ativista) que busque garantir direitos sem os meios materiais para tanto ou sem atenção para os efeitos sistêmicos das decisões.

Em casos difíceis, muitas vezes ocorre o problema do ‘simplismo’, da ‘preguiça’ ou simplesmente da opção por “não revelar os reais motivos da sua decisão”, através do subterfúgio de decisões genéricas calcadas na abstração dos princípios (SUNDFELD, 2014, p. 226).<sup>5</sup>

O problema de invocação a normas abstratas para justificar decisões já havia sido identificado no âmbito do Poder Judiciário, tentando ser contornada pelo artigo 489 do Novo CPC (LEAL, 2016b).

A LINDB tão somente avança na previsão do CPC, pois generaliza a exigência de uma fundamentação adequada para todas as esferas – judicial, administrativa e controladora.

Dessa forma, os fundamentos em prol da alteração da LINDB parecem indicar que o objetivo do art. 20 não seria o de ‘revolucionar’ o método interpretativo do direito brasileiro ou vincular os julgadores a uma técnica hermenêutica específica, mas tão somente servir de

---

<sup>5</sup> Segundo Justen Filho, muitas vezes a fundamentação parca decorre “não necessariamente de uma ausência de dedicação do agente estatal, mas também de uma espécie de ceticismo quanto à viabilidade ou utilidade do aprofundamento”. (2018, p. 22).

ferramenta pedagógica aos julgadores, elevando o ônus argumentativo e permitindo a prolação de decisões mais próximas à realidade. Como sintetizado por Fernando Leal, qualquer iniciativa que obrigue tomadores de decisão a justificar melhor suas decisões seria bem-vinda (LEAL, 2016, p. 26), parecendo ter sido este o caso pensado pelos seus idealizadores.

Naturalmente, a proposta não passou imune a críticas. Houve quem apontasse que o artigo atribui um papel indevido ao Judiciário ao ter que avaliar e prever as consequências da decisão, pois pode levar à uma verdadeira formulação de políticas públicas pelos juizes, ou mesmo uma oportunidade para legislar em situações além da lei, contribuindo para a insegurança jurídica (PORTUGAL e KLEIN, 2019).

Outras críticas, de cunho mais procedimental, questionaram o fato de se exigir um exercício de “prognose” pelos julgadores, que não possuem *know how* para tanto. Conrado Hubner chegou a alertar ao risco de a análise das consequências resultar em um “*consequenciachismo*”, uma vez que o bom consequentialista não teria condições de aferir, com graus mínimos de certeza, a probabilidade das consequências possíveis de sua decisão, por respeitar a complexidade e incerteza do mundo social (HUBNER, 2019). Nessa mesma linha, Schuartz, já em 2011, também alertava para os riscos do que chamara de consequentialismo “festivo”, “militante” ou “malandro” (SCHUARTZ, 2011).<sup>6</sup>

Em resposta à tais críticas, a revisão de literatura dos defensores da alteração legislativa aponta os seguintes argumentos:<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Segundo Schuartz, o consequentialismo festivo seria uma postura de desprezo em relação às metodologias tradicionais dos juristas. O militante seria marcado por uma aplicação entusiasmada – e pouco rigorosa – da ciência econômica. Já o malandro seria quase uma estratégia retórica para fundamentar uma decisão previamente buscada (2011).

<sup>7</sup> A respeito, Cf. MARQUES AZEVEDO *et al*, 2017.

1. Os julgadores (juízes, controladores, administradores) *já exercem* importante função na implementação das políticas públicas, não havendo como fugir dessa realidade inexorável, cabendo ao legislador procurar aperfeiçoá-la.

2. Embora *ainda sujeito a interpretações e valorações*, o artigo 20 contribui para um cenário menos ativista, que permite decisões baseadas *inteiramente* em valores jurídicos abstratos, sem qualquer menção às consequências.

3. Um possível efeito do artigo 20 seria uma “maior deferência”, pelos juízes, aos outros Poderes, e não um aumento do ativismo Judiciário na implementação de políticas públicas (WANG, 2018).

4. Quanto ao exercício de prognose pelos julgadores, a ideia não seria exigir uma análise profunda e exauriente, mas parcimoniosa, com base em dados dos autos e na consideração da relevância política, social e econômica das suas decisões, sendo um juízo estimativo sobre o futuro inerente à condição humana. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 30).<sup>8</sup>

5. Embora a menção às consequências possa ser um tanto quanto vaga, ela ainda é menos vaga do que “*a vis expansiva dos direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana*”. Afinal, a análise de consequências é um argumento falseável, ao contrário da invocação de princípios. (MENDONÇA, 2018, p. 55)

Os argumentos em defesa da alteração legislativa parecem convincentes, pois reforçam a ideia de que o artigo 20 da LINDB não teria sido idealizado como uma ‘panaceia’ para o método hermenêutico decisório dos julgadores, mas tão somente como uma ferramenta viabilizadora de melhores decisões (MENDONÇA, 2018, p. 60).

---

<sup>8</sup> No parecer dos juristas, isso foi reafirmado.

Nas palavras da comissão de juristas que atuou junto ao Congresso Nacional, ele teria *“por finalidade reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução”* (MARQUEZ AZEVEDO *et al*, 2017, p. 3). Segundo Vicente Santos de Mendonça, a exigência do artigo 20 serviria como instrumento pedagógico para decisões mais qualificadas, visto que *“o juiz que buscar ‘consequências práticas’ para fundamentar seu decisionismo estará sendo educado e constrangido por uma nova gramática”* (2016, p. 34).

Corroborando a constatação de que o artigo 20 não representa qualquer revolução no direito brasileiro o fato de que, além do já mencionado art. 489 do CPC, o artigo 5º da mesma LINDB, vigente desde 1942, sempre contou com a seguinte previsão:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ora, a exigência ao juiz de, ao aplicar a lei, atender aos “fins sociais” e “exigências do bem comum” já contém em si, implicitamente, a análise dos efeitos práticos e sociais de sua decisão (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38).

Previsão semelhante também é encontrada na Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal nº 12.016/19), cujo artigo 15 define, como hipótese de suspensão de decisão liminar ou sentença, a possibilidade da geração de efeitos sociais indesejáveis (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e a economia públicas), em mais uma demonstração do legislador de que as decisões judiciais não podem ser dissociadas de suas consequências à sociedade.

Não por acaso, muitos apontam que o ‘consequencialismo’ sempre fez parte da prática jurídica dos tribunais, especialmente dos Superiores, visto que não raro o STF fundamentasse suas decisões pelas

repercussões práticas de suas decisões, em espécie de “consequencialismo genérico” (VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, 2016, p. 33). Por essa razão, de maneira irônica e acertada, Alexandre Aragão comentou a respeito da suposta ‘novidade’ introduzida pelo artigo 20 da LINDB (2016, p. 58):

“É interessante como a ciência jurídica, talvez em uma equivocada manifestação do pós-modernismo, vive uma fascinação contínua e sucessiva por novas ondas de pensamento (...) NORBERTO BOBBIO, por exemplo, há algumas décadas já notava a emergência de uma “Teoria Realista do Direito que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a autossuficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico”.

Além da exigência de análise das consequências *já poder ser extraída da legislação vigente antes mesmo da alteração da LINDB*, cabe notar também que a redação do art. 20 é clara que a análise das consequências surge como etapa obrigatória *somente* para aquelas decisões que seriam decididas *com base em valores jurídicos abstratos*. Como ressaltado por Ana Frazão (2019):

O desafio que a LINDB agora nos propõe não é excludente, no sentido de impor a opção pelas consequências em detrimento dos valores. Pelo contrário, exige a conciliação dessas duas perspectivas, por meio de um discurso jurídico que possa considerar, ao mesmo tempo, os valores que devem orientar a decisão com as respectivas consequências práticas, sem o que pode haver o comprometimento da eficácia dos próprios valores que a decisão procurou implementar ou de outros valores ou interesses que não foram devidamente considerados ou sopesados no processo decisório.

Ou seja, a exigência do artigo 20 não afasta a possibilidade (ou mesmo a *necessidade*) da tradicional fundamentação jurídica normativa, calcada em princípios ou em regras positivadas no ordenamento jurídico, mas tão somente eleva a exigência de fundamentação para os casos que seriam julgados de maneira genérica. Subsiste, assim, o tradicional



desafio da interpretação jurídica dos casos concretos, cujo método hermenêutico interpretativo jamais poderia estar dissociado da realidade e dos efeitos práticos da decisão, *mesmo antes da nova LINDB*. Como bem sintetiza Justen Filho (2018, p. 38):

O art. 20 não impôs a preponderância de uma concepção consequentialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada.

Por fim, mas não menos importante, é a constatação de que, muito embora o artigo 20 não represente uma grande inovação no ordenamento, tampouco a adoção do consequentialismo como vetor interpretativo obrigatório pelos julgadores, ela pode, sim, gerar alguns efeitos práticos. Ao reforçar o dever de fundamentação do ato decisório, constringendo o julgador a avaliar as consequências práticas da decisão, ele pode gerar efeitos não apenas sobre esses julgadores, mas também sobre as próprias partes dos processos, alterando a dinâmica da *forma de postulação e instrução* dos processos. Isso porque, para analisar as consequências, o julgador deverá coligir elementos dos autos, o que pode estimular as partes a trazer dados mais concretos das possíveis repercussões de uma decisão e buscar apontar alternativas ao julgador.

## **2. Em busca da delimitação de conceitos: aspectos básicos do Consequentialismo, do Pragmatismo Jurídico de Posner, da integridade do Direito de Dworkin e do consequentialismo normativo de MacCormick**

O direito brasileiro vive momento no qual valores como o ‘empirismo’ e o ‘pragmatismo’ têm sido exaltados e alçados ao posto de ‘modernizadores’ da ‘ciência’ jurídica. A referência a esses valores vem se

tornando comum e tem alcançado até mesmo a corte constitucional brasileira.

No julgamento do HC 152.752 (2018), por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso exaltou o movimento que, segundo ele, pode ser referido como “*Direito e Justiça baseados em evidências*”, indicando uma possível mudança de paradigma no Brasil, calcada no “*giro empírico-pragmático*”:

A (...) mudança de paradigma encontra-se ainda em fase de desenvolvimento no Brasil, enfrentando ideias antigas e arraigadas. **Trata-se do giro empírico-pragmático**, que procura nos libertar de discursos tonitroantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real. O empirismo significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas. Daí a demanda crescente por pesquisas, dados e informações como elementos essenciais para a tomada de decisões. (grifos adicionados)

Em 2020, o Ministro Luiz Fux suspendeu liminarmente lei sancionada pelo Congresso Nacional que criava a figura do “juiz das garantias” (ADI nº 6.298), em razão de supostamente não ter havido, pelo Congresso Nacional, uma correta análise das consequências que a implementação da lei acarretaria:

No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a verificar a coexistência entre, de um lado, **os valores morais e empíricos que sublinham a Constituição**, e, de outro, o texto da legislação. (...) A essência desta Corte repousa na colegialidade de seus julgamentos, na construção coletiva da decisão judicial e na interação entre as **diversas perspectivas morais e empíricas** oferecidas pelos juízes que tomam parte das deliberações. Nesse ponto, ressalto que a atividade interpretativa não pode estar apartada de dados empíricos que sublinhem a materialização dos efeitos da norma jurídica no mundo fenomênico. Igualmente, a jurisdição constitucional não pode ser concebida como uma mera abstração idealista, em que a interpretação dos textos normativas ocorra apartada da realidade fática. (...) Por meio de audiências públicas e de amici curiae, (...) fomentando, por conseguinte, a **concretização de uma jurisdição constitucional empiricamente informada**. (grifos adicionados)

Tais decisões, ao mesmo tempo que ilustram que conceitos como “empíria”, “pragmatismo”, “consequencialismo” têm alcançado relevo no debate jurídico, parecem contar com algumas impropriedades, como a contraposição de valores “morais” diante de conceitos como empíria e pragmatismo, o que reforça a importância do esclarecimento de conceitos como o consequencialismo, o pragmatismo e sua relação com as teorias jurídicas. É o que se passa a fazer.

## **2.1. Consequencialismo**

No Direito, o consequencialismo geralmente é objeto de estudo em ramos como o da hermenêutica jurídica, teorias da decisão ou teorias da justiça, que se valem de lições do campo da Filosofia da Ética (ou Ética Normativa). Em termos gerais, o consequencialismo pode ser conceituado como *o ato de valorar uma ação, como boa ou ruim (‘perspectiva normativa’), de acordo com as consequências que ela produz, e não a partir de sua natureza intrínseca*. Se a ação produzir boas consequências, ela será virtuosa. Se produzir as melhores consequências possíveis, ela será ideal (SINNOT-ARMSTRONG, 2021).<sup>9</sup>

Embora o consequencialismo costume ser associado às éticas utilitaristas, ele não se confunde com elas, pois, ainda que constitua um elemento central do utilitarismo, ele é apenas um dos vários princípios e elementos que compõem o arcabouço teórico das teorias éticas utilitaristas, como as versões clássicas de Bentham (1789), de Stuart Mill (1861) ou de Sidgwick (1907) (SINNOT-ARMSTRONG).

---

<sup>9</sup> Há quem aponte um conflito sobre até que ponto o juízo consequencialista leva em conta as consequências – se apenas as imediatas, ou também as sistêmicas e institucionais (CRAVO; SANTINI). Um juiz formalista poderia ser considerado, também, um consequencialista, visto que estaria atento às consequências sistêmicas e negativas da não observância estrita de uma norma, visto o precedente que seria aberto (CRAVO). Por sua vez, há quem separe o consequencialismo forte do consequencialismo fraco. O forte considera que uma decisão só é boa se ela for a que gere as melhores consequências possíveis, se comparada com as outras opções. Já o fraco mede as consequências com peso no máximo igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas (SCHUARTZ).

De fato, é importante esclarecer que as diferentes teorias éticas utilitárias, embora comunguem do consequencialismo como critério avaliativo da qualidade de uma ação, se segmentam em correntes em razão de outros aspectos, como quais as consequências que cada uma contabiliza para valoração de uma ação (*e.g. o consequencialismo hedonista de Bentham, o qualitativo de Mill ou o de bem-estar de Amartya Sen*), o horizonte temporal das consequências a serem consideradas (*consequencialismo próximo ou consequencialismo total*), a forma de contabilização das consequências (*consequencialismo individual ou holístico; consequencialismo de bem estar médio ou universal*), a forma de comparação interpessoal de utilidades entre indivíduos, ou, ainda, distinções metodológicas como a distinção entre o ‘utilitarismo de atos’ e o ‘utilitarismo de regras’<sup>10</sup> (SINNOT-ARMSTRONG).

Dessa forma, é importante ressaltar que, embora constitua um elemento central das teorias éticas utilitaristas, *o consequencialismo não se confunde com o utilitarismo*, e que *existem diferentes concepções e tipos de consequencialismos*, que dependem do autor e do referencial teórico utilizado.

Outro ponto importante a ser salientado é o fato de que, enquanto princípio ético, o consequencialismo tradicionalmente é situado em polo oposto à *ética deontológica kantiana*, que analisa condutas e decisões pelo seu valor intrínseco e sua possibilidade de universalização (imperativo categórico), sendo por isso considerada não-consequencialista (TORBEN, 2006, p. 132).

Esse antagonismo entre a análise consequencialista e a ética deontológica, situando-os em polos opostos, de fato parece fazer sentido,

---

<sup>10</sup> Segundo Rosenfeld (2005): “Ao contrário do utilitarismo dos atos, que exige que cada ato, incluindo cada adjudicação, contribua para maximizar as utilidades, o utilitarismo de regras mantém que, em geral, maximizar as utilidades é melhor alcançado pela adesão às regras, mesmo que certas aplicações individuais de tais regras não aumentem elas mesmas as utilidades. Assim, enquanto no utilitarismo dos atos todos os princípios e direitos são, em última análise, redutíveis à política, esse não é o caso do utilitarismo de regras, para o qual o critério moral relevante é se regras particulares são maximizadoras de utilidade e não se toda concessão de um direito de acordo com essa regra é” (tradução livre).

se adotada a teoria moral do filósofo Immanuel Kant, que rejeita expressamente qualquer valoração das consequências como critério de aferição da moralidade de uma ação (SANDEL, 2015, pp. 179-180). Afinal, segundo o teórico alemão, qualquer ação moral constitui um fim em si mesmo, e não como um meio de alcance de outras finalidades, o que torna sua teoria inconciliável com a análise de quaisquer aspectos empíricos – como bem aponta Sandel, ao citar trecho da obra de Kant (p. 186):

‘Uma boa ação não é boa devido ao que dela resulta ou por aquilo que ela realiza’, escreve Kant. Ela é boa por si, quer prevaleça quer não. ‘Mesmo que (...) essa ação não consiga concretizar suas intenções; que apesar de todo o seu esforço não seja bem-sucedida (...) ainda assim continuará a brilhar como uma joia, como algo cujo valor lhe seja inerente’.

Por essa razão, parece possível (e correto) afirmar que a análise das consequências representa um afastamento de uma concepção deontológica purista, tal qual a de Kant. Contudo, também é muito importante chamar atenção ao fato de que não são todas as teorias da ética de natureza deontológica que adotam uma rejeição tão expressa à análise das consequências. Muitas levam em consideração, em alguma medida – embora não como um elemento central –, as consequências das ações (SINNOT-ARMSTRONG), sendo esse inclusive um aspecto presente em muitas teorias da justiça contemporâneas, que aliam elementos deontológicos com a consideração de consequências, como será visto mais adiante.

Dessa forma, afirmar a existência de uma oposição absoluta e necessária entre a análise das consequências e as éticas deontológicas exige cautela, pois, embora faça sentido situar em posições antagônicas autores como Bentham e Kant, certas teorias contemporâneas adotam concepções mistas e conceitos distintos dos mencionados autores – havendo quem alegue que tais éticas deontológicas estariam imbuídas de certa carga consequencialista. Não por acaso, Walter Sinnott-Armstrong,

ao buscar definir o consequencialismo e situá-lo dentre as diversas às teorias morais, ressalta que seu conceito invariavelmente dependerá do contexto, dos autores e da explicitação dos critérios de sua utilização (2021):

Ainda assim, se a definição de consequencialismo se tornar muito ampla, pode parecer que perde força. Alguns filósofos argumentaram que qualquer teoria moral, ou pelo menos qualquer teoria moral plausível, poderia ser representada como uma versão do consequencialismo (Sosa 1993, Portmore 2009, Dreier 1993 e 2011; mas ver Brown 2011). Nesse caso, significa pouco rotular uma teoria como consequencialista. O conteúdo real vem apenas por contrastar teorias que não são consequencialistas.

No final, o que importa é apenas que tenhamos clareza sobre quais teorias um determinado comentarista considera consequencialista ou não e quais afirmações devem torná-lo consequencialista ou não. Só então podemos saber quais afirmações estão em jogo quando este comentarista apoia ou critica o que eles chamam de “consequencialismo”. Então, podemos perguntar se cada objeção realmente refuta essa afirmação particular.<sup>11</sup>

No âmbito da literatura jurídica, a análise do ‘consequencialismo’ parece assumir contornos menos técnicos ou aprofundados. Vicente Santos de Mendonça, por exemplo, define o consequencialismo *jurídico* como a “*postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa*” (MENDONÇA, 2018, p. 47). Tal caracterização coloca como elemento central o *grau de relevância* que o julgador confere à análise das consequências. Se for uma relevância *significativa*, será uma interpretação jurídica consequencialista, ao passo que se for uma

---

<sup>11</sup> Tradução livre de “Still, if the definition of consequentialism becomes too broad, it might seem to lose force. Some philosophers have argued that any moral theory, or at least any plausible moral theory, could be represented as a version of consequentialism (Sosa 1993, Portmore 2009, Dreier 1993 and 2011; but see Brown 2011). If so, then it means little to label a theory as consequentialist. The real content comes only by contrasting theories that are not consequentialist. In the end, what matters is only that we get clear about which theories a particular commentator counts as consequentialist or not and which claims are supposed to make them consequentialist or not. Only then can we know which claims are at stake when this commentator supports or criticizes what they call “consequentialism”. Then we can ask whether each objection really refutes that particular claim”.

relevância *não tão significativa*, poderá ser considerada uma interpretação jurídica não consequencialista.

Dessa forma, o que essas breves considerações parecem indicar é que não é possível afirmar que o artigo 20 da LINDB representa a adoção de uma ética utilitarista e, nem mesmo, a adoção de uma abordagem consequencialista. A *forma* de avaliação dessas consequências e, especialmente, o *grau de relevância* a elas atribuído pelo julgador, no caso concreto, que será determinante para a caracterização de sua decisão como consequencialista ou não.

## **2.2. Pragmatismo Jurídico**

A grosso modo, o pragmatismo pode ser considerado a ideia de que é a ação, e não o mero amparo teórico, a melhor ferramenta para se buscar o conhecimento e obter decisões corretas. Embora algumas obras clássicas sejam frequentemente mencionadas como exemplos de teorias pragmáticas (*e.g.* ‘O Príncipe’, de Maquiavel), o pragmatismo, enquanto corrente filosófica (epistemológica e ética), tem seu desenvolvimento geralmente atribuído a autores americanos do séc. XIX, como *Charles Sanders Pierce*, *William James* e *John Dewey* (MAIA, 2016, p. 140).

No âmbito jurídico, o pragmatismo encontra raízes no movimento do Realismo Jurídico norte-americano (também chamado de Jurisprudência Sociológica; POGREBINSCHI, 2005, p. 1), e possui como um de seus expoentes o teórico americano Richard Posner, célebre figura da *Law & Economics* e do campo da teoria da justiça.<sup>12</sup>

Em linhas gerais, assim como o utilitarismo, o pragmatismo proposto por Posner se distancia do deontologismo jurídico (no sentido de que as ações teriam valores por si mesmas). A análise das

---

<sup>12</sup> Cujas visão do Direito, inicialmente calcada na *eficiência* como grande vetor interpretativo, foi se adaptando ao longo do tempo e, após passar pela maximização da riqueza como vetor interpretativo, acabou por adotar visão a qual ele próprio classificou como *pragmática* (SALAMA, 2012).

consequências assume um papel central nesta visão: o julgador tem o dever, político e jurídico, de identificar qual das soluções para um caso concreto representa a solução mais benéfica para a sociedade.

Contudo, o pragmatismo jurídico de Posner vai além: ele assumidamente adota uma postura cética quanto a regras absolutas de cunho hermenêutico e expressamente refuta a ideia do estudo de valores morais como vetores interpretativos do Direito, em uma oposição de antagonismo em relação ao que cunhou de ‘moralismo acadêmico’, e que “mesmo que a teorização moral possa fornecer um fundamento útil para alguns juízos morais, não deve ser usada para a formulação de juízos jurídicos” (POSNER, 2012, p. 4).

Por considerar que a filosofia moral possui cunho altamente subjetivo e impreciso, para Posner a análise jurídica deveria ser centrada em aspectos da realidade tangível – por meio do uso de ferramental da sociologia jurídica, da economia e de outras ciências sociais (2012, p. 492):

O direito precisa de teorias – teorias das ciências sociais. [...] O que ninguém precisa é da filosofia moral normativa, daquela espécie de teoria jurídica que se edifica sobre a teoria moral normativa ou corre paralela a esta, ou da antiteoria pós-modernista. Guiando-nos pelas luzes do pragmatismo, podemos evitar esses becos sem saída e nos mantermos firmes no caminho que conduz à verdadeira e saudável profissionalização do direito.

Ainda segundo Posner, muito embora existam várias teorias e métodos hermenêuticos de leitura da constituição e outras normas, inexistem um método lógico ou empírico que permita escolher entre uma teoria ou outra, ficando sua escolha a cargo de cada intérprete.

Posner também rejeita postulados rígidos do positivismo jurídico, como posturas universalistas que levam à aplicação irrestrita de normas para casos com peculiaridades e consequências distintas. Para o juiz pragmático de Posner, a mera aplicação da norma pode não ser a melhor solução. Quando fontes ortodoxas não fornecem resposta, ou fornecem



resposta insatisfatória para o caso concreto, agiria o juiz quase na condição de legislador, estabelecendo a norma aplicável e regulando casos futuros similares. Nagibe Neto sintetiza, assim, aqueles que, a seu ver, seriam os oito princípios que guiariam a visão de Posner (JORGE NETO, p. 97):

Posner apresenta oito princípios do pragmatismo judicial que tentaremos resumir da seguinte forma:

1. O dever de decidir é o dever primário do juiz. O juiz não pode se recusar a decidir um caso somente porque não há guia em um texto legal;
2. O Direito não está limitado ao corpo das fontes ortodoxas, então a função jurisdicional não pode estar limitada a decidir os casos de acordo com tais fontes;
3. Nos casos em que as fontes ortodoxas não oferecem uma resposta para a questão jurídica em discussão, ou quando a resposta oferecida é insatisfatória, o juiz exerce o papel de legislador: cria Direito que decide o caso e regula casos futuros similares;
4. Nenhuma teoria constitucional (método de interpretação) está disponível para guiar os juízes em seu papel de criar Direito porque não há nenhum método lógico ou empírico que permita escolher uma teoria constitucional (método de interpretação) ao invés das outras. Na ausência de tais teorias, os juízes deveriam se guiar pelas consequências de suas decisões para as partes do caso, para as pessoas em situação similar e para o sistema como um todo;
5. O pragmatismo deve levar em conta não apenas as consequências das decisões para as partes, mas também os efeitos em valores tais quais continuidade, previsibilidade e estabilidade das normas legais e decisões;
6. Caso os juízes não saibam as consequências de suas decisões serão necessárias regras subsidiárias para lidar com a incerteza. Nesse caso, Posner tem como alternativa secundária o self-restraint tal qual defendido por Thayer.
7. O juiz deve tratar as partes do caso como partes representantes de todas as demais pessoas na mesma situação, devendo ignorar seu status social, méritos pessoais e influência política.
8. A decisão judicial deve trazer os fundamentos verdadeiros da escolha feita pelos juízes. Isso para prevenir que os juízes fundamentem suas decisões em consequências que a sociedade não aceita como legítimos fundamentos para a decisão.

Dessa forma, a teoria de Posner aponta para uma postura relativista em relação a moral (embora reconheça algum núcleo universal de valores humanos), de ceticismo quanto a correntes teóricas filosóficas

e morais e a rejeição de uma relação necessária entre moral e direito (SANTINI, 2011, p. 175). Não por acaso, Ronald Dworkin denominou a posição de Posner como uma “*antiteoria pragmatista*”, por ser marcada pela rejeição de marcos teóricos absolutos para resolução dos problemas jurídicos práticos do dia a dia, um verdadeiro ceticismo ou assepsia moral (FELIPE, 2014).

Ao apontar que a aparente rejeição do conteúdo moral por Posner esconde, na verdade, uma concepção específica da moralidade do utilitarismo, Dworkin, autor a seguir abordado, concluía que “*o próprio Posner é guiado por uma crença moral tácita, dissimulada e atraente, porém inexorável*” (DWORKIN, 2011, p. 133).<sup>13</sup>

### **2.3. O Direito como integridade**

Em razão da inviabilidade de se abordar a vasta obra de Ronald Dworkin em curto espaço, será feita, aqui, apenas uma breve menção a alguns pontos centrais de sua teoria, considerada uma das maiores contraposições ao pragmatismo Posneriano.

Isso porque, ao contrário de Posner, Dworkin reconhece uma relação indissociável entre moral e direito e a força normativa dos princípios, entendidos como um estado de coisas almejado. Afastando uma postura relativista, Dworkin questiona no prefácio da sua célebre obra *O Império do Direito*: “*Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?*”<sup>14</sup>. Segundo ele, as

---

<sup>13</sup> Aqui, cabe lembrar o importante papel que as críticas de Dworkin exerceram na obra de Posner. Como lembra Bruno Salama: “Rememorando o período da sua mudança de posição [abandono da sua teoria da maximização da riqueza], Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin – com quem Posner mantém, até hoje, variadas divergências teóricas. Neste tributo, Posner diz o seguinte: ‘um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização da riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que eu evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas’”. (SALAMA, 2012).

<sup>14</sup> Mencionado por JORGE NETO, 2016, p. 82. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. [Tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

lacunas do ordenamento não poderiam ser preenchidas pela mera discricionariedade (ou arbítrio) do julgador, mas por princípios jurídicos inscritos no próprio ordenamento e acolhidos no âmbito moral (JORGE NETO, 2016). Daí a célebre conclusão pela inexistência de situações absolutamente lacunosas no ordenamento, havendo *sempre uma decisão correta*, a qual caberia ao julgador, apreciando as pretensões juridicamente tuteladas em cada caso concreto, encontrar.

O recurso aos princípios, na obra de Dworkin, surge, portanto, como uma tentativa de afastar o exercício do arbítrio dos julgadores em situações legais lacunosas, e não como uma flexibilização dos critérios e parâmetros interpretativos jurídicos, viabilizando uma análise do ordenamento como um conjunto coerente e íntegro de normas (regras e princípios).

De toda forma, o ponto central a ser salientado é quem em alguns momentos, Dworkin chega *também a se reconhecer como um consequencialista*. Mas o seria em sentido distinto do retratado por Posner. Segundo Dworkin, sua proposta seria consequencial na medida em que *“cada argumento jurídico interpretativo tem por finalidade assegurar um estado de coisas que, de acordo com princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas”* (DWORKIN, 2010). Com efeito, sua teoria não prescinde da análise das consequências – pelo contrário, as considera um aspecto essencial e imprescindível na busca da decisão correta (DWORKIN, 2010, p. 148):

(...) os juízes não precisam optar entre avaliar as consequências desse modo pessoal e ignorá-las por completo. Ninguém imagina que os juízes possam ou devam decidir os casos “por meio de um algoritmo que pretenda fazê-los chegar, ao longo de um processo lógico ou formal de outra natureza, a Uma Decisão Correta, utilizando apenas os materiais canônicos da tomada de decisões judiciais como o texto legal ou constitucional e decisões judiciais anteriores”. Essa representação da decisão judicial é, e sempre foi, de uma inconsistência flagrante. Todavia, ainda que não haja dúvidas quanto à necessidade de os juízes levarem em consideração as consequências de sua decisão, não se pode ignorar que, sob a perspectiva da interpretação do direito como

integridade, adotada neste trabalho, “eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas.

De fato, Dworkin não nega que uma visão consequencialista, como o utilitarismo de regras, pode ser consistente com direitos baseados em princípios - razão pela qual alguns autores chegam a sustentar que a distinção entre a teoria da justiça de Posner e Dworkin não estaria relacionada à filosofia da ética (deontológica contra utilitarista), mas sim em relação aos valores substantivos privilegiadas na teoria de cada um (ROSENFELD, 2005).<sup>15</sup>

Por essa razão, há quem argumente que, ao institucionalizar o consequencialismo como etapa do processo decisório, pode a lei simplesmente estar possibilitando a promoção do estado de coisas cuja consecução o ordenamento teria instituído como obrigatória, e que os princípios seriam, na verdade, dotados de uma alta carga consequencialista. É nesse sentido a conclusão de Fernando Leal:

Na verdade, seria possível até problematizar o artigo 20 por investir, no fundo, em uma redundância. Se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas. Nesse ponto, ao exigir que, ao aplicar princípios vagos, o decisor pense nas consequências práticas de sua decisão, o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam. Isso não é pouco na nossa realidade – ainda que não seja metodologicamente inovador.

---

<sup>15</sup> Cf. Rosenfeld (2015): “as duas teorias diferem em bases substantivas: Dworkin é igualitário e Posner um libertário. Portanto, a menos que se possa provar que o libertarianismo é inconsistente com o princípio de igual preocupação e respeito - o que não parece ser o caso *prima facie* - então a tese de resposta certa de Dworkin depende para sua validade na prova de que a visão igualitária é superior à sua libertária contrapartida. Caso contrário, tanto as respostas igualitárias de Dworkin quanto as libertárias de Posner teriam que contar como respostas certas” (tradução livre).

Dessa forma, embora sua visão rejeite o pragmatismo de Posner, não parece haver uma incompatibilidade entre a teoria de Dworkin a utilização de argumentos consequencialistas.

#### **2.4. O consequencialismo normativo de Neil MacCormick**

Para além do pragmatismo jurídico de Posner e da visão da integridade do direito de Dworkin, as lições do professor escocês Neil MacCormick representam, segundo alguns, uma posição intermediária entre uma visão estritamente normativa e uma visão estritamente consequencialista - ou, como alguns gostam de chamar, um “*consequencialismo mitigado*” ou “*consequencialismo subsidiário*” (CRAVO, p. 08).

Segundo MacCormick, a análise das consequências é etapa relevante do processo decisório, especialmente para os *hard cases*. O juiz deve começar com uma análise textual da norma aplicável ao caso concreto. Se a análise textual não produzir um resultado determinado, ele deve proceder para considerar argumentos sistêmicos. E, se nem argumentos textuais nem sistêmicos, nem qualquer combinação desses argumentos produzirem um resultado determinado, ele deve recorrer a argumentos teleológicos (verificação das finalidades maiores das normas).

Ainda segundo MacCormick, o julgador deve começar com argumentos de consistência e coerência da norma e, se necessário, proceder a considerar argumentos consequencialistas. Aqui, não caberia ao julgador uma análise profunda e matemática de estimativa de probabilidades das consequências fáticas: *sua preocupação deve estar nas consequências de sua decisão do ponto de vista jurídico e normativo* (SPAACK, p. 132). Nas palavras do autor escocês (2009, p. 277, *apud in* ALVES, 2019):

quando surgem problemas de interpretação, eles somente podem ser resolvidos através de recursos a argumentos consequencialistas e/ou argumentos de princípios, que envolvam tanto uns como os outros, um apelo a valores concebidos como essenciais ao direito.

Segundo o jurista escocês, a análise das consequências deve ser ampla (sistêmica), no sentido de que deve haver ponderação não só dos efeitos causais e particulares da decisão, mas também dos impactos prováveis que a decisão terá no comportamento geral das pessoas (ALVES, p. 126). Seu ponto central é que uma decisão não poderá ser adotada se afrontar alguma norma válida e aplicável ao caso, ou seja, a decisão *deve estar sempre de acordo com o ordenamento jurídico, por mais que os argumentos consequencialistas sejam prementes*. Ao valorizar o dever de coerência da decisão face ao sistema jurídico em vigor, MacCormick busca uma conjugação entre um positivismo e um consequencialismo (ALVES, 2019, p. 128):

“Dessa forma, a doutrina do autor escocês permite o uso de consequências na adjudicação judicial nos casos difíceis, mas impõe que a decisão seja coerente com os princípios emanados da ordem jurídica e não contradiga nenhuma outra regra do ordenamento jurídico. Dito de outro modo, há uma clara sobreposição da ordem jurídica sobre as consequências, já que aquela é critério para avaliação da adequação da decisão tomada a partir desta”

Dessa forma, a teoria da decisão de MacCormick faria uso do consequencialismo como ferramenta para a avaliação do estado de coisas e instrumento de auxílio para concretização dos princípios jurídicos positivados no ordenamento, encontrando, portanto, pontos em comum com as lições de Dworkin e sendo referido, por alguns, de um “consequencialismo mitigado” (CRAVO, p. 8).

O modelo idealizado pelo artigo 20 da LINDB, que prevê a obrigatoriedade da análise das consequências apenas quando a decisão

se fundamenta em valores jurídicos abstratos, como uma segunda etapa do processo decisório, parece, de fato, guardar bastante similitude com a construção teórica da argumentação jurídica de MacCormick.

## **Conclusões**

O artigo 20 da LINDB gerou interpretações variadas quando da sua promulgação. Se para alguns ele consiste em mero reforço do dever de fundamentação do julgador, para outros ele representa um reforço do consequencialismo como vetor interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro. Houve quem chegasse, até mesmo, a associar a LINDB à uma suposta consagração de um consequencialismo apto a relegar o Direito diante outros valores, como econômicos. O presente artigo buscou contribuir para desmistificar essa confusão.

Na primeira parte, a partir dos fundamentos dos autores da proposição legislativa, verificou-se que o artigo 20 foi sempre idealizado como um reforço do dever de fundamentação dos julgadores. Seu intuito era afastar decisões baseadas meramente em valores jurídicos abstratos, aproximando os julgadores das consequências práticas de suas decisões e dos desafios reais vivenciados pelos gestores públicos, o que não significa a prevalência de uma visão meramente consequencialista ou uma grande mudança no arcabouço jurídico nacional – visto que o dever dos julgadores de avaliar as consequências de suas decisões *já existia* mesmo antes da entrada em vigor da nova LINDB.

Na segunda parte, o conceito básico de ‘consequencialismo’ foi desenvolvido, assim como pontos centrais do pragmatismo jurídico de Richard Posner, da visão da integridade do Direito de Ronald Dworkin e do consequencialismo normativo de Neil MacCormick.

Foi constatado que a nova LINDB não significa a consagração de uma abordagem consequencialista ou utilitarista, visto que essa dependerá da *forma de consideração* das consequências e *do grau de relevância* a elas atribuídas pelo julgador. Tampouco parece representar

uma aproximação ao pragmatismo jurídico – ao menos nos moldes defendidos por Richard Posner -, ao passo que parece ser compatível com a visão da integridade do Direito, de Ronald Dworkin, cuja busca por um estado desejado de coisas (princípios), pressupõe, necessariamente, a análise das consequências da decisão do julgador. Além disso, o artigo 20 parece possuir paralelos ainda mais marcantes com a teoria da decisão de Neil MacCormick, que prevê a análise das consequências como uma etapa complementar, ou mesmo integrante, da análise normativa tradicional.

Ao cabo, conclui-se que a adoção de ferramentas empíricas, argumentações consequencialistas, e mesmo posturas mais pragmáticas dos julgadores, não representam qualquer cisão com os paradigmas do ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário, tais ferramentas surgem como poderoso instrumento para viabilizar decisões melhores e, conseqüentemente, uma maior concretização dos direitos e garantias fundamentais.

### **Referências bibliográficas**

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144. ISSN 2238-5177. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832), 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Ensaio de uma visão autopoietica do Direito Administrativo. *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



CARVALHO, CRISTIANO. Jota: A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito? 05.06.2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-05062018>.

CRAVO, Daniela Copetti. Argumentos consequencialistas: legitimidade ou arbitrariedade? URI: <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/34675>, 2016.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. [Tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner. Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery. Curso de Direito, No. 17, 2014.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Jota: A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019>, acesso em 05.2019.

HUBNER, Conrado. Jurisprudência Impressionista. Disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impresionista-23066592>, acesso em 05.2019.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. A decisão judicial como ato argumentativo-pragmático. 2016. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, ISSN 2238-5177, 2018.

LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. *Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAIA, Mayssa Maria Assmar Fernandes Correia. *Hermenêutica, Pragmatismo e aplicação do Direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 165 f. Dissertação (mestrado) Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.

MARQUES NETO, FLORIANO DE AZEVEDO; CARLOS ARI SUNDFELD, ADILSON ABREU DALLARI, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ODETE MEDAUAR, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, MARÇAL JUSTEN FILHO, ROQUE CARRAZZA, GUSTAVO BINENBOJM, FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, FERNANDO FACURY SCAFF, JACINTHO ARRUDA CÂMARA, VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO, EGON BOCKMANN MOREIRA, JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, MARCOS AUGUSTO PEREZ, FLAVIA PIOVESA, PAULO MODESTO, ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO, EDUARDO FERREIRA JORDÃO, VITOR RHEIN SCHIRATO e CARLOS EDUARDO BERGAMINI CUNHA, Respostas aos Comentários Tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>, acesso em 05.2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Conjur: Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb*. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb>, acesso em 05.2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 43-61, ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista De Direito Administrativo*, 265, 179-198. <https://doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18916>. 2014

POGREBINSCHI, Thamy. O que é o Pragmatismo Jurídico? Séries CEDES, Página de Filosofia e Teoria do Direito, jul. 2005. ISSN 1982-1522. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. Dworkin e o Pragmatismo Jurídico. Séries CEDES, Página de Filosofia e Teoria do Direito, jul. 2005. ISSN 1982-1522. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf>. 2005b.

POGREBINSCHI Thamy. *Teoria social e política*. Rio de janeiro: Relume Dumará, 2005.

PORTUGAL, André; KLEIN, Érico. A Anti-teoria Consequencialista como Fundamento da Nova LINDB. In: VALIATTI, Thiago; HÚNGARO, Luis;

CASTELLA, Gabriel Moretini. (Org.) A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

POSNER, Richard A. A Problemática da Teoria Moral e Jurídica. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROSENFELD, Michel. Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. *Revue internationale de philosophie*, p. 363-392, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. Civilização Brasileira. Edição do Kindle. 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Direito e interpretação: racionalidades e instituições. Ronaldo Porto Macedo Jr e Catarina Helena Cortada Barbieri (org). São Paulo: Saraiva, 2011.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, "Consequentialism". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/consequentialism/>. 2021.

STRATZ, Murilo. O Direito Constitucional Estadunidense na perspectiva retórica de Neil MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 19 – jan./jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 152.525. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. 04.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adin nº 6.299. Rel. Min. Luiz Fux. 01.2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. José Vicente Santos de Mendonça e Fernando Leal (coord.). Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

TORBEN, Spaak. Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning. By Neil MacCormick. Deduction, Legal Reasoning, and the Rule of Law. University of Minnesota Law School, 2006.

WANG. Daniel Wei Liang. Jota: Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>. Acesso em 09.2018

---

**Notas sobre o autor:**

**ROBERTO DE CASTRO PIMENTA.** Graduado em Direito (UFMG), Mestre em Direito Regulatório (UnB), Graduando em Estatística (UFMG). Advogado e ex-assessor no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Email para contato: roberto@castropimenta.adv.

**Tempo e ameaça: fatores de fortalecimento da revisão legislativa  
na tramitação de medidas provisórias**

**Roberto Hermidas de Aragão Neto**

**Gustavo José de Deus Souza Gomes**

Resumo

O presente artigo objetiva analisar, sob a metodologia dos jogos, a dinâmica de prevalência dos interesses do Senado Federal sobre os da Câmara dos Deputados no processo legislativo bicameral, quando a espécie de proposta legislativa tem prazo certo para ser deliberada. Cuida-se de medida provisória já analisada pela Câmara dos Deputados e revisada, com a apresentação de emendas, pelo Senado Federal, de modo que a análise do texto final da Casa revisora pela Casa iniciadora estaria diretamente influenciada pelo prazo peremptório de vigência da referida proposição.

Palavras-chave: Processo Legislativo; Medida Provisória; Análise Econômica do Direito; Presidente do Senado Federal; Poder de Agenda.

Abstract

This article aims to analyze, under the methodology of games, the dynamics of the prevalence of the interests of the Federal Senate over those of the House of Representatives in the bicameral legislative process, when the kind of legislative proposal has a certain deadline to be deliberated. In this case, there is a provisional measure already analyzed by the Chamber of Deputies and revised, with the presentation of amendments, by the Federal Senate, in such a way that the analysis of the final text of the reviewing house by that initiator would be directly influenced by the peremptory period of validity of the proposal.

Keywords: Legislative Process; Provisional Measure; Economic Analysis of Law; President of the Senate; Agenda Setting.

## Introdução

O presente artigo visa a problematizar uma situação recorrente no processo legislativo brasileiro de análise de Medidas Provisórias. Isto é - considerando (i) o prazo peremptório de vigência de sessenta mais sessenta dias (artigo 62, §3º da Constituição Federal); (ii) a necessidade de análise pelos Plenários das duas Casas do Congresso Nacional; e (iii) o poder de pauta de ambos os presidentes dessas Casas, sobretudo daquele da Casa revisora -, cuida-se da possibilidade de o Senado Federal preponderar a sua opção de texto.

Para tanto, utiliza-se do formato de estudo de caso, a partir do trâmite da MP nº 1.031/2021, que foi apresentada, pelo Poder Executivo Federal, no dia 23 de fevereiro de 2021, dispondo, conforme a sua ementa, sobre:

[...] a desestatização da empresa Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras, que ocorrerá nos termos do disposto na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, e estará condicionada à outorga de nova concessão de geração de energia elétrica. Será executada na modalidade de aumento do capital social, por meio da subscrição pública de ações ordinárias com renúncia do direito de subscrição pela União, sendo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES responsável pela execução e pelo acompanhamento do processo de desestatização da Eletrobras.

Sem adentrar no mérito da Medida em referência, a sua aprovação teve por premissa que a matéria veiculada é relevante e urgente (artigo 62, *caput*, da Constituição Federal). Tais características, por si, costumam ensejar dissenso entre os atores legislativos durante a determinação do regramento que será levado a efeito.

Soma-se a isso os atos do processo legislativo da espécie - constantes da Constituição da República e normativos internos do Legislativo Federal, dentre os quais se ressalta a Resolução nº 1/2002-CN, que se passa resumir. Importa dizer, inicialmente, que a Medida, de edição do Presidente da República, tem efeito imediato de lei e é

despachada ao Congresso Nacional logo após a publicação no Diário Oficial.

Assim, é oportunizado ao Poder Legislativo, desde a publicação da MP, pelo já mencionado prazo de sessenta dias, prorrogáveis por iguais, alterar seu texto. Para efeito de controle de qualidade legislativa, no âmbito do Congresso Nacional e suas Casas, a Medida é, primeiramente, instruída em Comissão Mista, que, como o nome leva a concluir, é formada por doze Deputados Federais e doze Senadores da República.

Durante tal análise, destaca-se a possibilidade de os membros da comissão emendarem o texto originário e, ao cabo, a prolação de relatório acerca do atendimento dos pressupostos constitucionais pela Medida, além de conclusão acerca de seu mérito. Ato contínuo, o relatório e respectivo texto é submetido, sucessivamente, aos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no formato de apresentação e revisão dos projetos de lei, passando, ao cabo, pela sanção presidencial.

Nesse sentido, eventuais modificações na proposta aprovada pela Câmara dos Deputados, realizadas pelo Senado Federal, devem ser encaminhadas para exame da Casa iniciadora, sob a forma de emenda, a fim de serem analisadas em turno único, no prazo de três dias (artigo 7º, §§ 3º e 4º da Resolução nº 1/2002-CN).

Ademais, salienta-se que as alterações no texto originário só produzem efeitos após a finalização do processo legislativo - com o marco da sanção presidencial - e que o Senado Federal pode rejeitar a Medida ou seu respectivo projeto de lei em conversão. Ao cabo, importa observar, para o presente caso, que, após a análise das alterações da Casa revisora pela Casa iniciadora, a proposição seguirá para sanção.

Neste caso, a MP nº 1.031/2021 foi regularmente aprovada na forma de projeto de lei em conversão, pela Câmara dos Deputados - o que significa que o texto originário foi substituído pela Câmara dos Deputados - e modificada, mais uma vez, pelo Senado Federal. Assim, incorre-se na hipótese de retorno da proposta à Casa iniciadora.



Explanada a tramitação básica do modelo legislativo apreciado neste artigo, cumpre observar, brevemente, o fundamento teórico das dinâmicas de poder entre um ou mais atores políticos, conhecida como “checks and balances”.

A ideia de freios e contrapesos surgiu no contexto da Revolução Científica, contexto em que o conhecimento passava a ser corroborado pelo método científico, o qual tem como pilares a observação e a falseabilidade. Em outras palavras, o desenvolvimento de uma conclusão universal se basearia, no primeiro olhar, em hipóteses com base em premissas empíricas (teses) e, no segundo olhar, na contraposição dessas (antíteses).

Dessa maneira, a arquitetura institucional - resultante na “separação dos poderes”, ou mesmo de contenção intra-poder, como é o caso - é fruto de uma análise de “corpos de poder”, cujos vetores de decisão se resumem a duas alternativas: o veto e a aprovação.

No presente caso, os corpos - ou, nesse contexto, atores - são as Casas do Congresso Nacional, de modo que o processo legislativo é visto sob a perspectiva de um jogo. A partir disso, busca-se evidenciar que o Senado Federal possui posição no trâmite em estudo que o privilegia na barganha política com a Câmara dos Deputados.

Como menciona Benjamin Miranda Tabak (2015, p. 321), essa leitura visa ao desenho de processos institucionais que gerem incentivos “corretos” aos seus agentes econômicos no desenvolvimento de políticas públicas. Para tanto, utiliza-se da metodologia econômica, cuja premissa teórica básica é a racionalidade dos agentes, ao considerarem os custos e benefícios privados na tomada de decisão (TABAK, 2015).

Com efeito, tal comportamento maximizador pode, famigeradamente, gerar efeitos sociais positivos ou negativos, como externalidades ao processo legislativo, à medida em que os atores ignoram elementos materiais da proposição legislativa, em prol do êxito da sua tramitação (TABAK, 2015).

De igual maneira, ainda é possível haver falha na premissa de racionalidade, de modo que os atores, motivados por questões subconscientes, tomam decisões as quais não maximizam seu bem-estar (SUNSTEIN, 2013).

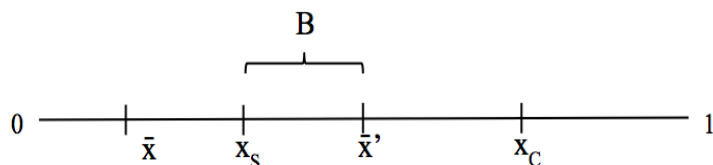
Assim, antes que se passe à análise de caso proposta, evidencia-se o jogo ou modelo econômico para infirmar as conclusões deste artigo.

## **1. O modelo**

O modelo proposto busca refletir não apenas a posição do Senado Federal como ator com poder de veto, mas também como agente de barganha com a Câmara dos Deputados na tramitação de Medidas Provisórias. Suponha-se, pois, que as preferências das Casas sejam dadas pela utilidade do votante mediano de cada uma delas em um segmento entre 0 e 1, que expressa sua posição política numa dimensão esquerda-direita para uma política pública específica  $x$ , de acordo com o modelo de preferências euclidianas proposto por Hotelling (1957) e Downs (1929).

Nesse sentido, expressa-se as utilidades do Senado e da Câmara, respectivamente, por  $u_s(x) = -|x_s - x|$  e  $u_c(x) = -|x_c - x|$ , nos quais  $x_s$  representa o ponto ideal do Senado e  $x_c$  representa o ponto ideal da Câmara, isto é, a política pública que gera o máximo de utilidade para cada Casa. Já a legislação vigente, que representa o *status quo* da decisão política em questão, pode ser representada pelo ponto  $\bar{x}$ , conforme a ilustração a seguir:

Figura 1. Representação da relação de preferências das Casas Legislativas



Fonte: elaboração dos autores

No que se refere à relação entre as preferências das Casas, o modelo proposto abrangerá os casos em que o Senado prefira o *status quo* à posição política Câmara dos Deputados, ou seja, quando  $|x_s - x_c| \geq |x_s - \bar{x}|$ . Além disso, será considerado que a posição do Senado se situa entre o *status quo* e a posição da Câmara no segmento de preferências, ou seja, quando  $\bar{x} < x_s < x_c$  (exemplo ilustrado) ou  $\bar{x} > x_s > x_c$ <sup>1</sup>.

Desse modo, o espaço de barganha entre as Casas Legislativas para escolha da política pública  $x$  pode ser conhecido tomando-se as Casas como se fossem atores de veto e identificando-se a intersecção entre as políticas por elas preferidas (TSEBELLIS, 1995). Nessa hipótese, eventuais alterações feitas pela Câmara no texto da MP só serão aceitáveis para o Senado se deslocarem o *status quo* para um ponto situado entre  $\bar{x}$  e  $\bar{x}'$ , sendo  $\bar{x}'$  equidistante de  $x_s$  em relação a  $\bar{x}$ , de modo que  $|x_s - \bar{x}| = |\bar{x}' - x_s|$  e, por consequência,  $u_s(\bar{x}') = u_s(\bar{x})$ . Qualquer alteração fora desse intervalo será menos vantajosa para o Senado do que o *status quo*.

No entanto, nenhuma política  $x$  situada entre  $\bar{x}$  e  $x_s$  é Pareto eficiente, pois pode ser substituída por uma política  $x'$ , situada entre  $x_s$  e  $\bar{x}'$ , que aumenta a utilidade da Câmara sem prejudicar a do Senado. Portanto, o intervalo de barganha entre as Casas está compreendido

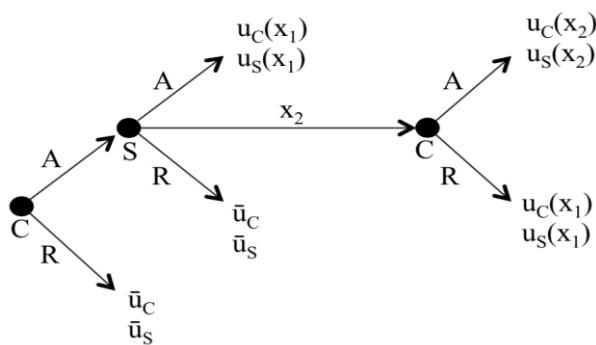
---

<sup>1</sup> Tais condições são necessárias para que haja um espaço de barganha entre as Casas Legislativas (*surplus*) e para que a ameaça do Senado em não pautar ou rejeitar a Medida Provisória seja crível pela Câmara dos Deputados.

entre o ponto ideal do Senado  $x_S$  e o ponto  $\bar{x}$ , podendo ser expressado por  $B = |\bar{x} - x_S|$ , dado que é de interesse de ambas as Casas que a política pública  $x$  seja escolhida dentro desse intervalo.

Feitas as considerações sobre as preferências das Casas Legislativas, apresenta-se agora o jogo no qual se modela a interação estratégica entre as Casas na apreciação de Medidas Provisórias para a escolha da política pública  $x$ .

Figura 2. Representação do jogo



Fonte: elaboração dos autores

O jogo começa com a Câmara dos Deputados escolhendo entre rejeitar a MP (R) ou aprová-la (A), seja esta aprovação com emendas ou não. Sendo a MP rejeitada pela Casa Iniciadora, ela é arquivada e as Casas recebem a utilidade do *status quo*,  $u_C(\bar{x}) = -|x_C - \bar{x}|$  e  $u_S(\bar{x}) = -|x_S - \bar{x}|$ , simplifcadamente denominados de  $\bar{u}_C$  e  $\bar{u}_S$ . Quando a Câmara aprova a MP, considera-se que ela escolhe uma política pública  $x_1$ , seguindo a matéria para a apreciação do Senado.

O Senado, por sua vez, terá a opção de aprovar integralmente o texto enviado pela Câmara (A), rejeitá-lo (R), ou aprová-lo com emendas, neste último caso escolhendo uma política  $x_2$ .

Aprovando integralmente o texto enviado pela Revisora, o Senado receberá o *payoff*  $u_S(x_1)$ , enquanto a Câmara receberá o *payoff*  $u_C(x_1)$ , utilidades correspondentes à política pública  $x_1$  escolhida pela Casa Iniciadora. Por outro lado, se o Senado rejeitar a matéria, esta será

arquivada e as Casas receberão a utilidade correspondente ao *status quo* ( $\bar{u}_C$  e  $\bar{u}_S$ ). Já se o texto for aprovado com emendas do Senado, estas emendas prosseguirão para o exame da Câmara.

Quando a Câmara for examinar as emendas apostas pelo Senado ao texto por ela enviado, ela deverá se ater a aprovar ou rejeitar o conteúdo alterado pela Casa Revisora. Nesse sentido, a Câmara deverá optar pelo texto por ela anteriormente aprovado, rejeitando as emendas do Senado (R), ou pelo texto aprovado no Senado, aprovando as emendas inseridas por ele (A). No primeiro caso, as Casas receberão os *payoffs*  $u_C(x_1)$  e  $u_S(x_1)$ ; no segundo, os *payoffs*,  $u_C(x_2)$  e  $u_S(x_2)$ .

## 2. Fórmulas das utilidades das Casas Legislativas

Antes de serem examinados os equilíbrios do jogo e as conclusões que deles podem ser tiradas, vale antecipar algumas considerações sobre os *payoffs* recebidos pelas Casas Legislativas, de modo a aumentar o potencial de análise do modelo proposto.

Viu-se que existe um espaço “B” de barganha entre as Casas Legislativas em torno da escolha da política pública  $x$ , compreendido entre o ponto ideal do Senado  $x_S$  e o ponto  $\bar{x}$ , dado que é de interesse de ambas as Casas que a política pública  $x$  seja escolhida dentro desse intervalo. Embora seja de interesse da Câmara dos Deputados escolher uma política pública  $x$  para além de  $\bar{x}$  e mais próxima do seu ponto ideal  $x_C$ , tal política pioraria a utilidade do Senado se comparada ao *status quo*, o que levaria esta Casa Revisora a rejeitar a proposta da Casa Iniciadora.

Diante desse cenário, é possível constatar que a política  $x_1$  escolhida pela Câmara e a política  $x_2$  escolhida pelo Senado estarão entre  $x_S$  e  $\bar{x}$ , em equilíbrio. Dessa forma, a utilidade  $u_C(x_i)$  obtida pela Câmara com a adoção de uma política  $x_i$ , no jogo em questão, pode ser expressa através da seguinte expressão  $u_C(x_i) = \bar{u}_C + |x_S - \bar{x}| + Bv_i$ , em que em que  $|x_S - \bar{x}|$  equivale ao ganho mínimo que a Casa Iniciadora adquire com a aprovação do projeto de lei de conversão com o consentimento do Senado.

Dado que  $|x_S - \bar{x}| = |\bar{x} - x_S| = B$ , a expressão pode ser reformulada da seguinte maneira:  $u_C(x_i) = \bar{u}_C + B + Bv_i \Rightarrow u_C(x_i) = \bar{u}_C + B(1+v_i)$ .

Já a variável  $v_i$ , em que  $0 \leq v_i \leq 1$ , corresponde à parcela do intervalo de barganha  $B$  repartida para a Câmara, restando a parcela  $1-v$  para o Senado. Nesse sentido, a utilidade  $u_S(x_i)$  obtida pelo Senado com a adoção de uma política  $x$  pode ser expressa através da seguinte expressão  $u_S(x_i) = u_S(\bar{x}) + B(1-v_i)$ . Como  $u_S(\bar{x}) = \bar{u}_S$ , tem-se que  $u_S(x_i) = \bar{u}_S + B(1-v_i)$ .

Em suma, quando a Câmara aprova a MP ou o seu projeto de lei de conversão, para isso escolhendo a política  $x_1$  e o valor  $v_1$ , ela recebe o *payoff* de  $u_C(x_1) = \bar{u}_C + B(1+v_1)$ , e o Senado recebe  $u_S(x_1) = \bar{u}_S + B(1-v_1)$ . De igual modo, quando o Senado aprova emendas ao texto da Câmara, para isso escolhendo a política  $x_2$  e o valor  $v_2$ , a Câmara recebe o *payoff* equivalente a  $u_C(x_2) = \bar{u}_C + B(1+v_2)$ , e o Senado recebe  $u_S(x_2) = \bar{u}_S + B(1-v_2)$ .

### 3. Resultado

#### 3.1. Equilíbrios de Nash

Para se encontrar os equilíbrios do jogo apresentado, parte-se primeiro da escolha que a Câmara fará no último nó de decisão, isto é, entre aprovar ou rejeitar as emendas feitas pelo Senado.

Ora, a Câmara rejeitará as emendas do Senado se a sua utilidade obtida com as referidas emendas  $u_C(x_2)$  for menos vantajosa que a utilidade obtida com o texto aprovado inicialmente por ela e enviado ao Senado  $u_C(x_1)$ . Em resumo, a Casa Iniciadora rejeitará as emendas da Casa Revisora se  $u_C(x_2) < u_C(x_1)$ , ou melhor, quando:

$$\bar{u}_C + B(1+v_2) < \bar{u}_C + B(1+v_1)$$

Conclui-se que, se  $v_2 < v_1$ , a Câmara rejeita as emendas do Senado; se  $v_2 \geq v_1$ , a Câmara as aprova.

Avalia-se agora a decisão do Senado no segundo nó de decisão. Em primeiro lugar, constata-se que o Senado somente aprovará emendas ao texto enviado pela Câmara se a política  $x_2$  por ele proposta lhe trazer um retorno maior que a política  $x_1$  proposta pela Casa Iniciadora, isto é, se  $u_S(x_2) > u_S(x_1)$ , ou melhor, quando:

$$\bar{u}_S + B(1-v_2) > \bar{u}_S + B(1-v_1)$$

Dessa forma, o Senado somente aprovará emendas ao texto enviado pela Câmara se  $v_2 < v_1$ . Dado que esta é a mesma condição vista acima para que a Câmara rejeite as emendas do Senado, conclui-se que, em equilíbrio, quando o Senado aprova emendas ao projeto de lei de conversão da Câmara, esta as rejeitará, sendo auferido pela Casa Revisora um *payoff* igual a  $u_S(x_1)$ . Note-se que este é o mesmo *payoff* obtido quando o Senado aprova o texto enviado pela Câmara sem emendas. Por outro lado, quando o Senado rejeita integralmente a Medida Provisória, a matéria é arquivada definitivamente, e ele recebe a utilidade do *status quo*  $\bar{u}_S$ .

Crucial para se compreender a tomada de decisão do Senado no segundo nó de decisão é a ação escolhida pela Câmara no primeiro nó de decisão. Afinal, é a Casa Iniciadora que decide o valor de  $x_1$  e, por consequência, de  $v_1$ , o que influenciará nos *payoffs* recebidos pelo Senado.

Ora, no primeiro nó de decisão a Câmara proporá o maior  $x_1$  aceitável pelo Senado, de modo a angariar a maior parcela possível do intervalo de barganha  $B$ . Nesse sentido, conclui-se que quando a Casa Iniciadora opta por aprovar a Medida Provisória ou seu projeto de lei de conversão, ela escolherá  $v_1 = 1$ . Dado que  $v_1 = 1$  e  $u_C(x_1) = \bar{u}_C + B(1+v_1)$ ,

tem-se que  $u_S(x_1) > \bar{u}_C$ , de modo que a Câmara preferirá aprovar a MP a rejeitá-la, ainda que a aprovação seja com emendas.

Como  $v_1 = 1$  e o Senado recebe o *payoff*  $u_S(x_1) = \bar{u}_S + B(1-v_1)$  quando aprova a MP, seja com emendas ou não, ele auferirá uma utilidade  $\bar{u}_S$ , equivalente à utilidade do *status quo*. Desse modo, percebe-se que independente da ação escolhida pelo Senado, ele receberá o mesmo *payoff*  $\bar{u}_S$ , sendo portanto indiferente.

Dessa forma, o jogo proposto possui mais de um equilíbrio de Nash, quais sejam:

1. A Câmara aprova a MP com emendas de modo a angariar todo intervalo de barganha para si ( $A, v_1 = 1$ ) e o Senado aprova o texto por ela enviado integralmente (A);
2. A Câmara aprova a MP com emendas de modo a angariar todo o intervalo de barganha para si ( $A, v_1 = 1$ ) e o Senado rejeita o texto integralmente (R);
3. A Câmara aprova a MP com emendas de modo a angariar todo intervalo de barganha para si ( $A, v_1 = 1$ ), o Senado aprova emendas mediante qualquer valor  $v_2 < v_1$  e a Câmara rejeita as emendas feitas pelo Senado.

### **3.2. Equilíbrio em Jogo Repetido**

Até então foram vistos os equilíbrios de Nash do jogo individualmente considerado, e em todos a Câmara adquire para si a totalidade do intervalo de barganha. Isso decorre especialmente por causa do poder da Casa Iniciadora de rejeitar as emendas da Casa revisora e enviar o texto por ela aprovado à sanção. Investiga-se agora o que ocorre se o jogo ocorre de maneira repetida.

Para forçar a Câmara a cooperar e a ceder uma parcela do intervalo de barganha, o Senado poderá adotar a chamada “estratégia-gatilho”



(*trigger strategy*), de acordo com a qual o Senado aprova emendas ao texto enviado pela Câmara com um valor  $v_2$ ; se a Câmara aprova as emendas do Senado, o que corresponde a uma atitude cooperativa, o Senado permanecerá com a mesma ação nas rodadas seguintes; no entanto se a Câmara escolher rejeitar as emendas em alguma rodada, o que corresponde a uma atitude não-cooperativa (desvio), o Senado passará a rejeitar a MP em todas as rodadas seguintes.

Para que esse cenário se torne um equilíbrio, é preciso que o *payoff* recebido pela Câmara quando esta opta por não cooperar seja menor ou igual ao *payoff* recebido por ela quando opta por cooperar, isto é:

$$\bar{u}_C + B(1+v_1) + (\bar{u}_C \delta)/(1-\delta) \leq [\bar{u}_C + B(1+v_2)]/(1-\delta)$$

Da expressão, tem-se que a condição a ser cumprida para a existência de equilíbrio é  $v_2 \geq v_1 - \delta(1+v_1)$ , sendo  $\delta$  o fator de desconto intertemporal,  $0 \leq \delta \leq 1$ , multiplicado sobre o *payoff* do jogador a cada rodada.

Disso se conclui que, em equilíbrio, a Câmara aprovará as emendas feitas pelo Senado, e este escolherá o menor valor possível de  $v_2$ , ou seja,  $v_2 = v_1 - \delta(1+v_1)$ , ficando para si com  $1 + \delta - v_1(1-\delta)$  do intervalo de barganha  $B$ . Dessa forma, a Casa iniciadora escolherá  $v_1=1$  para maximizar a sua utilidade, e a Casa iniciadora ficará com  $2\delta$  do intervalo de barganha.

### **Considerações finais**

Como já mencionado, a MP nº 1.031/2021 foi aprovada com alterações pela Câmara dos Deputados, ocasião em que houve 313 votos - de um total de 513 Deputados Federais - para seu seguimento à Casa revisora. Em função da polêmica construída sobre a matéria, foram

deliberados, no âmbito da Casa iniciadora, vários destaques, que tinham, como objeto, emendas propostas.

Disso se conclui que a Câmara adotou um posicionamento para proposição em referência que pode ser representado pelo valor de  $v_1$ . Por sua vez, os membros do Senado Federal possuíam posicionamento que pode ser graficamente representado por  $v_2 < v_1$ .

Esse dissenso é facilmente evidenciado em matérias veiculadas na imprensa oficial do Legislativo Federal, as quais registravam, com enfoque, o exíguo prazo que o Senado teve para analisar o conteúdo da MP, o qual é controvertido e complexo.<sup>2</sup>

Tendo em vista a presença de prazo peremptório para vigência da Medida, a abordagem adotada pela Casa revisora foi utilizá-lo, estrategicamente, para vetar propostas da Câmara dos Deputados com as quais não concordava, aprovando alterações que, ato contínuo, seriam remetidas, novamente, à Casa iniciadora.

Desse modo, o Presidente do Senado Federal se utilizou da atribuição que lhe compete o artigo 48 do Regimento Interno desta Casa a fim de inserir a MP na Ordem do Dia, apenas em momento oportuno, considerando que a Câmara dos Deputados não teria tempo razoável para a subsequente análise detalhada das alterações encartadas por aquela Casa Revisora.

Assim, no modelo aventado, com um jogo individualmente considerado, há vários equilíbrios de Nash, e, em todos, prevalece a política escolhida pela Câmara dos Deputados, de tal modo que o Senado Federal é indiferente aos atos do processo, uma vez que a Casa iniciadora pode rejeitar propostas dessa Casa revisora. Isso, portanto, confirma

---

<sup>2</sup> Alguns exemplos são <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/06/14/mp-da-eletronbras-sera-debatida-e-votada-pelo-plenario-do-senado-diz-pacheco.htm> e

<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2021/06/16/quinta-feira-tera-votacao-da-mp-que-permite-privatizacao-da-eletronbras>.

uma suposta fraqueza do Senado Federal no modelo bicameral para espécie em estudo.

Por outro lado, quando o jogo é repetido, considerando outros fatores como o fator de desconto intertemporal e o poder de ameaça da Casa revisora, esta pode aproveitar a sua posição para fazer preponderar seu interesse - sob prejuízo de preempção da Medida - e, desse modo, aumentar a sua margem de barganha sobre a Câmara dos Deputados.

### **Referências bibliográficas**

BRASIL. Regimento Interno Do Senado Federal. 1970. Senado Federal. Volume 1. Compilado até 12.03.2021. Brasília, Distrito Federal. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 15 set. 2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos. Promulgação em 1988, Brasília, Distrito Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Resolução Nº 1, De 2002-CN, Centro de Documentação e Informação, Câmara dos Deputados. 2002, Brasília, Distrito Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 15 set. 2021

DOWNS, A. An Economic Theory of Democracy. Harper. 1957, New York.

HOTELLING, H. Stability in Competition. Economic Journal. 1929, p. 41 a 57.

SUNSTEIN, C.R. If Misfearing is the problem, Is Cost-Benefit Analysis the solution? In: SHAFIR (Ed.). The Behavioral Foundations of Public Policy. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 231-242.

TABAK, B. M., A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Ano 52, Número 205, jan/mar 2015, Brasília, Distrito Federal, p. 321 a 345. Disponível em:

<[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril\\_v52\\_n205\\_p321.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2021

TSEBELIS, G. Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. British Journal of Political Science, 25, 1995.

---

#### **Notas sobre os autores:**

**ROBERTO HERMIDAS DE ARAGÃO NETO.** É bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (2021) e diretor fundador do Grupo de Estudos em Direito e Economia da Universidade de Brasília e do Instituto de Direito Público. Email: [rob.hermidas@gmail.com](mailto:rob.hermidas@gmail.com).

**GUSTAVO JOSÉ DE DEUS SOUZA GOMES.** É graduando em Direito pela Universidade de Brasília e diretor fundador do Grupo de Estudos em Direito e Economia da Universidade de Brasília e do Instituto de Direito Público. Email: [gustavojosed1@gmail.com](mailto:gustavojosed1@gmail.com).

**A importância da Análise de Impacto Regulatório e as consequências da sua não utilização na atuação estatal frente à pandemia da Covid-19: análise da Lei nº 14.151/2021**

**Bárbara Mendes Peres**

**Rômulo Hannig Gonçalves da Silva**

Resumo

Por meio do instrumental da Análise Econômica do Direito, o presente artigo analisará a importância da Análise de Impacto Regulatório (AIR) na tomada de decisões e na elaboração de normas no período pandêmico ocasionado pela Covid-19. Para tanto, demonstrar-se-á que tal instrumento detém capacidade de proporcionar maior robustez técnica e analítica ao processo decisório dos reguladores ou tomadores de decisão, abordando-se, ainda, como a cultura regulatória enraizada em nossas instituições dificulta a recuperação econômica do país, especialmente em momentos de crise. Ademais, através do estudo das modificações instituídas pela Lei nº 14.151/2021, será averiguada a eficiência da intervenção do Estado ao editar a supracitada norma, bem como se as pretensões econômico-sociais inicialmente traçadas têm surtido o efeito desejado, destacando-se as consequências da não utilização da AIR na feitura da legislação.

Palavras-chaves: Análise Econômica do Direito. Análise de Impacto Regulatório. Covid-19. Lei nº 14.151/2021. AED e Regulação. AED e Políticas Públicas.

Abstract

This paper aims to analyze the importance of Regulatory Impact Analysis (RIA) in decision-making and in the preparation of public policies in the pandemic period caused by Covid-19. In addition, by means of the study of the changes instituted by Law nº 14.151/2021, the efficiency of the State's intervention will be verified when issuing the aforementioned norm, as well as whether the economic and social stimuli adopted had the desired effect, highlighting the consequences of not using RIA.

Keywords: Economic Analysis of Law. Regulatory Impact Analysis. Covid-19. Law nº. 14.151/2021. L&E and Regulation. L&E and Public Policy.

## **Introdução**

Atualmente, vivencia-se um período pandêmico, no qual autoridades nacionais determinam constantes medidas de enfrentamento ao Covid-19, visando minimizar os impactos ocasionados pela crise nos diversos setores da sociedade, bem como reequilibrar as relações privadas que, porventura, tenham sido afetadas.

Nesse cenário, movido pelo natural sensibilidade que lhe é inerente, os legisladores editam normas sem a necessária busca pela solução racional e por evidências científicas. Assim, em que pese condutas bem-intencionadas, muitas vezes, tem-se a provocação de efeitos indesejáveis e até mesmo contrários ao inicialmente almejado com a legislação (MENEQUIN; OLIVEIRA, 2020).

Tais problemas podem ser dirimidos ou evitados com a utilização da Análise de Impacto Regulatório, a qual é capaz de racionalizar a atuação estatal no momento atual, pois, além de apreciar o custo-benefício da regulação, busca aperfeiçoar a governança regulatória e verificar a efetividade das estratégias tomadas ou que podem vir a ser tomadas pelo Estado (GAROUPA; PORTO, 2020).

Deveras, considerando que toda medida social executada pelos agentes públicos é acompanhada de uma consequência jurídica-econômica, a AIR torna-se imperiosa nas ações do Estado frente à pandemia do coronavírus, contribuindo para a elaboração de políticas públicas mais eficientes - o que, infelizmente, na maioria das vezes, é negligenciado.

À título de exemplo, tem-se o Projeto de Lei nº 3.932/2020, de autoria da senadora Nilda Gondim, posteriormente convertido na Lei nº 14.151/2021, a qual trata do afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública decorrente da Covid-19, mantendo-a à disposição do empregador para, em domicílio, realizar teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

A referida norma é alvo de intensos debates acerca de suas consequências aos destinatários da norma. Por um lado, estudiosos elencam as modificações como absolutamente positivas e necessárias à crise vivenciada, em conformidade aos preceitos constitucionais de proteção à gestante e ao nascituro (HARADA, 2021).

Contudo, alguns acadêmicos destacam os impactos negativos da Lei nº 14.151/21, tais como o ônus excessivo ao empregador; o fato de acarretar demissão de empregadas em idade fértil; as consequências da ausência de previsão normativa acerca da incidência da legislação nos casos em que o trabalho realizado pela gestante é incompatível com a modalidade domiciliar e sobre a hipótese em que a gestante é vacinada contra o coronavírus (MONTEIRO, 2021).

Feitas tais considerações, o presente estudo descritivo busca abordar a importância da Análise de Impacto Regulatório na atuação estatal no combate à pandemia do Covid-19, abordando um caso prático: a Lei nº 14.151/21. Assim, demonstrar-se-á como impactos negativos podem ser evitados com a prévia utilização deste critério racional para a feitura da legislação.

Quanto à organização do conteúdo, o artigo se ramifica em dois núcleos, quais sejam: (i) a importância da Análise de Impacto Regulatório e as consequências da sua não utilização na atuação estatal frente à pandemia da Covid-19 e (ii) a análise da Lei nº 14.151/21, que determina o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública decorrente da Covid-19.

## **1. A importância da Análise de Impacto Regulatório na atuação estatal e as medidas adotadas no combate à pandemia do Covid-19**

### **1.1. A instituição da Análise de Impacto Regulatório no ordenamento brasileiro**

Períodos de calamidade pública, como o atualmente enfrentado na área da saúde em virtude da pandemia provocada pelo Covid-19, expõem as falhas sistêmicas de uma nação. Com o arcabouço jurídico normativo não é diferente. Por esta razão, debater os mecanismos vigentes e refazer um breve retrospecto histórico é necessário.

Durante os anos de 2015 e 2016, devido ao contexto de gastos públicos exorbitantes e não estruturados, o Brasil atravessou a maior recessão econômica da história até então conhecida. Assim sendo, como consequência do desequilíbrio nas contas públicas, da obrigação de controle fiscal através de contenção dos gastos estatais e para que o País pudesse retomar o crescimento, chegou-se à constatação de que para atrair recursos provenientes da iniciativa privada e para suprir a sua alocação em áreas sensíveis às demandas sociais, como, por exemplo, no setor sanitário e energético, era necessária uma série de medidas econômicas visando a melhoria de competitividade e produtividade.

Iniciaram-se, então, os debates acerca da instituição de Leis que aprimorassem a governança pública - conjunto de estratégias desenvolvidas para direcionar, avaliar e monitorar a condução de políticas públicas caras ao tecido social. Nesse contexto, como passo inicial, foi editado o Decreto nº 9.203/2017, que criou o Comitê Interministerial de Governança Pública (CIG), sob a coordenação da Casa Civil. Dentre outras prerrogativas, o referido decreto positivou como princípios de governança pública a edição e revisão de atos administrativos sob a observância de boas práticas regulatórias, de modo a prezar pela estabilidade e coerência do ordenamento jurídico.



A partir de então, adotou-se um processo lento e gradual de reformulação do pensamento regulatório. As autoridades nacionais, ainda que de maneira incipiente, compreenderam que para melhorar o ambiente de negócios no País - marcadamente reconhecido por sua alta carga tributária, problemas concernentes à falta estabilidade política, insegurança jurídica e legislativa na proteção de liberdade econômica e dos direitos de propriedade -, e se tornar competitivo e atraente aos investidores, uma mudança de postura permanente é devida.

É de se ver que, mesmo com as mudanças que iniciaram em 2017, o Brasil se encontra hoje na lanterna dos rankings de liberdade econômica global. No mundo, ocupa a posição 143 dos 178 países analisados; nas Américas, dentre os 32 países estudados, encontra-se na posição 24. Assim sendo, o Brasil é menos amigável ao empreendedorismo e aos investimentos do que países altamente notados pela forte intervenção do aparato estatal nos setores sociais e econômicos, como, por exemplo, Angola, Quênia, Rússia, China, Peru, Colômbia, Paraguai ou Bangladesh (THE HERITAGE FOUNDATION INDEX, 2021).

Sem sombra de dúvidas, este é um fator que não só dificulta a nossa passagem pela crise econômica, que se impõe como fruto das medidas de isolamento social de enfrentamento à proliferação do vírus, como também gera barreiras à volta da normalidade.

Tendo em vista que grande parte das instabilidades e dos problemas contemporaneamente enfrentados perpassam pela má qualidade regulatória, prosseguindo as medidas de modernização econômica e regulatória iniciadas em 2017, editaram-se as Leis nº 13.848/ 2019 (Lei de governança das agências regulatórias) e nº 13.874/2019 (Lei de liberdade econômica). Desse modo, tais Leis

instituem no Brasil a Análise de Impacto Regulatório (AIR)<sup>1</sup>, regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020.

Nessa toada, conforme define a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), se entende por AIR “tanto uma ferramenta como um processo de decisão com o objetivo de informar os tomadores de decisão sobre se e como devem regular para atingir as metas das políticas públicas” (OCDE, 2012, p. 25).

Em outras palavras, a AIR é um processo sistemático de análise *ex ante* baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão dos legisladores, administradores e gestores públicos.

Trata-se, na verdade, da constatação de que toda norma gera custos, seja de elaboração, seja da fiscalização pelos reguladores ou da implementação pelos regulados. Assim, a AIR consiste na reflexão sobre os problemas do dia a dia e em fornecer alternativas à solução dos problemas que não necessariamente culminam na edição de atos normativos e intervenção estatal. A análise prévia, portanto, cuida de verificar alternativas aos problemas apresentados conforme os objetivos que se deseja atingir, de forma que a intervenção estatal deve restringir-se aos casos extremamente necessários, maximizando benefícios e gerando os menores custos possíveis ao público atingido.

Conforme se verifica empiricamente no exercício das mais variadas atividades econômicas, um problema regulatório pode envolver diferentes fatores, como o preço e a qualidade de um bem ou serviço, e pode ter diversas naturezas, dentre as quais, as falhas regulatórias, institucionais

---

<sup>1</sup> A fim de auxiliar a administração pública federal na implementação da AIR, a SEPEC do Ministério da Economia preparou um guia, no qual se ensinam técnicas e passos para os estudos da melhoria da qualidade regulatória. Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/arquivo/af\\_min\\_guiia\\_tecnico\\_plano\\_plurianual\\_alta.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/arquivo/af_min_guiia_tecnico_plano_plurianual_alta.pdf). Acesso em: jun. 2021.

ou de mercado; a necessidade de garantir condições ou direitos fundamentais a cidadãos.

É nesse sentido que a análise prévia dos impactos regulatórios trabalha como uma das ferramentas de boas práticas regulatórias reconhecida internacionalmente: antes de editar uma norma, estuda as possibilidades de melhoria da qualidade e eficiência da regulação, de forma a proporcionar maior robustez técnica e analítica ao processo decisório dos reguladores ou tomadores de decisão.

Desse modo, pode-se dizer que, quando bem elaborada, a política regulatória decorrente da AIR estabelece regras e padrões de conduta com o objetivo de produzir melhores normas, aumentar o crescimento de riquezas, eficiência econômica, segurança e ganhos de bem-estar social. Um exemplo prático disso é o aumento de ganho de qualidade em produtos que não geram danos ao consumidor ou a criação de normas de segurança em veículos com a obrigação do uso do cinto de segurança.

De igual maneira, quando a política regulatória se dá de maneira excessiva e desproporcional, sem observância adequada dos custos adjacentes que uma medida acarretará na vida dos cidadãos (sejam eles beneficiários ou prestadores de um bem ou serviço), pode criar barreiras à inovação, impedir o progresso econômico, o desenvolvimento do comércio, o fomento do empreendedorismo, além de criar oligopólios, reservas de mercado etc.

Consoante o disposto, o objetivo comum das supramencionadas normas, ainda muito recentes, caminha no sentido de buscar promover a melhor gestão dos recursos públicos; gerar estabilidade jurídica e regulatória (através da melhoria de qualidade normativa sem que haja normas dúbias ou conflitantes entre si); e, principalmente, incrementar as práticas regulatórias de acordo com os parâmetros internacionais.

No tópico a seguir, contudo, verificaremos que uma nova postura regulatória depende também de uma mudança na cultura institucional e

que a sua implementação não é tão fácil, especialmente em períodos de calamidade pública, como o atualmente vivenciado.

### **1.2.O custo de empreender no Brasil e a criação de normas no período pandêmico**

A pandemia provocada pelo covid-19 evidenciou que o Brasil necessita de reformas institucionais e estruturais urgentes. Sendo as instituições compreendidas como as regras que regem, estabelecem e moldam o comportamento político e econômico do homem na vida em sociedade (NORTH, 2018, p.13), é fundamental que se compreenda, em primeiro lugar, o conceito de cultura regulatória.

Em poucas palavras, conforme preceitua North, a cultura regulatória que rege as instituições é fruto das trocas culturais que ligam o passado ao presente e ao futuro. Diz-se, então, que a eficiência institucional está diretamente atrelada à capacidade das instituições de uma sociedade em averiguar desvios e estabelecer padrões de penalidades na medida adequada.

Por esta razão, implementar boas práticas regulatórias não é uma tarefa fácil, visto que o que funciona em um Estado não necessariamente se aplicará a outro. Isto é, as estruturas que conhecemos hoje são regidas por normas culturais e legais que podem ser abstratas, originadas há séculos no consciente e no comportamento do tecido sociocultural, ou positivadas, fruto de movimento políticos do legislativo, grupos sociais organizados e do judiciário. De uma forma ou de outra, o regulador deverá identificá-las e operá-las diariamente.

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, para identificar e aplicar essas normas impulsionou-se no País a figura do denominado “Estado Regulador”, o qual, na teoria, agiria de forma subsidiária e de maneira que o protagonismo das atividades econômicas

se centralizasse na iniciativa privada. Ou seja, ao Estado caberia o papel de fiscalizar, corrigir falhas e gerenciar interesses opostos.

Entretanto, o que se verifica na prática é que a figura do *expert* regulador, capaz de conduzir as atividades econômicas rumo ao interesse público, não está imune aos interesses políticos e pessoais, conforme demonstra a teoria da *Public Choice*. Assim, na tentativa de solucionar as “falhas de mercado”, o Estado regulador pode dar lugar às “falhas de governo”. Estas, em detrimento daquelas, são potencialmente mais danosas, visto que são movidas pelo monopólio do aparato estatal e pelo pressuposto de que há legitimidade e singularidade no interesse público (OLIVEIRA, 2021).

Malgrado a teoria da escolha pública não ser novidade, o que se constata no Brasil de hoje é que há um excesso de normas que inverte a lógica Constitucional prevista no parágrafo único do art. 170. Ao disciplinar a respeito da ordem econômica, este dispositivo determina que, salvo os casos previstos em lei, é livre o exercício de qualquer atividade econômica independente da autorização estatal.

Como consequência dessa inversão provocada pela cultura regulatória enraizada em nossas instituições, que utiliza a exceção como se regra fosse, dificulta-se a recuperação econômica do País, especialmente em momentos de crise como o atualmente enfrentado.

Nesse contexto, se somadas a retração econômica enfrentada pelo País em 2015 (queda de 3.5% do PIB) e 2016 (queda de 3.3%) com o ano de 2020 (queda de 4,1%), temos como resultado a pior década de crescimento em 120 anos<sup>2</sup>. Em termos comparativos, é como se o País tivesse crescido na última década 5 vezes menos do que na tenebrosa “década perdida” (1981-1990).

---

<sup>2</sup> Dados levantados pelo IBRE – FGV. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/nova-decada-perdida-brasileira-e-o-resto-do-mundo-resultados-capita>. Acesso em: jun. 2021.

Assim, a calamidade pública imposta pela pandemia amplificou a constatação que sempre esteve à vista de todos, mas até então encarada como se fosse um dado preexistente que não pudesse ser alterado pela adoção de boas práticas: a atuação jurídica, legislativa e regulatória desprovida da análise econômica do direito impede o Brasil de avançar na promoção dos direitos sociais a que se propõe. Obsta, inclusive, o reinvestimento de riquezas geradas e que poderiam ser aplicadas na criação do principal programa social, o emprego.

Dados publicados em estudo da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC), do Ministério da Economia (ME), apontam que em 2019 o custo-Brasil - assim compreendido como o conjunto de gastos provocados por entraves burocráticos, econômicos, trabalhistas e estruturais que prejudicam o crescimento do País - era de R\$1,5 trilhão por ano, cifra que representava, à época, 22% do PIB. Comparativamente, é como se o valor perdido fosse suficiente para dobrar o tamanho da indústria nacional, que hoje corresponde a 20,4% do PIB<sup>3</sup>.

De acordo com o ME, o estudo publicado contou com a participação de diversas organizações e utilizou estudos oficiais para verificar a lacuna existente entre o Brasil e a média dos países que compõem a OCDE. Os custos apresentados foram distribuídos em 12 temas considerados estratégicos para propulsar a produtividade e estão foram assim distribuídos:

---

<sup>3</sup> Participação da Indústria no PIB. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/importancia-da-industria/>. Acesso em: jun. 2021.

Tabela 1. Custo-Brasil

Elemento	Custo estimado (em R\$ bilhões)
Abrir um negócio	11 - 14
Financiar o negócio	180 - 220
Empregar capital humano	260 - 320
Disponibilizar a infraestrutura	190 - 230
Acessar insumos básicos	20 - 23
Atuar em ambiente jurídico e regulatório eficaz	160 - 200
Integrar com cadeias produtivas globais	100 - 120
Honrar tributos	240 - 280
Acessar serviços públicos	40 - 50
Reinventar o negócio	70 - 90
Competir e ser desafiado de forma justa	80 - 100
Retomar ou encerrar o negócio	15 - 20
Custo-Brasil Total: R\$ 1, 5 trilhão	

Fonte: SEPEC/ Ministério da Economia.

Dos dados acima colacionados é possível certificar-se que, para além dos conhecidos custos provenientes dos elementos avaliados (R\$ 240 - 280 bilhões), o setor produtivo do País enfrenta barreiras com dispêndios colossais para: abrir (R\$ 11 - 14 bilhões) e financiar os negócios (R\$ 180 - 220 bilhões); com encargos trabalhistas (R\$ 260 - 320 bilhões); e, para os fins deste tópico, até R\$ 200 bilhões com custos

decorrentes de normas regulatórias e a consequente insegurança jurídica<sup>4</sup>.

Como resultado do estudo, a SEPEC/ME criou o Programa de Melhoria Contínua da Competitividade e o Comitê Deliberativo de Melhoria Contínua da Competitividade, instituídos pela Portaria nº 12.302/2019. O objetivo do projeto é aprimorar o ambiente regulatório no País e aumentar a competitividade.

Conquanto a maturidade e a estabilidade institucional dependam da cultura regulatória de cada Estado, este não é um ambiente estanque e avesso ao progresso. Problemas comuns tendem a ter soluções também comuns. Nessa toada, a análise de impacto regulatório e a observância às boas práticas regulatórias adotadas a nível internacional podem contribuir.

Nesse sentido, a SEPEC mapeia um total de 846 proposições que tramitam no País durante a pandemia e que podem aumentar a competitividade por meio da redução do custo Brasil. Destas, 549 foram quantificadas e têm um impacto potencial de economizar R\$ 771 bilhões nos próximos anos. Das proposições elencadas no estudo destacamos:

---

<sup>4</sup> Maiores detalhes do estudo podem ser encontrados no site do Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/reducao-do-custo-brasil/sobre-o-projeto-1>. Acesso em: jun. 2021.



Tabela 2. redução do custo Brasil

Projeto	Proposição/ Lei	Elemento	Redução do custo Brasil (R\$ bilhões ano)
Reforma Tributária	PEC 45/2019 e PEC 110/2019	Honrar tributos	R\$ 124,74
Reforma Administrativa	PEC 32/2020	Acessar serviços públicos	R\$ 67,31
Marco Legal do Saneamento	Lei nº 14.026/2020	Dispor da Infraestrutura	R\$ 56,29
Marco Regulatório das Ferrovias, Cabotagem e Lei de Praticagem	PL 2149/2015, PLS 261/2018, PL 4199/2020	Dispor da Infraestrutura	R\$ 54,17
Marco do setor elétrico e desestatização da Eletrobrás	PLS 232/2016 e PL 5877/2019	Acessar Insumos básicos	R\$ 42,76
Marco Legal das Startups	LC 182/2021	Honrar tributos	R\$ 12,80

Fonte: SEPEC/ Ministério da Economia

Do exposto, é possível constatar que a modernização da legislação vigente com o fulcro de simplificar os procedimentos necessários ao desenvolvimento das atividades econômicas tem um poderoso potencial de auxiliar na recuperação do País e consolidar bases sólidas para os próximos anos.

Contudo, embora haja um amplo esforço de empreendedores, gestores públicos e técnicos voltados aos estudos econômicos inerentes ao exercício regulatório, o processo legislativo e normativo dentro das próprias agências e órgãos responsáveis pela produção normativa precisa de uma transformação cultural.

Oportuno rememorar, ainda, os incontáveis gastos oriundos das decisões judiciais que, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, no

ano de 2020, só na seara trabalhista, geraram um montante de R\$30 bilhões. Nas palavras do Min. Cláudio Brandão (TST) “o recebimento desse recurso, em muitos casos, garante a subsistência e, ainda, estimula diretamente a economia, tão abalada pelos impactos da pandemia” (CNJ, 2021). No entanto, apesar do otimismo do nobre Ministro, não se sabe com exatidão os reais impactos colaterais desse dispêndio sobre a saúde dos negócios, especialmente, dos pequenos empreendedores que podem vir à falência e intensificar o desemprego.

Por fim, tal qual se demonstrará, a seguir, o legislativo brasileiro ainda encontra dificuldades em promover a reforma cultural que as instituições precisam. Seja pelo caráter emergencial que leva à ausência de observância técnica das medidas propostas, seja pelos cálculos de custos e benefícios políticos auferidos, a despesa das políticas públicas, potencialmente são transferidas aos empregadores independente das suas capacidades de adimpli-los. Dessa sorte, podem provocar efeitos aversos às boas intenções que os motivaram.

## **2. Análise de caso prático: impactos advindos da aplicação da Lei nº 14.151/21**

É comum, em momentos de calamidade pública, que as autoridades busquem medidas reativas e emergenciais a fim de atender ou amenizar os efeitos negativos ocasionados pela nova realidade. Entre tais providências inclui-se a promulgação de leis que, revestidas da natural sensibilidade decorrente da crise vivenciada, buscam enfrentar o problema sem a devida Análise de Impacto Regulatório.

Deveras, muitas vezes, as boas intenções dos agentes públicos na elaboração de normas que objetivam mitigar ou minimizar os efeitos ocasionados pelo coronavírus acarreta na edição de atos normativos alicerçados exclusivamente em aspectos emocionais - desconectados do campo teórico-científico -, em detrimento da racionalidade necessária à edição normativa (MENEQUIN; OLIVEIRA, 2020).

Nesse cenário, destaca-se o Projeto de Lei nº 3.932/2020, de autoria da senadora Nilda Gondim, posteriormente convertido na Lei nº 14.151/2021, que permitiu o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública decorrente da Covid-19, mantendo-a à disposição do empregador para, em domicílio, realizar teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância<sup>5</sup>.

A referida norma é composta por apenas um artigo de caráter cogente e limita-se a trazer a supracitada previsão, sem se debruçar sobre aspectos essenciais, tais como a quem incumbe a continuidade dos pagamentos da remuneração da trabalhadora, bem como acerca de como o empregador deverá agir nos casos em que não é possível a readequação das atividades da gestante no âmbito domiciliar (CALVET, 2021).

Tendo em vista o teor da legislação e suas peculiaridades, instaurou-se no âmbito acadêmico debates acerca de seus impactos aos funcionários e empregadores. Por um lado, estudiosos classificam tal modificação como um avanço necessário ao período pandêmico vivenciado, destacando a importância da proteção à gestante e ao nascituro (HARADA, 2021), a qual encontra guarida nos artigos 201, II, e 227, *caput*, da Carta Magna.

Por sua vez, alguns acadêmicos elencam os impactos negativos que a Lei nº 14.151/21 acarreta na sociedade, tais como a promoção de demissão de empregadas em idade fértil; o ônus excessivo ocasionado ao empregador; as consequências da ausência de previsão normativa acerca da incidência da legislação nos casos em que o trabalho realizado pela gestante é incompatível com a modalidade domiciliar (v.g. serviços de

---

<sup>5</sup> Lei nº 14.151/21. Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração. Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

limpeza, garçonete, caixa de supermercado e motorista); e a omissão legal na hipótese em que a gestante é vacinada contra o coronavírus (MONTEIRO, 2021).

A referida norma determina o afastamento compulsório da empregada gestante do local de trabalho, mas não elenca o responsável pela continuidade dos pagamentos de sua remuneração, de modo que o entendimento majoritário defende a aplicação da hipótese legislativa de interrupção do contrato de trabalho prevista na MP nº 1.046/2021. Assim, segundo essa visão, nos casos que acarretam a incidência da lei, a trabalhadora permanecerá afastada percebendo sua remuneração integral, a ser paga pelo empregador (CALCINI; CARVALHO, 2021).

No mesmo sentido é a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, os quais, em demandas ajuizadas por trabalhadoras gestantes, determinaram a interrupção do contrato de trabalho, mantendo-se a remuneração paga pelo empregador, com fulcro na Lei nº 14.151/21<sup>6</sup>.

Nítido, portanto, que o poder legislativo, muitas vezes, transfere o ônus do custo da política social para o setor privado, já bastante pressionado pela carga burocrática brasileira (OLIVEIRA, 2019), o que é ainda mais expresso no período pandêmico vivenciado.

Em uma época marcada pela luta dos empregadores para manter as respectivas sociedades empresárias, bem como pelo crescente desemprego, o qual, segundo informações do IBGE, atingiu 17,9% das mulheres, a maior porcentagem desde o último levantamento, realizado em 2012 (IBGE, 2021), estudiosos defendem que a legislação trará exclusão feminina, principalmente em idade fértil, do mercado de trabalho por indefinido tempo em que perdurar a pandemia (ARANHA, 2021). Segundo tal visão, a intenção protetiva da norma não teria se concretizado, resultando em consequências negativas.

---

<sup>6</sup> Destacam-se as decisões proferidas na Ação Trabalhista nº 0000077-88.2021.5.20.0002, Juíza Cinthia Lima de Araújo, TRT-10, e Ação Trabalhista nº 0024411-21.2021.5.24.0021, Juiz Geraldo Furtado de Araújo Neto, TRT-24.

Ora, os indivíduos reagem a incentivos, de modo que as suas decisões derivam de uma consideração sobre seus custos e benefícios privados, sendo que, no momento de sua avaliação, podem acabar por ignorar eventuais custos e benefícios sociais, gerando externalidades, que podem ser negativas para a sociedade (TABAK, 2014).

Tendo em vista tais considerações, acadêmicos destacam que a atribuição ao empregador do ônus de arcar com a remuneração integral das trabalhadoras gestantes, sem quaisquer ressalvas - como nos casos em que a empregada é vacinada ou em que sua profissão é incompatível com a modalidade telepresencial -, gerará efeitos negativos e contrários aos inicialmente previstos (ARANHA, 2021).

Nessa visão, ainda, além de a Lei nº 14.151/21 retirar a autonomia privada de vontade das trabalhadoras, obstando a possibilidade de qualquer negociação, ainda que por meio dos sindicatos e instrumentos coletivos, a legislação provocaria demissões de mulheres em idade fértil, em funções que precisam ser executadas no espaço físico (MONTEIRO, 2021), pois, ao pautar suas escolhas, visando maximizar seus ganhos e diminuir os custos, a tendência é que os empregadores selecionem homens para ocupar os postos de trabalho.

Destarte, ganha relevo o ensinamento de que toda regulação traz efeitos colaterais ou *trade-offs*. Contudo, no âmbito da boa regulação potencializa-se os ganhos esperados e diminui-se a extensão dos efeitos indesejados (MENEQUIN; SAAB, 2020), devendo-se promover a eficiência, buscando a maximização do bem-estar social (POSNER, 2007).

Tal caso prático remete à percepção de que, na feitura das normas, não basta o caráter bem-intencionado das autoridades, sendo imprescindível escolhas racionais, principalmente no período pandêmico vivenciado, demonstrando-se a necessidade de utilização da Análise de Impacto Regulatório, ferramenta que contribui para que as legislações visem a melhoria do bem-estar social, propiciando um arcabouço jurídico mais eficiente e efetivo (MENEQUIN; SAAB, 2020).

Dessa forma, imprescindível a utilização desta importante ferramenta de melhoria das normas, cujos principais elementos constitutivos são os: i) definição do problema; ii) coleta de dados; iii) identificação de opções regulatórias; iv) avaliação das alternativas; e v) escolha da política a ser adotada (MENEQUIN; SAAB, 2020)

Destarte, ao realizar tal análise, os impactos ocasionados pela norma poderiam ser minimizados ou evitados caso realizada prévia AIR, eis que é inegável que um estudo prévio que comprove as consequências dos atos normativos dará maior segurança às autoridades públicas para a tomada de decisões (MENDONÇA, 2020), pois as legislações mal elaboradas acarretam insegurança jurídica, reduzindo o bem-estar (COELHO, 2018).

### **Considerações finais**

A crise sanitária decorrente da pandemia de Covid-19 impactou o cenário legislativo brasileiro, culminando na feitura de novas legislações a fim de regular a nova realidade, dentre as quais destaca-se a da Lei nº 14.151/2021, a qual, para alguns acadêmicos, trouxe impactos exclusivamente positivos e condizentes à proteção dos da gestante e ao nascituro, em consonância aos artigos 201, II, e 227, *caput*, da Carta Magna.

Por outro lado, há autores que demonstram que, embora haja uma intenção positiva do legislador em proteger determinados direitos sociais, a forma eleita nem sempre é a mais adequada. Isto é, o estudo de caso analisado demonstra que há críticas pertinentes à norma editada, visto que pode aprofundar discriminação de gênero no momento da contratação. *In casu*, induzida pela atuação poder legiferante do Estado que, no momento de sua edição, não observou atentamente as potenciais distorções provocadas.

Consoante alhures demonstrado, a Lei em comento possui apenas um dispositivo cogente, o qual determina o afastamento da empregada

gestante dos postos de trabalho presenciais sem o prejuízo de sua remuneração. Silencia, todavia, a respeito do ente responsável pela remuneração quando a atividade exercida pela gestante não é passível de execução remota e, tampouco, das gestantes já imunizadas por meio do programa nacional de vacinação.

Com efeito, ao se omitir da responsabilidade pela análise do impacto que a norma poderia gerar, o legislador transferiu as consequências econômicas às mais diversas interpretações que podem advir do poder judiciário – perpetuando a instabilidade regulatória e jurídica existente.

Assim, alguns doutrinadores entendem que, com fundamento na MP nº 1.046/2021, uma analogia extensiva deve ser aplicada para que o empregador faça o pagamento da integralidade do salário da gestante quando não for possível a realização remota e o trabalho for interrompido. Visão convergente com a da justiça do trabalho que tem proferido decisões no sentido de transferir o ônus dessa política pública ao setor privado.

Como consequência, considerando-se o comportamento do homem racional que reage aos incentivos gerados, alguns setores produtivos podem deixar de contratar mulheres em idade fértil a fim de evitar o endividamento que pode suceder da não contraprestação necessária à existência do posto ou da atividade. Nesses casos, o efeito gerado pela norma será contrário ao almejado, de maneira que potencialmente agravará a situação de desemprego durante a pandemia, afetando de maneira imprevista os lares brasileiros.

O cenário estabelecido, portanto, aponta para o caminho de que, por mais que reformas institucionais sejam aos poucos debatidas e arquitetadas, as bases estruturadas são afeitas à cultura jurídico-regulatória não atenta às consequências econômicas das escolhas adotadas. Marginaliza-se, todavia, o fato de que não raro os meios escolhidos geram efeitos inversos aos que se pretende, de tal maneira que implode a própria promoção da proteção social.

Destarte, a Lei nº 14.151/2021 ilustra a conjuntura existente. É fato que uma lei não tem que pretender esgotar todas as hipóteses de aplicabilidade. Isto não significa inferir, porém, que não se deve observar as alternativas à normatização ou às consequências geradas pelas opções eleitas. A fim de que haja crescimento econômico e ganho de produtividade através da redução do custo Brasil evidenciado pela pandemia é imperioso, sobretudo, a mudança na cultura regulatória existente. Desse modo, visto que os fatos econômicos e as necessidades humanas se alteram em velocidade superior à das normas editadas, é urgente que as autoridades reguladoras compreendam que são suscetíveis de falhas, ainda que dotadas de boas intenções.

### **Referências bibliográficas**

ARANHA, Daniel Sebadelhe. Lei 14.151/21 como panaceia para as relações de emprego de trabalhadoras gestantes e o fomento à insegurança jurídica. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345644/lei-14-151-como-panaceia-para-as-relacoes-de-emprego-de-trabalhadoras>. Acesso em: jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 9.203. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.848. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.874. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.151. Dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de



saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus. 2021.

CALCINI, Ricardo; CARVALHO, Aurea Maria de. Afastamento da empregada gestante sob a ótica da Lei 14.151/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/pratica-trabalhista-afastamento-empregada-gestante-otica-lei-141512021>. Acesso em: jun. 2021.

CALVET, Otávio Torres. Remuneração da gestante durante a pandemia: de quem é este filho? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/trabalho-contemporaneo-remuneracao-gestante-durante-pandemia-quem-filho>. Acesso em: jun. 2021.

COÊLHO, Marcial Duarte. Uma análise econômica do direito sobre a prática do aborto: Uma proposta alternativa ao atual modelo Brasileiro de enfrentamento. Prometeus: Filosofia em Revista\_ 11 (27), 2018. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/COLUAE>. Acesso em: jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Ações trabalhistas durante pandemia garantiram pagamento de R\$ 30 bi. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/acoes-trabalhistas-durante-pandemia-garantiram-pagamento-de-mais-de-r-30-bi/>. Acesso em: jun. 2021.

GASPAR, Danilo Gonçalves; MARTINEZ, Luciano; PAMPLONA, Rodolfo. Breves considerações sobre a Lei n. 14.151/2021. Disponível em <http://trabalhoemdebate.eom.br/colunista/detalhe/trabalho-em-debate>). Acesso em: jun. 2021.

HARADA, Kiyoshi. Lei de proteção à gestante no período de pandemia, 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/05/25/lei-protecao-gestante-pandemia/>. Acesso em: jun. 2021.

IBGE. PNAD Contínua - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Disponível em:

[https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm\\_source=landing&utm\\_medium=explica&utm\\_campaign=desemprego](https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego). Acesso em: jun. 2021.

MENEGUIN, Fernando; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Moratória e serviços essenciais: medida bem-intencionada com efeitos indesejáveis. Brasília: 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moratoria-e-servicos-essenciais-medida-bem-intencionada-com-efeitos-indesejaveis-16042020>. Acesso em: jun. 2021.

MENEGUIN, Fernando Boarato; SAAB, Flavio. Análise de impacto regulatório: perspectivas a partir da Lei da Liberdade Econômica. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 03/2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/570015>. Acesso em: jun. 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Portaria nº 12.302, de 28 de novembro de 2019. Dispõe sobre a criação do Programa de Melhoria Contínua da Competitividade e cria o Comitê Deliberativo de Melhoria Contínua da Competitividade e dá outras providências.

MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura. Lei que proíbe trabalho presencial de gestante na pandemia pode provocar demissões. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1518450/2021/05/lei-que-proibe-trabalho-presencial-de-gestante-na-pandemia-pode-provocar-demissoes/>. Acesso em: jun. 2021.

NORTH, Douglas C. Instituições, Mudança Institucional e desempenho econômico/ Douglas C. North; tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OCDE. Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory->

policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf.Acesso: jun. 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O mito do regulador infalível. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/wp-content/uploads/2021/05/O-mito-do-regulador-infalivel.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Meia-entrada para doadores de sangue: altruísmo com recursos alheios? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/meia-entrada-para-doadores-de-sangue-altruismo-com-recursos-alheios-01082019>. Acesso em: jun. 2021.

POSNER, R. A. Economic Analysis of Law. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito – Proposições legislativas e políticas públicas. In: Revista de Informação Legislativa, Ano 52, número 205, jan./mar. 2015, p. 321-323.

THE HERITAGE FOUNDATION, 2021 Index of Economic Freedom. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/ranking>. Acesso em: jun. 2021

---

### **Notas sobre os autores**

**BÁRBARA MENDES PERES.** Bacharelanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Diretora Executiva do Grupo de Estudos em Direito e Economia - GEDE IDP/UnB. Contato: [barbaramendesperes@gmail.com](mailto:barbaramendesperes@gmail.com).

**RÔMULO HANNIG GONÇALVES DA SILVA.** Bacharelando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); Diretor Executivo do Grupo de Estudos em Direito e Economia - GEDE IDP/UnB; estagiário na Defensoria Pública da União. Contato: [romulohannig@gmail.com](mailto:romulohannig@gmail.com).

# **Karlsruhe ilimitado: a Alemanha faz as regras, quem cumpre são os outros**

**Mateo Scudeler**

**Victor Frank Corso Semple**

## Resumo

O artigo analisa duas decisões judiciais a partir de pressupostos de racionalidade da teoria da análise econômica do direito. A primeira, de maio de 2020, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE), julgou inconstitucional a participação do Banco Central nacional no programa de títulos de dívida pública do Banco Central Europeu (PSPP) de 2015. A segunda, de dezembro de 2018, do Tribunal de Justiça da União Europeia (em sede de reenvio prejudicial), declarou a validade do mesmo programa. Insere ambas as decisões no contexto de integração econômico-monetária, das discussões sobre a partilha de soberania e do projeto constitucional da União Europeia nos últimos anos. Conclui que ambas as instituições, a alemã e a europeia, utilizaram-se de padrões de racionalidade para maximizar o resultado de cada uma das decisões em seu favor. Do lado do Tribunal Constitucional, para reforçar aspectos da soberania nacional alemã, na contramão da integração europeia e, do lado do Tribunal de Justiça, para maximizar tal processo.

Palavras-chave: Análise econômica do direito; Direito Europeu; Direito Financeiro da União Europeia; Tribunal Constitucional Federal Alemão; Tribunal de Justiça da União Europeia.

## Abstract

The paper examines two judicial decisions based on rationality assumptions of the Law and Economics theory. The first one, from May 2020, of the German Federal Constitutional Court (BVerfGE), ruled as unconstitutional the participation of the national Central Bank in the public debt securities program of the European Central Bank (PSPP) from 2015. The second one, from December 2018, of the Court of Justice of the European Union (in reference for a preliminary ruling), declared the validity of the same program. The piece inserts both decisions in the context of economic-monetary integration, discussions on the sharing of sovereignty and the constitutional project of the European Union in recent years. It concludes that both institutions, the German and the European, used rationality standards to maximize the result of each decision in their favor. On the side of the Constitutional Court, to reinforce aspects of German national sovereignty, against European integration and, on the side of the Court of Justice, to maximize this very process.

Keywords: Law and economics; European Law; European Financial Law; German Federal Constitutional Court; Court of Justice of the European Union.

## Introdução

No contexto da integração europeia, questão que tem ganhado relevo acadêmico no mundo jurídico é a forma pela qual o Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE) tem decidido sobre a Europa. Notadamente, no que diz respeito à união econômico-monetária e os efeitos da crise fiscal de 2009-2012, o Tribunal inseriu o Banco Central Europeu (BCE) numa jurisprudência nacional mais ampla, que envolve pontos centrais sobre o direito europeu, como a constitucionalização do bloco, a democracia e mesmo a legitimidade da União Europeia.

A partir de 2015, o BCE adotou um programa de compra de ativos do setor público em mercados secundários (referido pela sigla PSPP) como medida de recuperação econômica da zona Euro (Decisão UE 2015/774 do BCE)<sup>1</sup>. Apesar de o programa ter sido adotado com base na competência para definir a política monetária da União, não foi eximido de críticas de usurpação das políticas econômicas dos países do bloco. Na Alemanha, várias queixas constitucionais foram propostas perante o BVerfGE. Entre elas, a de um grupo de economistas e de um dos fundadores do Partido “Alternativa para Alemanha” (AfD), todas questionando a proporcionalidade da participação do *Bundesbank* (Banco Central alemão) na compra de dívida de outros Estados-Membros do bloco, como consequência do PSPP.

Em setembro de 2019, o presidente do BVerfGE, Andreas Vosskuhle, realizou uma conferência na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. O tema escolhido foram as críticas dirigidas ao Tribunal sobre seu suposto poder ilimitado. “*Karlsruhe ilimitado?*”<sup>2</sup> título da apresentação e uma referência à cidade-sede da Corte. Vosskuhle tratou da jurisprudência da Corte e sobre a sua autonomia em relação à interpretação da Lei Fundamental Alemã, concluindo que sua posição

---

<sup>1</sup>Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015D0010&from=EN>

<sup>2</sup> A íntegra da conferência está disponível no portal da Embaixada da República Federal da Alemanha no Brasil no *Facebook*. Retirada de: <https://www.facebook.com/watch/?v=915876022114302>.

institucional lhe confere poder sobre a agenda nacional, inclusive em matérias econômicas. Como resposta às críticas, enfatizou que o BVerfGE é cauteloso quanto às consequências de suas decisões e que, como instituição, sofre constrangimentos múltiplos que limitam sua atuação.

Um desses constrangimentos seria o processo de “europeização” do direito alemão, decorrente do diálogo entre as decisões do BVerfGE e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). O primeiro, foco da discussão aqui proposta. Como exemplo de diálogo entre as Cortes, mencionou o caso sobre os títulos da dívida pública, à época não resolvido. O que estava em jogo, segundo o presidente, era a obediência ou não da Corte Constitucional alemã à decisão do TJUE que julgou proporcional o PSPP.

Em maio de 2020, o BVerfGE decidiu, por maioria, contrariamente à tese de seu presidente Andreas Voßkuhle. Mesmo após o procedimento de “reenvio prejudicial” (tipo de ação perante o TJUE) sobre a proporcionalidade do PSPP em relação ao art. 123º do TFUE<sup>3</sup>.

Após uma contextualização sobre o processo de formação da União Europeia e a evolução da integração econômico-monetária e a constitucionalização do bloco, o artigo analisa essa decisão-marco da recente jurisprudência constitucional alemã sobre os Tratados<sup>4</sup> da União Europeia. O BVerfGE tem compreendido juridicamente a Europa e o direito europeu a partir da inserção na sua jurisprudência de questões centrais como constitucionalização, democracia e a própria legitimidade da União Europeia. Pretende-se estudar a jurisprudência alemã tendo como cerne a revisão conceitual profunda do alinhamento do núcleo duro da economia europeia – e de suas práticas até então inquestionadas pela Alemanha, empreendida na decisão sobre a proporcionalidade do PSPP

---

<sup>3</sup> Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>.

<sup>4</sup> Por “Tratados”, refere-se o conjunto do Tratado sobre a União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ambos disponível no *link* referenciado na nota antecedente.

(BVerfGE 859/15 2020). A revisão jurisprudencial segue com o exame dos principais pontos da decisão do TJUE, de setembro de 2018, no reenvio prejudicial sobre a proporcionalidade do PSPP em relação ao art. 123º do TFUE (EU:C:2018:1000, processo C 493/17).

Com a apresentação dos argumentos e raciocínios jurídicos essenciais do Tribunal Constitucional, seguir-se-á uma análise econômica conceitual dessa interferência do BVerfGE sobre os princípios da integração jurídico-econômica europeia e o próprio funcionamento do BCE, bem como os reflexos de eficiência econômica (ou não) dessa decisão para o futuro da integração econômica do bloco.

Como método de abordagem, tem-se na *análise econômica do direito* ferramenta conceitual para a sistematização e avaliação, a partir da teoria da racionalidade limitada (*bounded rationality*), (1) das opções decisórias prosseguidas pelo BVerfGE e pelo TJUE; (2) da relação dessas opções com a maior ou menor proteção nacional diante da integração europeia; (3) da aderência desses entendimentos aos compromissos e objetivos econômicos postos nos tratados e nas legislações pertinentes do Bloco e (4) do impacto previsto para o futuro da autonomia normativa do BCE em matéria econômico-monetária.

Para esse exercício, o artigo proporrá o desenvolvimento de uma etapa preliminar de *framing&editing* para os entendimentos e conflitos decisórios verificados, seguindo posteriormente a uma avaliação conceitual da racionalidade das escolhas à luz das normas jurídicas do bloco europeu – inclusive a preservação da soberania dos Estados-Membros.

Por fim, procura-se uma conclusão quanto à racionalidade das escolhas jurídico-hermenêuticas enquadradas e avaliadas. Ressalta-se, por pertinente, que a aplicação de conceitos da *análise econômica do direito* a este estudo adstringe-se à esfera conceitual dos pressupostos de racionalidade das escolhas, não se pretendendo qualquer tipo de “modelagem” econômico-matemática de impactos das normas jurídicas em setores específicos. Mesmo porque a formação eminentemente

jurídica – e não econômica – dos autores não permite a incursão nesse tipo de exercício.

## **1. Antecedentes: contexto e processo de formação da UE**

Antes da exposição e análise das decisões judiciais indicadas, é imperioso a apresentação de alguns antecedentes essenciais à compreensão desse debate. Trata-se do contexto de constituição e dos princípios fundamentais-estruturais da União Europeia (EU), positivados nos seus Tratados Constitutivos (TUE e TFUE), os quais são o ápice do ordenamento jurídico supranacional que dá azo à controvérsia.

### **1.1. Integração econômico-monetária**

Criada para resolver um problema concreto: unir as produções de carvão e de aço da França e da Alemanha para tornar uma nova guerra “não somente impensável, mas materialmente impossível”<sup>5</sup>, a União Europeia foi marcada por forte caráter econômico. Desde os primeiros passos da integração, deflagrada pelo Tratado de Roma, de 1957 (Froufe, 2017, pp. 114-129; Oksala, 2017; p. 190), a ideia de uma Constituição Econômica foi central para legitimar o mercado comum. Para isso foi criada uma estrutura jurídica sobreposta aos estados nacionais para separar por completo a política nacional da ordem econômica supranacional (Oksala, 2017; Bellamy; Castiglione, 1997; pp. 421-445).

O código utilizado no processo de integração foi o direito. A pretensão que se apresentava desde então era a de criar uma instância independente, governada pela *rule of law* de maneira a superar a legitimidade democrática nacional, retirando dessa instância decisões econômicas fundamentais. Ou seja, a partir da cessão do processo

---

<sup>5</sup> Declaração Schuman, 1950. Disponível em: [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt).



decisório a instituições e a procedimentos técnicos que futuramente se dariam no âmbito da União Europeia.

O mercado comum europeu foi concretizado em 1992, com o Tratado de Maastricht. Os objetivos de livre circulação de capitais, bens, serviços e de trabalhadores deveriam agora coordenar as “políticas econômicas dos Estados-membros” (Art. 2º, do Tratado de Maastricht). O traço econômico une-se novamente ao quadro político-institucional. Foi Maastricht que introduziu o quadro institucional *suis generis* da União Europeia que hoje se conhece. Uma ordem jurídica supranacional, um “direito sem Estado” (Bellamy; Castiglione, 1997; pp. 421–445), que organiza seu processo decisório em torno de instituições centralizadas, na qual a política econômica não mais se guia somente por critérios mercadológicos de eficiência, mas por normas jurídicas: o direito europeu (Froufe, 2017; pp. 114-129).

O projeto de mercado comum pragmaticamente levaria a uma união econômico-monetária. Essa ideia, lançada em Roma (1957), se torna definitiva em 1992. Entre 1994 e 1998, iniciou-se uma convergência política dos estados para reforço da cooperação entre os bancos centrais nacionais, além de um alinhamento das autoridades monetárias de cada Estado-membro. Em 1999, foi aplicado o sistema Euro, com a introdução gradual da moeda única. Esse processo se deu primeiro com a delegação de poderes ao Instituto Monetário Europeu, depois ao BCE.

O quadro jurídico da união econômico-monetária está disposto nos marcos do bloco: o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O primeiro, documento que prevê aspectos gerais do bloco, bem como seu protocolo de intenções, traz no art. 3º o objetivo de uma união econômico-monetária.<sup>6</sup> Já o segundo, sobre procedimentos específicos no âmbito da União, dispõe sobre a

---

<sup>6</sup> TUE: “Art. 3º, 4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro”.

competência exclusiva da União sobre a política monetária (art. 3º(1)(c)), a aplicação de normas específicas para os Estados-membros que adotam o Euro (art. 5º(1)), a definição de uma política monetária e cambial únicas (art. 119º(1)(2)), a condução da política monetária pelo BCE e pelos bancos centrais nacionais (art. 282º(1)), a personalidade jurídica do BCE (art. 282º(3)) e sobre sua autonomia e independência de poderes e de gestão de suas finanças (art. 282º(3)).

A união econômico-monetária é uma das metas de integração do bloco, mas não um objetivo *per se*. O TUE, como o próprio quadro normativo sugere, trata dessa etapa da integração para concretização das diretrizes econômicas da União Europeia.

O BCE e o Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) foram instituídos pelo Protocolo nº 4 da União Europeia. O BCE, de acordo com o TFUE, atua na manutenção da estabilidade dos preços nos mercados do bloco, bem como no apoio financeiro às políticas econômicas da União (art. 2º, Protocolo nº 4). O art. 3º diz que compete ao SEBC, controlado pelo BCE, a “detenção e gestão das reservas cambiais oficiais dos Estados-membros”. Ademais, o art. 123º TFUE proíbe o BCE e os bancos nacionais de realizar operações de crédito e de compras de títulos de dívida em favor de “instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do setor público ou empresas públicas dos Estados-Membros”.

A Alemanha foi protagonista na criação e no desenvolvimento do sistema monetário-bancário europeu. Aliás, o sistema foi “essencialmente o que o governo alemão, e particularmente o *Bundesbank*, estavam dispostos a aceitar” (Mourlon-Druol, 2017; p. 6). A União econômico-monetária é, pois, uma manifestação jurídica do bloco, mas também reflete uma política ideológica ditada pela Alemanha, que se manifesta de formas diferentes entre os países do bloco.

## 1.2. Soberania partilhada e pretensão constitucional para a Europa

A zona do Euro gerou um convívio entre Estados de variadas tradições macroeconômicas. A união monetária já nasceu dividida (Bento, 2013; pp. 54-60). De um lado países de tradição de austeridade fiscal, como a Alemanha, e que recorrem a ajuste de gastos públicos para enfrentar déficits econômicos; de outro, países inflacionistas, que recorrem a maiores arrecadações para enfrentar crises, os países do Sul; Vítor Bento argumenta que os países de tradição inflacionista não tiveram suas culturas alteradas ao se unirem à zona Euro (Bento, 2013; pp. 63-66). Isso foi perceptível na crise econômico-financeira, rebote da crise das hipotecas nos EUA, em 2008. A partir de 2010, países como Itália, Espanha, Portugal e Grécia – os chamados países do Sul (Bento, 2013, p. 73) entraram em recessão, com quebra súbita dos mercados, desvalorização do euro e endividamento dos países inflacionistas.

Como resposta, a União já detinha uma instituição centralizadora para tentar resolver o problema: o BCE. Já em 2012, foi celebrado o Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária (ou simplesmente Pacto Orçamental), que obrigou os países do Euro a criar regras de equilíbrio orçamental nos ordenamentos internos. Não é objetivo do artigo adentrar nesse mecanismo de gastos via orçamento<sup>7</sup>.

Sob o ângulo monetário e financeiro, o BCE instituiu, em 2015, o *Public Sector Purchase Programm* (PSPP), para compra de títulos de dívida

---

<sup>7</sup> O Pacto Orçamental instituiu o *Six Pack* e o *Two Pack*, pacotes legislativos que criaram os procedimentos do semestre europeu, um calendário de obrigações acessórias de prestação de contas da gestão fiscal de países da zona Euro para União Europeia, as penalidades para descontrolo e mecanismos de prestação de contas e o quadro de acompanhamento dos déficits. Durante o Semestre Europeu, os Estados-Membros procedem ao alinhamento das políticas orçamentais e económicas nacionais pelas regras e objetivos fixados a nível da UE. As medidas foram tomadas a partir do art. 136º do TFUE, que faculta a adoção de medidas de reforço de coordenação e de supervisão dos orçamentos da zona Euro. Sobre o Semestre europeu v. <https://www.parlamento.pt/OrcamentoEstado/Paginas/Semestre-Europeu.aspx> e <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/europeansemester/#:~:text=as%20reformas%20estruturais%2C%20centradas%20na,preven%C3%A7%C3%A3o%20de%20desequil%C3%ADbrios%20macroecon%C3%B3micos%20excessivos.>

dos países europeus, com vistas a reestabilizar a economia do bloco.<sup>8-9</sup> Essa última medida, no exercício da competência monetária, exclusiva da União Europeia. O programa foi instituído nesse contexto de crise fiscal de centralização de competências no BCE.

Essa delegação de competência monetária tem a ver com a noção de partilha de soberania (Bellamy; Castiglione, 1997; MacCormick, 1999; Carvalho Netto, 2004; Neves, 2009; Poiares Maduro, 2012; e Enes, 2017). Com o processo de integração europeia, os Estados-Membros entregaram parte de sua soberania às instituições europeias, a partir da ideia de que, se as nações são soberanas para impor normas aos seus cidadãos, também o são para renunciar a uma parte de suas competências na construção de uma entidade supranacional. Foi também Maastricht que reorganizou os Tratados europeus anteriores para delegar os domínios visados nos objetivos da União dos Estados-membros à competência supranacional. Desde então, observa-se um fenômeno de constitucionalização, formando um consenso no sentido de que “embora não sendo um Estado” (Carvalho Netto, 2004, p. 4), a União precisaria de uma Constituição Federal.

O processo que conduziu ao Tratado de Lisboa, ratificado em 2007, teve origem na experiência frustrada dos referendos sobre o Tratado Constitucional do bloco, entre 2003 e 2005. O argumento de Froufe (2017; pp. 114-129) é de que o Conselho Europeu teve de contornar a derrota constitucional para conformar interesses políticos internos dos países-membros. Embora não tenha constituído um Estado federal, Lisboa consolidou a ideia de “um tratado internacional celebrado por Estados soberanos que delegaram parcelas de soberania à União” (Carvalho Netto, 2004; p. 3). Apesar de também não transferir mais competências exclusivas para União Europeia, alterou a forma pela qual as instituições exercem seus poderes, incentivando maior participação e

---

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.bundesbank.de/en/tasks/monetary-policy/outright-transactions/public-sector-purchase-programme-pspp--831140>.

<sup>9</sup> BVerfGE 859/15 [2020]

reforço da proteção aos cidadãos europeus e modificando procedimentos de decisão no Parlamento, no Conselho e na Comissão.

Ao contrário do que propunha o Tratado Constitucional, Lisboa não incluiu nenhuma norma sobre o primado do direito da União, ou comunitário, sobre a legislação nacional dos Estados-membros. Essa norma já era reconhecida na jurisprudência do TJUE, como princípio fundamental do direito europeu.<sup>10</sup> Recentemente, a Declaração n° 17, anexa ao TUE e ao TUE, dispôs que o direito europeu prevalece sobre o direito nacional<sup>11</sup>. Outro aspecto da partilha de soberania é o pluralismo entre as ordens jurídicas nacional e da União, a partir dessa delicada hierarquia entre elas.

Apesar da ideia de uma constituição formal ter sido abandonada, Maastricht e Lisboa representaram uma virada na história da integração europeia. Além do pragmatismo econômico ter sido reorganizado em termos de uma “economia social de mercado” (art. 3° (3) TUE), os Tratados preocuparam-se com questões essencialmente constitucionais – *i.e.* a construção de uma ordem jurídica legítima e democrática.

## **2. Decisões do BVerfGE e do TJUE sobre o PSPP: análise**

Em maio de 2020, o BVerfGE julgou o PSPP. É a partir desse *decisum* que principia a análise ora proposta. Para uma melhor contextualização, será inicialmente apresentada a ementa do julgado e o respectivo relatório das principais questões passadas pelo BVerfGE e pelo TJUE sobre o tema de fundo (adequação do PSPP aos princípios e fundamentos dos Tratados constitutivos da União Europeia). Em

---

<sup>10</sup>Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12016L%2FAFI%2FDCL%2F17>. Acesso em: 30 de out. de 2020.

<sup>11</sup> Declaração sobre o primado do direito comunitário: “A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adotado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”.

seguida, será apresentada a questão da partilha de soberania dos Estados-nacionais, dentro do processo de integração da União Europeia, tanto em relação à soberania política, quanto à econômico-monetária. Como terceiro subtópicos deste desenvolvimento, por seu turno, identificar-se-á na jurisprudência do BVerfGE, reativa à integração política, a ideia de intervenção indevida na soberania do povo alemão em decisões sobre alguns programas fundamentais do bloco. Por derradeiro, será comparada a decisão alemã com o julgado do TJUE de 2018, sobre a legitimidade dos programas do BCE e as consequências para integração econômica europeia.

## **2.1. Relatório da decisão do BVerfGE sobre o PSPP**

Para uma melhor apresentação dos argumentos subsequentes, expõe-se a ementa da decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o PSPP (BVerfGE 859/15 2020), em sua versão de redação inglesa, extraída diretamente do repositório oficial<sup>12</sup>:

*BVerfGE 859/15 2020 Summary:*

*1. Where an ultra vires review or an identity review raises questions regarding the validity or the interpretation of a measure taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union, the Federal Constitutional Court, in principle, bases its review on the understanding and the assessment of such a measure as put forward by the Court of Justice of the European Union. 2. The Court of Justice of the European Union exceeds its judicial mandate, as determined by the functions conferred upon it in Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union, where an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must thus be considered arbitrary from an objective perspective. If the Court of Justice of the European Union crosses that limit, its decisions are no longer covered by Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union in conjunction with the domestic Act of Approval; at least in relation to Germany, these decisions lack the minimum of democratic legitimation necessary under Article 23(1) second sentence in conjunction with Article 20(1) and (2) and Article 79(3)*

---

<sup>12</sup>Disponível em:  
[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505\\_2bvr085915en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html)

of the Basic Law. 3. Where fundamental interests of the Member States are affected, as is generally the case when interpreting the competences conferred upon the European Union as such and its democratically legitimated European integration agenda (Integrationsprogramm), judicial review may not simply accept positions asserted by the European Central Bank without closer scrutiny. 4. The combination of the broad discretion afforded the institution in question together with the limited standard of review applied by the Court of Justice of the European Union clearly fails to give sufficient effect to the principle of conferral and paves the way for a continual erosion of Member State competences. 5. For safeguarding the principle of democracy, it is imperative that the bases for the division of competences in the European Union be respected. The finality of the European integration agenda (Integrationsprogramm) must not undermine the principle of conferral, one of the fundamental principles of the European Union. 6. a) In the context of delimiting the competences between the European Union and the Member States, the principle of proportionality and the overall assessment and appraisal it entails are of great importance with regard to the principles of democracy and the sovereignty of the people. Disregarding these requirements potentially shifts the bases for the division of competences in the European Union, undermining the principle of conferral. 6. b) A programme for the purchase of government bonds only satisfies the principle of proportionality if it constitutes a suitable and necessary means for achieving the aim pursued; the principle of proportionality requires that the programme's monetary policy objective and the economic policy effects be identified, weighed and balanced against one another. Where a programme's monetary policy objective is pursued unconditionally and its economic policy effects are ignored, it manifestly disregards the principle of proportionality enshrined in Article 5(1) second sentence and Article 5(4) of the Treaty on European Union. 6. c) The fact that the European System of Central Banks has no mandate for economic or social policy decisions does not rule out that effects of a programme for the purchase of government bonds on, for example, public debt, personal savings, pension and retirement schemes, real estate prices and the keeping afloat of economically unviable companies are taken into account in the proportionality assessment pursuant to Article 5(1) second sentence and Article 5(4) of the Treaty on European Union and – in an overall assessment and appraisal – weighed against the monetary policy objective that the programme aims to achieve and is capable of achieving. 7. The determination whether a programme like the Public Sector Purchase Programme manifestly circumvents the prohibition in Article 123(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union does not hinge on a single criterion; rather, it requires an overall assessment and appraisal of the relevant circumstances. In particular, the purchase limit of 33% and the distribution of purchases according to the European Central Bank's capital key prevent selective measures being taken under the Public Sector Purchase Programme for the benefit of individual Member States and the Eurosystem becoming the majority creditor of one Member State. 8. If the risk-sharing regime for bond purchases under the Public Sector Purchase Programme were subject to (retroactive) changes, this would affect the limits set by the overall budgetary responsibility of the German Bundestag and be incompatible with Article 79(3) of the Basic Law. It would essentially

*amount to an assumption of liability for decisions taken by third parties with potentially unforeseeable consequences, which is impermissible under the Basic Law. 9. Based on their responsibility with regard to European integration (Integrationsverantwortung), the Federal Government and the Bundestag are required to take steps seeking to ensure that the European Central Bank conducts a proportionality assessment. They must clearly communicate their legal view to the European Central Bank or take other steps to ensure that conformity with the Treaties is restored. 10. German constitutional organs, administrative bodies and courts may participate neither in the development nor in the implementation, execution or operationalisation of ultra vires acts. This generally also applies to the Bundesbank.*

Por ocasião do julgamento de 5 de maio de 2020, o Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE) avaliou diversas queixas constitucionais (*verfassungsbeschwerde*) nas quais se questionava: (1) a constitucionalidade do *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) do Banco Central Europeu (BCE); e (2) a proporcionalidade da participação do Banco Central Alemão (*Bundesbank*) no programa europeu.

O PSPP é um programa de compra de títulos de dívida pelos bancos centrais dos países do Euro instituído em 2015 pela instituição financeira da União Europeia para controlar a crise fiscal do bloco. O BCE prestou informações oficiais ao Tribunal Alemão sobre o PSPP, aduzindo que, como parte de uma política maior do sistema Euro – a *Expanded Asset Purchase Programme* (EAPP), dentro da qual se alberga o próprio PSPP –, os bancos centrais nacionais envolvidos compram dívidas governamentais, de outros títulos de dívidas negociáveis no mercado que sejam emitidas agências públicas, além daqueles emitidos por organismos internacionais ou bancos regionais de desenvolvimento localizados na zona Euro. Tudo isso com objetivo de aumentar a oferta de Euro no mercado, apoiar o consumo, despesas e promover investimentos na região e, indiretamente, contribuir para manter a meta de inflação nos países do sistema abaixo de 2% (dois por cento).

Os requerentes da queixa constitucional alegaram que o PSPP viola os Tratados da União Europeia. Notadamente a regra da proibição de



financiamento monetário<sup>13</sup> (art. 123º do TFUE) e o princípio da atribuição<sup>14</sup> (art. 5º(1) do TUE c/c art. 119º, 127º e ss. do TFUE). Requereram a proibição da participação do *Bundesbank* no PSPP e que o Governo Federal (*Bundesregierung*) e a Câmara Baixa do Parlamento (*Bundestag*) suprissem sua omissão para tomar medidas cabíveis a nível nacional contra o programa europeu.

## 2.2. Relatório da decisão do TJUE sobre o PSPP

Como a discussão envolvia a interpretação de normas de direito europeu, o BVerfGE afetou a matéria a julgamento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Pelo procedimento do reenvio prejudicial (EU:C:2018:1000, processo C 493/17), a Corte europeia deveria analisar a proporcionalidade do PSPP, questionada pelo Tribunal Alemão a norma do já mencionado art. 123º do TFUE. Confira-se a ementa em versão portuguesa original da ementa do indigitado julgado, extraída diretamente do repositório oficial do Tribunal de Justiça da União<sup>15</sup>:

---

<sup>13</sup> A regra da *prohibition on monetary financing* dispõe que os bancos centrais nacionais membros do BCE não podem utilizar instrumentos de política monetária para financiar autoridades públicas, já que isso prejudicaria a política orçamental do sistema Euro, que tem como principal política monetária a manutenção e a estabilidade dos preços no mercado. Sobre a regra vide NATIONAL BANK OF BELGIUM, *Independence and prohibition on monetary financing*. Disponível em: <<https://www.nbb.be/en/faq/independence-and-prohibition-monetary-financing>>.

<sup>14</sup> O princípio da atribuição é um princípio fundamental do direito europeu. Segundo ele, a União Europeia somente pode atuar na esfera de competências que os países-membros do bloco lhe tenham atribuído por força dos Tratados. As competências da União estão dispostas nos artigos 2º a 6º TFUE. Ademais, interpreta-se a norma no sentido de que o bloco é uma união de Estados-membros cujas competências são por eles voluntariamente conferidas. Portanto, as competências não atribuídas pelos Tratados à União seriam residualmente pertencentes aos países. Nesse sentido v. Glossário de termos da União Europeia, verbete, em português, “*Atribuição*” e, em inglês, “*Conferral*”. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/conferral.html?locale=en>>; e BVerfGE 123, 267 [2009] – *Lisbon Decision*, disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630\\_2bve000208en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html)>

<sup>15</sup> Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210892&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=23353898>

EU:C:2018:1000 C 493/17 Ementa:

“Reenvio prejudicial — Política económica e monetária — Decisão (UE) 2015/774 do Banco Central Europeu — Validade — Programa de compra de ativos do setor público em mercados secundários — Artigos 119.o e 127.o TFUE — Atribuições do BCE e do Sistema Europeu de Bancos Centrais — Manutenção da estabilidade dos preços — Proporcionalidade — Artigo 123.o TFUE — Proibição do financiamento monetário dos Estados Membros da área do euro”.

O TJUE decidiu em 11 de setembro de 2018 sobre o pedido prejudicial. No acórdão, há anotações sobre a Decisão 2015/774 do BCE<sup>16</sup>, expondo os motivos que levaram a autoridade financeira europeia a adotar o PSPP<sup>17</sup>.

Em seguida, o acórdão enfrentou as questões levantadas pelo BVerfGE – as quais podem ser assim resumidas: (1) a decisão viola ou poderia violar a proibição de financiamento monetário (art. 123º); (2) a decisão ou poderia violar a mesma regra se, no curso da execução do PSPP, as normas iniciais do Plano sobre compra de títulos de dívida forem flexibilizadas, principalmente em razão da escassez de títulos no mercado; (3) a decisão viola os artigos 119º e 127º(1) (2) do TFUE, por

---

<sup>16</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02015D0010-20170113&from=PL>.

<sup>17</sup> Dos quais se destacam os seguintes trechos: (1) “*estes programas de compra de ativos visam promover ainda mais a transmissão da política monetária, facilitar a disponibilização de crédito à economia da área do euro, melhorar as condições de acesso ao crédito das famílias e empresas e, ainda, contribuir para a retoma das taxas de inflação para níveis perto dos 2%, em linha com o objetivo primordial do BCE de manutenção da estabilidade de preços*”; (2) “[a]o abrigo do PSPP, os [bancos centrais nacionais], na proporção das respetivas participações na tabela de repartição de capital do BCE, e o BCE, podem comprar em firme, a contrapartes elegíveis e em mercados secundários, títulos de dívida transacionáveis. Esta decisão foi tomada no âmbito da política monetária única devido a vários fatores que aumentaram substancialmente o risco de descida dos preços a médio prazo, colocando assim em causa a prossecução do objetivo primordial do BCE de manutenção da estabilidade de preços”; e (3) “*torna se necessário acrescentar às medidas de política monetária do Eurosistema o PSPP, como instrumento capaz de potenciar significativamente a sua transmissão à economia real. Graças ao seu efeito estabilizador de carteiras, o considerável volume de compras do PSPP irá contribuir para se alcançar o objetivo de política monetária que lhe preside, que é o de induzir os intermediários financeiros a aumentarem a cedência de liquidez ao mercado interbancário, e de crédito à economia da área do euro*”.

exceder as competências do BCE em matéria monetária, regulando matérias reservadas aos Estados-Membros e, dessa forma, lhes usurpando competência; (4) a execução do PSPP levaria à necessidade de revisão periódica de seus efeitos na política econômica. Isso poderia levar à extrapolação da competência do BCE em determinado momento da execução, em termos de política monetária; e (5) a determinação pelo BCE de repartição ilimitada de riscos entre os bancos centrais nacionais, caso haja necessidade de sua recapitalização pelos Estados-Membros, em razão do não pagamento de títulos, excede seu mandato.

Em relação aos itens 1 a 4, a Corte respondeu o seguinte, resumidamente: quanto à adoção de um programa de compra de títulos de dívida no Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), no âmbito da política monetária europeia, este somente pode ser proporcional se suas medidas forem proporcionais aos seus objetivos. No caso, a elaboração e execução de um programa de “OMarket” envolve escolhas técnicas e previsões complexas de política monetária. Há de se reconhecer, portanto, “amplo poder de apreciação” do BCE (§ 73). O contexto financeiro de risco de descida generalizada de preços na região do Euro e a crise econômica de 2014 justificam a adoção do PSPP pelo BCE, em 2015. Com base nos documentos e dados técnicos oferecidos à Corte, os juízes verificaram se tratar de uma prática comum de outros bancos centrais e que:

§ 77 (...) a compra maciça de obrigações soberanas é suscetível de contribuir para a realização deste objetivo através da facilitação do acesso aos financiamentos úteis à expansão da atividade econômica, dando um sinal claro do compromisso do SEBC de alcançar o objetivo de inflação fixado, favorecendo a redução das taxas de juro reais e, ao mesmo tempo, incentivando os bancos comerciais a conceder mais crédito para reequilibrar as respetivas carteiras.

§ 78 Por conseguinte, considerando os elementos na posse do Tribunal de Justiça, não se afigura que a análise económica do SEBC segundo a qual o PSPP era suscetível, nas condições monetárias e financeiras da área do euro, de contribuir para a realização do objetivo de manutenção da estabilidade dos preços esteja viciada por um erro manifesto de apreciação.

Sobre a interpretação do art. 123º do TFUE, o Tribunal concluiu que:

§ 102 esta disposição proíbe a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo BCE ou pelos bancos centrais dos Estados-Membros em benefício de autoridades e de organismos públicos da União e dos Estados-Membros, bem como a compra direta de títulos de dívida a essas entidades.

§ 103 Daqui se conclui que a referida disposição proíbe toda e qualquer assistência financeira do SEBC a um Estado-Membro, sem, porém, excluir, de maneira geral, a faculdade de o SEBC recomprar aos credores desse Estado títulos previamente emitidos por este último (Acórdãos de 27 de novembro de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, n.º 132, e de 16 de junho de 2015, Gauweiler e o., C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 95).

Quanto ao item 5, relativo à hipótese de repartição dos ônus de possíveis perdas sofridas pelos bancos centrais participantes, na realização de operações de *Open Market*, o Tribunal, tendo ouvido outros países-membros e o memorando da própria Comissão Europeia, não conheceu do pedido. Salientou apenas que o direito primário europeu – *i.e.* os Tratados e as demais fontes do direito comunitário – não prevê regras de divisão de ônus por perdas em operações de mercado pelos bancos centrais nacionais. Ademais que, diferente do que alegado pelo Tribunal Alemão, o PSPP também não previu essa hipótese. O TJUE, portanto, concluiu que:

1) O exame das questões primeira à quarta não revelou elementos suscetíveis de afetar a validade da Decisão (UE) 2015/774 do Banco Central Europeu, de 4 de março de 2015, relativa a um programa de compra de ativos do setor público em mercados secundários, conforme alterada pela Decisão (UE) 2017/100 do Banco Central Europeu, de 11 de janeiro de 2017. 2) A quinta questão prejudicial é inadmissível.

### 2.3. Voltando à decisão do BVerfGE

A interpretação prejudicial do Tribunal de Justiça da União Europeia não obstaculizou que o BVerfGE chegasse à conclusão distinta, no sentido de declarar desproporcional o PSPP. A Corte alemã considerou as decisões do BCE relativas à implementação e execução do PSPP como *ultra vires*, afirmando que a instituição monetária e financeira da União excedeu suas competências.

A Corte então anotou que é ela mesma competente para invalidar atos *ultra vires* expedidos por instituições e agências europeias que tenham agido em desconformidade com suas competências. Que o TJUE é competente para interpretar os Tratados e garantir a uniformidade e coerência do direito europeu. Ademais, que a jurisprudência da Corte Constitucional é no sentido de que as competências jurisdicionais de ambos os Tribunais sejam exercidas de maneira coordenada.

Quanto à alegação de desrespeito ao princípio da atribuição, o BVerfGE entendeu que a interpretação do TJUE desconsiderou todos os efeitos de política econômica que emergem do programa<sup>18</sup>. Anotou que a Corte europeia falhou em aplicar o princípio como determinante na divisão de competências no âmbito da União, o que acabou por alargar as competências do Banco Central Europeu. Em relação ao princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional considerou a limitação do TJUE, que declarara uma discricionariedade ampla do BCE, incorreta, já que isso permitirá também um alargamento das competências do Banco para além da política monetária.

O Tribunal nacional desvinculou-se da decisão da Corte europeia, julgando correto prosseguir com sua própria revisão sobre a competência

---

<sup>18</sup> “*In the decisions at issue, the ECB fails to conduct the necessary balancing of the monetary policy objective against the economic policy effects arising from the programme. Therefore, the decisions at issue violate Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU and, in consequence, exceed the monetary policy mandate of the ECB*”. Retirado de: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>

do BCE para instituir o PSPP, tendo como parâmetro os Tratados europeus, e não somente a Constituição alemã.

Quanto à alegação de omissão do Governo e do Parlamento, enquanto responsáveis pelo processo de integração europeia, em não advogar pela invalidade do PSPP, o Tribunal determinou às instituições nacionais que avaliassem a proporcionalidade do programa europeu. Ordenou ao Executivo e ao Legislativo que empenhassem medidas contra o PSPP em sua forma atual, devendo os órgãos comunicar ao Banco Central Europeu sua opinião jurídica sobre a questão, ou promover ações no âmbito da União para fazer com que a autoridade dos Tratados seja reestabelecida. Por fim, proibiu qualquer órgão alemão de participar na implementação, desenvolvimento, execução ou operacionalização de qualquer ato *ultra vires*, estendendo a obrigação de não fazer ao próprio Banco Central Alemão.

### **3. Integração europeia na jurisprudência do BVerfGE**

Desde seu estabelecimento na Lei Fundamental, em 1949, *Karlsruhe* ocupou-se de suas fronteiras, ou seja, dos limites do que a Corte podia ou não fazer, se “desamarrando” de suas competências formais estabelecidas na Constituição alemã (Maus, 2000). Como outros tribunais constitucionais, o BVerfGE deriva seu poder, sua legitimidade e suas competências, não mais da própria Constituição, mas do desenvolvimento de princípios em sua atividade de interpretação constitucional. O Tribunal, por Ingeborg Maus, pode ser entendido como *Legibus solutus*, soberano, imune ao controle, ilimitado, pois ele decide não sobre a Constituição, mas sobre a “Constituição corretamente interpretada”, sobre uma “ordem de valores” onde se inserem o próprio conceito de soberania e a proporcionalidade (Maus, 2000). Essa construção parece muito assoberbada, mas não se limita a isso. À posição tradicional de censor do legislador, de qualquer Corte Constitucional, soma-se a de intérprete do direito europeu. Tal

concentração de competências e de poderes leva a questionar sobre a limitação da Corte (ou sua ausência).

De que forma se dá, então, o constrangimento institucional e o diálogo do BVerfGE com o TJUE; ou, trocando em miúdos, como as cortes constitucionais nacionais se inserem no contexto de pluralidade normativa da União Europeia?

Segundo Andreas Vosskuhle (2010), a Lei Fundamental Alemã nasceu vocacionada à integração europeia. De seu preâmbulo<sup>19</sup> até o princípio da abertura ao direito internacional e ao direito europeu, que foi positivado no art. 23<sup>20</sup>, a Constituição indica que a Alemanha e o BVerfEG se posicionam historicamente a favor “de uma integração comprometida com os direitos humanos e fundamentais”. No entanto, o mesmo artigo que permitiu a Alemanha se juntar à União, fez uma ressalva em relação a todos os tratados, que jamais poderão fazer compromissos no âmbito supranacional que coloquem em risco a cláusula de eternidade (ou cláusulas pétreas) do Estado alemão (art. 79(3), da Lei Fundamental). Significa dizer que: é permitida e legítima a partilha de soberania nacional com a União Europeia, mas é preciso observar em cada processo o princípio da proporcionalidade. E, quem decide sobre a proporcionalidade dos tratados? O próprio Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

---

<sup>19</sup> Em tradução livre: “Conscientes de sua responsabilidade perante Deus e os homens, inspirados pela determinação de promover a paz mundial como parceiro igualitário em uma Europa Unida, o povo alemão, no exercício de seu poder constituinte, adotou esta Lei Fundamental (...)”.

<sup>20</sup> Lei Fundamental Alemã: “art. 23 [União Europeia] (1) Com vistas a estabelecer uma Europa Unida, a República Federal da Alemanha participará no desenvolvimento da União Europeia, que se compromete com princípios democráticos, sociais e federais, ao Estado de Direito, ao princípio da subsidiariedade, e que garanta um nível de proteção dos direitos básicos essencialmente comparáveis àqueles declarados pela Lei Fundamental. Para esse fim, a Federação poderá transferir poderes soberanos, mediante legislação aprovada com consenso do Conselho Federal (Bundesrat). O estabelecimento da União Europeia, bem como as alterações em seus tratados fundadores e regulações comparáveis que emendam ou anexam a Lei Fundamental (...) deverão observar os parágrafos (2) e (3) do art. 79”. O artigo 79, por sua vez, elenca as cláusulas pétreas constitucionais, *Eternity Clauses*, ou *Ewigkeitsgarantie*, que devem ser observadas na mediação entre a Lei Fundamental e o direito europeu.

Provocado a responder sobre a conformidade do Tratado de Maastricht<sup>21</sup> com a Constituição, o BVerfGE declarou legítima e constitucional a adesão alemã à União Europeia. Não sem condicionar que, a despeito da adesão e dessa partilha de competências, permanece sendo da Alemanha, em verdade, do próprio BVerfGE, a palavra final sobre se a competência para decidir sobre se determinada matéria é europeia ou alemã. Em verdade, a jurisprudência da Corte já era nesse sentido, desde os casos *Solange*, da década de 1970, ao argumento de que o processo de integração e a transferência de soberania dependem da observância de uma série de requisitos (Vosskuhle, 2010). Mas, foi no critério da *kompetenz-kompetenz* que o BVerfGE construiu sua jurisprudência sobre a integração europeia. O critério se traduz na “competência da competência”, ou redundantemente, a competência para decidir quem é competente para decidir, que segundo Jellinek é o próprio conceito de soberania (Lock, 2009). O BVerfGE fixa: “eu sou o soberano”.

Em 2007, o BVerfGE foi novamente questionado sobre a validade de um Tratado Europeu em face da Constituição. O Tribunal admitiu que a ratificação do Tratado de Lisboa – com ares de um Tratado Constitucional – poderia ofender a cláusula de eternidade e o critério da soberania do “povo” alemão [da própria Corte]. Os compromissos genéricos de relações federais com a União presentes no Tratado foram tidos como proporcionais, mas todas as ratificações desde então precisariam da aprovação do BVerfGE, além do Parlamento (*Bundestag*) ter de ratificar, como regra básica, a legislação europeia que altera a estrutura dos Tratados fundantes (Art. 48º(4) TUE). Além dessa condição de procedimento, a Corte alemã indicou que o país somente deveria se aproximar das próximas etapas de integração europeia que tiverem

---

<sup>21</sup> BVerfGE 89, 155 [1994] – *Maastricht Decision*.



previsões claras e expressas sobre mecanismos de legitimidade e de participação democrática dos povos europeus<sup>22</sup>.

A decisão sobre Lisboa insistiu no critério formal da soberania. Toda ideia de compatibilidade dos Tratados com a Lei Fundamental da Alemanha residiu justamente no fato de a União não ser um Estado, por não ser soberana para decidir sobre suas competências. A delimitação das competências da União, segundo o art. 5º(1)(2), do TUE e do art. 7º TFUE, rege-se pelo princípio da atribuição, segundo o qual a UE é uma união de Estados-membros cujas competências são por eles voluntariamente conferidas. Significa dizer que a União Europeia não é competente para definir as suas competências. A partir dessas ideias, a Corte argumentou que o princípio da atribuição não é somente uma norma fundamental de direito europeu, mas também uma cláusula que obriga a União a respeitar a identidade nacional de seus Estados-membros<sup>23</sup>.

A partir de 2007, ficou clara essa posição do BVerfGE, apesar de não ter se recusado a ratificar qualquer legislação europeia. Isso até maio de 2020.

### **3.1. BVerfGE versus Banco Central Europeu (BCE)**

Como já explicado, a partir de 2015 o BCE adotou o PSPP como medida de recuperação econômica da zona Euro<sup>24</sup>. Antes de analisar as queixas constitucionais que chegaram ao BVerfGE, nos termos do art. 267º(a) TFUE, mediante o instituto do reenvio prejudicial, o próprio Tribunal Constitucional requereu que o Tribunal de Justiça da União interpretasse as medidas do BCE conforme os Tratados.

---

<sup>22</sup> BVerfGE 123, 267 [2009] – *Lisbon Decision*

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Decisão (UE) 2015/774 do Banco Central Europeu

O TJUE respondeu que o Programa não tinha “nenhum elemento suscetível de afetar sua validade”. Ao argumento de que o princípio da proporcionalidade (art. 5º(4) TUE), lido em conjunto com as competências do BCE (art. 119º(2) e 127º(1) TFUE), implica que uma política de compra de títulos no âmbito da política monetária da União somente pode ser “validamente adotado e executado desde que as medidas que comporta sejam proporcionadas aos objetivos dessa política”.<sup>25</sup> Ou seja, deve haver uma adequação entre meios (PSPP) e fins (estabilidade econômica na zona Euro).

Apesar da interpretação do TFUE, o BVerfGE concluiu que: (1) o TJUE excedeu o seu mandato, a partir de uma decisão *ultra vires*, ao interpretar de maneira incompreensível os Tratados; (2) ao delegar discricionariedade ao BCE para decidir sobre políticas econômicas do bloco, excedendo as atribuições monetárias, o TJUE descumpriu o princípio da atribuição, contribuindo para erosão da soberania nacional; (3) esse tipo de *decision-making* europeu carece de legitimidade democrática como requerido pela Lei Fundamental da Alemanha<sup>26</sup>. Ao não reconhecer a legitimidade da decisão do TJUE e ao declarar a desproporcionalidade do PSPP, o BVerfGE ordenou que o *Bundesbank* deixasse o Programa e que o BCE procedesse a uma nova análise de proporcionalidade.

### **3.2. Posição do TJUE em relação ao BVerfGE**

Logo depois da publicação do acórdão do BVerfGE, o Tribunal de Justiça expediu um comunicado à imprensa<sup>27</sup>. O TJUE fez uma série de anotações jurisprudenciais no sentido de que: (1) o acórdão prejudicial

---

<sup>25</sup> EU:C:2018:1000, no processo C-493/17

<sup>26</sup> BVerfGE, 859/15 [2020]

<sup>27</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia. Comunicado de Imprensa 58/20, de 8 de maio de 2020. Retirado de: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=ED4CF5BC71A86C5170CC85461AA55BE2?text=&docid=226563&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10811281>.

do TJUE vincula o juiz nacional relativamente à solução principal do litígio; (2) o TJUE detém a competência exclusiva para declarar que um ato de uma instituição da União, como o BCE, é ou não compatível com o direito comunitário; (3) tal divergência por parte do tribunal nacional pode comprometer a unidade da ordem jurídica europeia; e (4) os Tribunais Constitucionais dos Estados-membros são obrigados a dar plena eficácia ao direito europeu.

Em aparente “queda de braço” com o BVerfGE, a tendência é que o TJUE e a União Europeia se abstenham de promover qualquer sanção política contra a Alemanha. Até porque tem sido assim, como observou o eurodeputado português, Líder do Bloco de Esquerda no Parlamento Europeu, José Gusmão: “a Alemanha faz as regras. Cumpri-las é para os países do Sul”<sup>28</sup>.

Mas, não é somente para Alemanha que a preservação da soberania significa que os Estados-nacionais têm uma constituição e que ela deve ser interpretada pelo próprio Estado, por meio de seu tribunal constitucional. Basta ver os casos da chamada “jurisprudência da crise” do Tribunal Português. O Tratado de Lisboa, de maneira propositada, aboliu a noção de uma constituição formal para o bloco, mas na prática adotou várias ideias constitucionais. A União, ao adotar uma prática constitucional e constitucionalizar seus procedimentos, fica sujeita a essas contestações. Mas, uma coisa é certa: a despeito das idiossincrasias, a integração não tem mais volta.

Há, no entanto, um peso considerável na interpretação do direito europeu pelo BVerfGE em desconformidade com a interpretação do TJUE, a própria instituição europeia responsável por isso. A questão, no fim das contas, mais uma vez pode ser resumida no que é fundamental: quem é legítimo para decidir? Até aqui, *Karlsruhe* tem sido soberano, ilimitado.

---

<sup>28</sup> A afirmação foi feita pelo eurodeputado em sua conta no *Twitter* após a decisão do BVerfGE de 5 de maio de 2020. Retirado de: <https://twitter.com/josegusmao/status/1257623416942800897>.

### **3.3. Racionalidade limitada e economia comportamental: análise das decisões**

Segundo a teoria econômica neoclássica, os “atores racionais” podem ser sinteticamente caracterizados por (1) a capacidade de compreender o todo das opções disponíveis e (2) a dotação de uma coerência em sua estrutura preferencial, vinculada à utilidade esperada ou percebida da respectiva ação (Porto; Garoupa, 2020, p. 126).

Já quando se fala da estrutura coerente de crenças (Korobkin, 2000, pp. 13-14), deve-se ter em conta as cinco condições necessárias: (1) comensurabilidade (*commensurability*) – capacidade de mensuração das preferências e suas utilidades; (2) transitividade (*transitivity*) – capacidade de comparação das ações; (3) invariância (*invariance*) – fidelidade à escolha tomada; (4) cancelamento (*cancellation*) – impossibilidade de uma opção a partir de características de mesma natureza; e (5) dominância (*dominance*) – prevalência das opções com melhores características.

Isso posto; e na medida em que a nenhum ator é plenamente possível estar a par da totalidade das condições supra referenciadas para a tomada de uma decisão total e perfeitamente racional, Herbert Simon cunhou o termo *racionalidade limitada* (*bounded rationality*) para designar a razão mediana manifestada pelo Homem:

*The term was introduced about thirty years ago to focus attention upon the discrepancy between the perfect human rationality that is assumed in classical and neoclassical economic theory and the reality of human behaviour as it is observed in economic life. The point was not that people are consciously and deliberately irrational, although they sometimes are, but that neither their knowledge nor their powers of calculation allow them to achieve the high level of optimal adaptation of means to ends that is posited in economics. (Simon apud Egidi, 1992, p.3)*

A economia comportamental, assim, preconiza a ideia de que os agentes racionais são sempre maximizadores da utilidade. E isso porque,

se a escolha racional é aquela maximizadora (a que garante o maior nível de utilidade para o agente), quando o cenário de escolha é considerado estaticamente (no qual todas as consequências são previsíveis e mensuráveis) e a decisão é única, sucede uma escolha racional pela máxima utilidade que, portanto, é maximizadora (Vermeule, 2005, pp. 4-5).

Feitas essas breves considerações sobre pressupostos conceituais essenciais da racionalidade limitada e da economia comportamental, pode-se compreender, com mais clareza, que os termos do entendimento jurídico encampados tanto pelo BVerfGE quanto pelo TJUE atendem a um parâmetro de racionalidade que, da sua parte, buscam maximizar a utilidade para o agente da decisão – seja o Estado Federal Alemão, seja a União Europeia (bloco supranacional).

Enquanto o entendimento nacional da Corte Constitucional alemã prestigia a prevalência do ordenamento fundamental (interno) e da soberania nacional do Estado Alemão em detrimento das pretensões administrativas-centralizadoras da União Europeia e da sua autoridade econômico-monetária encarregada da gestão da Zona Euro (BCE) – buscando, com isso, defender a subsistência desse Estado Nacional enquanto ente de direito absoluto-soberano e, dessa forma, maximizar a sua utilidade (como instituição máxima desse próprio Estado) –, a posição do TJUE parte do seu próprio entendimento consolidado acerca do *primado* do ordenamento jurídico-principiológico comunitário, destacando valores de solidariedade e eficiência supranacionais e, portanto, mais amplos – encetando, também de sua parte, uma tentativa de consolidação e destaque da autoridade europeia, maximizando a sua utilidade (também como instituição judicial de cúpula do bloco que é).

Destarte, pode-se concluir que ambas as posições adotadas pelas instâncias judiciais são *a priori* coerentes e, dentro de suas limitações isoladas, racionais com para com seus objetivos primários. Alguma contradição, porém, surge na decisão do BVerfGE quando recordamos que a formação da União Europeia se deu a partir de uma partilha da

soberania nacional (Enes, 2017, p. 120) em favor de um ideal social-econômico-jurídico supranacional e transfronteiriço, cujo estabelecimento positivou e preconizou os compromissos postos nos Tratados e recobrados pelo TJUE em sua decisão.

A partir dessa última perspectiva, poder-se-ia considerar, então, que a decisão da Corte Constitucional Alemã, a partir do momento em que desconsidera os Tratados internacionais com os quais se comprometeu em detrimento do seu, peca sobretudo no que concerne às suas condições de (1) comensurabilidade, (2) invariância e (3) dominância, já que, em algum momento da tomada de decisão interna do Estado Alemão, sucedeu uma quebra da (1) capacidade de mensuração das preferências e suas utilidades (a partir das próprias opções pretéritas do Estado de aderir ao bloco), (2) fidelidade à escolha tomada (compromisso comunitário) e (3) prevalência das opções com melhores características (pois os princípios gerais da União deveriam, em princípio, ser universais).

A esse respeito, lembre-se também que, conforme os próprios Tratados interpretados, uma vez promovido o *reenvio prejudicial* da questão jurídica europeia ao TJUE, é dele a palavra final da interpretação dessas disposições, pelo que a posição alemã pode ser entendida, efetivamente, como um passo atrás na partilha de hierarquia institucional – inobstante o emprego dos argumentos de manutenção da soberania nacional e, *ultima ratio*, do direito de secessão – igualmente positivados nos Tratados.

#### **3.4. Reflexos das decisões na eficiência econômica do bloco e da Zona Euro**

Acerca dos impactos das decisões em comento na organização econômico-monetária-financeira, temos que, *prima facie*, o conflito exegético-epistêmico estabelecido entre as decisões judiciais do BVerfGE e do TJUE exacerbou a falha estrutural dos Tratados em não distinguir

eficazmente os domínios das políticas económica (que seguem sob a atribuição nacional com coordenação europeia, conf. art. 5º TFUE) e monetária (exclusivamente desenvolvida e administrada, na Zona Euro, pelo BCE, para garantia da promoção da estabilidade dos preços<sup>29</sup>.

Essa lassidão dos conceitos, propositadamente promovida para a composição diplomática de interesses, traz espaço para lacunas interpretativas, que por sua vez pendem de preenchimento pela autoridade judicial – aumentando, portanto, o nível de importância das Cortes Constitucionais e do TJUE no *decision making* da UE – esse, sem dúvidas, um segundo reflexo observável a partir desse acontecimento.

Diante dessas lacunas, o TJUE, já anteriormente nos casos *Pringle*, *Gauweiler* e *Weis*, houvera contínua e peremptoriamente favorecido uma interpretação funcional-finalística dos Tratados, lastreada na doutrina do centro de gravidade do ordenamento. Na seara económico-monetária, de conformidade com esse entendimento, é o objetivo declarado da medida, portanto, que vincula a sua repercussão económica ou monetária<sup>30</sup>.

Não obstante, é certo que o TJUE também reconhece, em diversas ocasiões<sup>31</sup>, a efetiva interdependência desses dois domínios (das políticas económica e monetária); entretanto mantém estanque o seu entendimento a partir da diferenciação entre efeitos primários (ou seja, aqueles nomeadamente tencionados e declarados) e secundários (aqueles derivados e eventualmente consecutórios, porém não declarados) das intervenções.

Em um primeiro momento, o BVerfGE suscitou o TJUE, em sede do *reenvio prejudicial*, a manifestar-se no sentido de que efeitos secundários de políticas monetárias no campo económico seriam aqueles estritamente imprevisíveis e não intencionais (“*unforeseeable and*

---

<sup>29</sup> Cf.: artigos 3(1)(c) e 127(1), do TFEU.

<sup>30</sup> Vide, por exemplo, os argumentos expendidos nos §§ 53 e 55 do acórdão C-370/12, *Thomas Pringle vs. Government of Ireland*.

<sup>31</sup> Por exemplo, no § 60 do acórdão C-493/17, *Weiss and Others*.

*unintended*”), forçando um estreitamento conceitual, portanto, na jurisprudência da corte europeia. Todavia, a jurisprudência do TJUE fixou-se exatamente no sentido oposto, respondendo ao BVerfGE que efeitos secundários poderiam, sim, ser previsíveis e conscientes<sup>32</sup>. Daí a origem do embate aperfeiçoado com o julgamento do BVerfGE 859/15 2020.

Desse cenário, extrai-se que o embate da Corte Constitucional Alemã é, por seu turno, uma reação pendular a um movimento iniciado pelo BCE e chancelado pelo TJUE de avançar sobre o domínio econômico a partir de intervenções supostamente monetárias, desgastando a ainda frágil harmonia do quadro institucional de partilha de soberanias e competências arranjado pelo Tratado de Lisboa.

Isso não impede, contudo, de concluir que o entendimento do BVerfGE é excessivamente protecionista e introspectivo, haja vista que ignoradas pelo seu acordão as nuances positivas das intervenções do BCE – nomeadamente do PSPP – para o desenvolvimento e a estabilidade da Zona Euro.

De toda sorte, os efeitos evidentes do posicionamento alemão são (1) o descolamento mais acentuado do BCE do modelo alemão de Banco Central (originalmente muito presente na política do Euro), (2) o reforço da crítica conceitual às políticas monetárias do BCE para a Zona Euro e (3) a exacerbação do protagonismo judicial (das Cortes Constitucionais Nacionais) no processo de integração europeia. Da parte europeia, por sua vez, é possível antever (1) uma maior preocupação das instituições do bloco (BCE e TJUE, sobretudo) em estabelecer um melhor e mais claro diálogo com os Estados-Membros, (2) além de um incremento da dificuldade de expansão puramente burocrática-automatiza da sua autoridade sobre a gestão econômica.

Pela sua própria arquitetura, o PSPP é um programa fortemente lastreado no esforço e na cooperação dos Estados-Membros; e a decisão

---

<sup>32</sup> *Idem, ibidem.*



do BVerfGE apenas tornou ainda mais clara a importância de que os atores nacionais e europeus sigam trabalhar com mútuo respeito e harmonia para a preservação dos interesses maiores do bloco. Mister ressaltar que esse processo político de balanceamento e composição é complexo; e, no próprio caso do PSPP, o Parlamento Alemão expressamente manifestou o entendimento de que as ações do BCE estão em conformidade com o que delas se espera<sup>33</sup>.

Da perspectiva institucional, a partir de uma abordagem econômica de eficiência, extrai-se da análise dos julgados que perde eficácia a gestão econômica centralizada no BCE. Por outro lado, cresce a dispersão e reforço de posição dos Estados Nacionais – e, dentro desses, das cúpulas dos seus judiciários (Cortes Constitucionais), cujas eficácias de suas decisões sobre questões interpretativas dos Tratados ganham fôlego para prosperar também em outros campos.

### **Considerações finais**

Em fecho, o objetivo do trabalho foi analisar duas decisões sobre o Programa de Preços do Banco Central Europeu (PSPP) tomadas por instâncias distintas, o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Tribunal de Justiça da União Europeia. A decisão do BVerfGE decidiu pela inconstitucionalidade do PSPP, mesmo após o TJUE ter declarado a validade do programa dois anos antes.

Observou-se que a integração econômica da União Europeia é um processo que antecede a própria formação do bloco, na década de 1990. A ideia de que um mercado comum evoluiria para uma união econômico-monetária necessitou de uma fórmula concreta para prosperar: um direito comunitário europeu. Nessa integração, a Alemanha assumiu o protagonismo na criação de uma constituição econômica europeia,

---

<sup>33</sup> Vide notícia sobre o fato: [http://www.xinhuanet.com/english/europe/2021-05/19/c\\_139954368.htm](http://www.xinhuanet.com/english/europe/2021-05/19/c_139954368.htm).

visando a garantir as diretrizes econômicas da União, notadamente um mercado com concorrência e a estabilidade de preços.

No curso da integração, competências centrais tradicionalmente associadas à esfera de um Estado-nação soberano foram partilhadas com esse ente supranacional, dentre as quais a soberania monetária. A instituição europeia monetária passou então a exercer tais competências, principalmente emitir e controlar a política cambiária do Euro, nos países do bloco que o adotaram. Com a crise econômico-financeira de 2008-2012, a atribuição do Banco Central Europeu ficou mais destacada. Primeiro, adotou a política de controle orçamental em países de tradição inflacionária. Em seguida, o PSPP, foco da discussão proposta.

Da análise da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, verificou-se que a Corte nacional, apesar de ter historicamente feito diversas ressalvas quanto à partilha de soberania com a União, não havia vedado a implementação de qualquer legislação europeia. Em 2007, com a decisão sobre o Tratado de Lisboa, a Corte alemã teria firmado uma posição sobre a integração requerer necessariamente a participação democrática dos povos nacionais. Essa posição tem como ápice, por enquanto, o acórdão de maio de 2020 que invalidou a participação do *Bundesbank* no PSPP.

A despeito de ambas as decisões sugerirem o uso correto de uma *bounded rationality*, considerando os objetivos de resguardar a soberania do Estado, por parte do BVerfGE, e de afirmar sua competência como intérprete do direito comunitário e como juiz da proporcionalidade das políticas da União Europeia, por parte do TJUE, são notórias também contradições na decisão da Corte alemã.

Depreende-se que o embate entre as duas Cortes, a partir das racionalidades empregadas, tocam em questões sensíveis do bloco, como integração, protagonismo judicial na interpretação do direito europeu e soberania monetária. Mas, a partir da análise econômica do direito, é a eficácia da gestão da política econômica centrada no Banco Central Europeu que perde em favor, nesse movimento pendular, do

protagonismo dos Estados-membros no processo de tomada de decisão fiscal.

### **Referências bibliográficas**

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. Building the Union: the nature of sovereignty in the political architecture of Europe. *In Law and Philosophy* n. 16, 1997.

BENTO, Vítor. Euro Forte, Euro Fraco: Duas culturas, uma moeda. Um convívio (im)possível? Lisboa: Bnomics, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick. Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa. *In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2004.

ENES, Graça. Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia. Almedina, 2017.

FROUFE, Pedro Madeira. Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”), *In UNIO – EU Law Journal*, v. 3, n. 1, janeiro de 2017, p. 114-129.

KOROBKIN, Russell. ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. Law and Economics Research Paper Series. Research Paper N° 00-01. California Law Review. vol. 88. set, 2000.

LOCK Tobias. The Bundesverfassungsgericht on the Lisbon Treaty: Why the European Union is Not a State - Some Critical Remarks. *In Working Papers*, University of Edinburgh, School of Law, 2009.

MacCormick Neil. Beyond the Sovereign State. *In The Modern Law Review*, v. 56, n. 1, January 1993, p. 1-18.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *In* *Novos Estudos* nº 58, novembro de 2000, p. 183-202.

MOURLON-DRUOL, Emmanuel. Rethinking Franco-German relations: a historical perspective. *In* *Policy Contribution Issue*, November 2017.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OKSALA, Johanna. Ordoliberalism as Governability. In: BIEBRICHER, Thomas; VOGELMANN, Frieder (Orgs.) *In* *The birth of austerity: german ordoliberalism and contemporary neoliberalism*. Rowman & Littlefield: Londres, 2017.

POIARES MADURO, Miguel. *Three claims of constitutional pluralism*, 2012.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

SIMON, Herbert A. Introductory Comment. *In* EGIDI Massimo and Marris, Robin (org). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. *In* *San Diego Law Review*. vol. 42. 2005.

VOSSKUHLE, Andreas. Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts. *In* *European Constitutional Law Review*, v. 6, 2010, p. 175-198.

VOSSKUHLE, Andreas. “European Integration Through Law” The Contribution of the Federal Constitutional Court. *In* *European Constitutional Law Review*, v. 58, n. 1, 2017, p. 145–168.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em:  
[https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf)  
f. Acesso em: 30 de out. de 2020.

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA.  
Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF) Acesso em: 30 de out. de 2020.

---

### **Notas sobre os autores**

**MATEO SCUDELER.** Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas e Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (UPorto). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Advogado. Membro do Grupo de Estudos em Direito e Economia IDP/UnB (GEDE). Contato: [mateo@atkr.adv.br](mailto:mateo@atkr.adv.br)

**VICTOR FRANK CORSO SEMPLE (coautor).** Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Pesquisa inscrito no CNPq Percursos, narrativas, fragmentos: história do direito e do constitucionalismo, da Universidade de Brasília (UnB). Estagiário na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Contato: [victorcorsosemple@gmail.com](mailto:victorcorsosemple@gmail.com)

# **A influência de Ronald Coase na reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**

**Tadeu Alves Sena Gomes**

## Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a influência do conceito de custo de transação de Ronald H. Coase sobre a reforma legislativa promovida pela Lei nº 14.112 de 2020, na figura da ação de recuperação judicial e no processo de falências, o que será feito mediante o método dedutivo e do juízo de prognose *ex ante* do que se pode esperar das modificações abordadas. O trabalho leva em consideração a fundamentação da obra do economista Ronald H. Coase e faz a revisão bibliográfica da doutrina falimentar pertinente. Após discorrer sobre o conceito de custos de transação e a ideia de preservação da empresa, a análise exemplificará a aplicação dos conceitos no caso concreto por meio das alterações inseridas nos artigos 60, parágrafo único, 66, § 3º, e 66-A, que guardam relação com a alienação de bens no capítulo da ação de recuperação judicial e no artigo 99, § 3º, que se refere ao plano de alienação dos ativos, no capítulo da falência. Por fim, o ensaio abordará o § 4º do artigo 39 da Lei 11.101/2005, que disciplina as formas alternativas de deliberação da assembleia de credores, dispositivo comum à ação de recuperação judicial e ao processo de falência.

Palavras-chave: Empresarial. Recuperação judicial. Análise econômica.

## Abstract

This paper aims to analyze the influence of transaction cost concept by Ronald H. Coase on the legislative reform of the Judicial Reorganization and Bankruptcy action. This will be done through the deductive method and by the future prognosis judgment of what can be expected from the modifications of the articles of the law mentioned. The work takes account the rationale of the work of the economist Ronald H. Coase and make a bibliographic review of the bankruptcy doctrine. After discussing the concept of transaction costs and the idea of preserving the company, the paper will exemplify the application of the concepts in reality about changes inserted in articles 60, sole paragraph, 66, § 3, and 66-A, which they are related to the sale of assets in the chapter of the judicial reorganization action and in article 99, paragraph 3, which refers to the plan for the liquidation of assets, in the chapter of bankruptcy. Finally, the essay will address § 4 of article 39 of Law 11.101 / 2005, which regulates the alternative forms of deliberation of the creditors' meeting, a common provision for judicial reorganization and bankruptcy proceedings.

Keywords: Business Law. Judicial reorganization. Economic theory.

## Introdução

O ambiente de negócios e o desenvolvimento econômico de um país sofrem grande influência dos resultados que a regulação da insolvência entrega na realidade prática.<sup>1</sup> No Brasil, a Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência da sociedade empresária e do empresário,<sup>2</sup> está na ordem do dia das discussões. Os números evidenciam essa constatação. Foram 7.365 pedidos de recuperação judicial entre 2015 e 2019, ultrapassando-se, assim, os 5.062 pedidos formulados ao longo dos dez anos anteriores à vigência da Lei (2005 a 2014).<sup>3</sup> E essa tendência não dá sinais de mudanças em 2020 e 2021.

A Lei nº 11.101/2005 sofreu recentemente alterações e incrementos com a edição da Lei nº 14.112/2020,<sup>4</sup> que está recebendo a alcunha de reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF). Alguns dispositivos foram preservados e outros substancialmente modificados. Interessa a este trabalho investigar em que medida o legislador reformista sofreu influência do conceito de custos de transação de Ronald Coase no curso da elaboração da Legística.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> A regulação da insolvência é um dos indicadores do relatório “Doing Business” do Banco Mundial, que serve para medir aspectos do ambiente empresarial de 190 economias ao redor do mundo. No *Doing Business 2020*, o Brasil figurou na 77ª posição no quesito resolução de insolvência. O Brasil está atrás dos latinos Chile, Colômbia e Uruguai e de caribenhos como Bahamas e Barbados. BANCO MUNDIAL. *Doing Business Studies, Resolving Insolvency (2020)*. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>. Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>2</sup> Não se ignora a existência de decisões judiciais autorizando o processamento de ações de Recuperação Judicial em favor de agentes econômicos que não estão necessariamente inseridos na moldura da sociedade empresária/empresário, tal como ocorre no processo n. 0093754-90.2020.8.19.0001, em curso na 5ª Vara empresarial do Rio de Janeiro, em que figuram como recuperandas a Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) e o Instituto Cândido Mendes.

<sup>3</sup> SERASA EXPERIAN. Indicadores econômicos. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>4</sup> A Lei 14.112, de 2020, entrou em vigor trinta dias depois da sua publicação oficial, ocorrida em 24/12/2020.

<sup>5</sup> A Legística é definida como o saber jurídico de como fazer as leis, de forma metódica e sistemática, tendo por objetivo aprimorar a qualidade desses atos normativos. Sobre o tema de avaliação de impacto legislativo e regulatório ver: MENEGUIN, F. B.; SILVA, R. S. (org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*.

Ultrapassados 15 anos da edição da lei que introduziu a ação de recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro e sendo esta reformada em 2020, acredita-se que seja atual e relevante analisá-la sob o enfoque das ideias de custos de transação de Ronald Coase.

Para tanto, inicialmente, o presente ensaio abordará o conteúdo do Teorema de Coase, analisando o contexto da sua edição, em 1960, para após chegar ao alcance da compreensão atual, que reconhece a importância do papel da regulação e da definição de direitos na dinâmica dos custos de transação no ambiente negocial.

Para que este artigo aborde em que medida é possível falar da influência do conceito de custo de transação de Ronald Coase na Lei de Recuperação de Empresas e Falências, especialmente após as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 14.112/2020, precede-se também que este ensaio dê o passo de compreender o que seja preservar uma empresa pela teoria geral falimentar.<sup>6</sup>

De posse da análise dos conceitos de custos de transação e da ideia de preservação da empresa, a análise exemplificará a aplicação dos conceitos no caso concreto por meio das alterações inseridas nos arts. 60, parágrafo único, 66, § 3º, e 66-A, que guardam relação com a alienação de bens no capítulo da ação de recuperação judicial e no art. 99, § 3º, que se refere ao plano de alienação de bens dos ativos, no capítulo da falência. Por fim, o ensaio abordará o § 4º do art. 39 da Lei nº 11.101/2005, que disciplina as formas alternativas de deliberação da assembleia de credores, dispositivo comum à ação de recuperação judicial e ao processo de falência.

A roupagem escolhida para este ensaio é a da análise normativa do tipo de juízo de prognose *ex ante*, isto é, de uma perspectiva futura, de

---

Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535244>.

<sup>6</sup> CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). Dez anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 236.



previsão, tendo em conta o momento atual de informação imperfeita, diferenciando-o do momento de realidade perfeita (realidade empírica – *ex post*), haja vista que ainda não é dado saber o que irá acontecer na prática.<sup>7</sup>

Importante destacar que estão fora do objeto deste ensaio diversas inovações realizadas pela Lei nº 14.112/2020, a exemplo dos métodos de resolução adequada de conflitos, constatação prévia, consolidação processual, material (substancial), financiamento do devedor, insolvência transfronteiriça, bem como as suas repercussões fiscais. O foco é exemplificar em que medida as alterações do texto legislativo aqui destacadas sofreram influência do conceito de custo de transação, o que será feito a partir de um juízo de prognose.

## **1. Ronald Coase e os custos de transação**

Inicialmente, é preciso buscar compreender um pouco da história de Ronald Coase para contextualizar a publicação do seu artigo “O problema do custo social”, no *Journal of Law and Economics*, da Universidade de Chicago, ocorrida em 1960, o que lhe rendeu (juntamente com o artigo “A natureza da Firma”, de 1937) o prêmio do Banco Central do Reino da Suécia para as Ciências Econômicas em memória de Alfred Nobel 30 (trinta) anos depois, em 1991.

Ronald Harry Coase foi um economista britânico, filho de pais da classe trabalhadora, que nasceu em Londres, em 29 de dezembro de 1910, e faleceu em 2 de setembro de 2013, na cidade de Chicago, nos

---

<sup>7</sup> “A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos, que pode ser investigado e averiguado por métodos científicos e cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva –, e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa”. GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 15.

Estados Unidos da América (EUA), país no qual se radicou em 1951, após alguns períodos de estudos (entre 1931 e 1932 e, também em 1948).<sup>8</sup>

Apesar de residir por mais de meio século em solo americano, Coase era um autêntico britânico,<sup>9</sup> o que vai dizer bastante sobre sua metodologia isolacionista<sup>10</sup> de estudos que tão caracteriza a identidade da sua obra.

Observe-se que, entre “A natureza da Firma” e “O problema do custo social”, passaram-se quase três décadas e, para a sua escolha pela Real Academia Sueca de Ciências como vencedor do prêmio Nobel de Economia, foram outras três décadas. O próprio Coase anotava que ambos os trabalhos possuem o mesmo objeto, que vem a ser analisar, como tema central, os custos de transação nas operações de mercado, o que é revelador e sintomático para atestar que a celebração da importância dos artigos tenha ocorrido após sessenta anos de um tema de que o autor se ocupou na juventude e no início dos seus estudos em economia.

Não menos sintomático é saber que Coase enviou um *paper* com ideias sobre a eficiência da negociação entre as partes sobre as facetas dos custos de transação não proibitivos – em oposição à ideia prevalecente na ortodoxia econômica clássica de que as externalidades negativas se resolveriam com intervenção direta do Estado (impostos ditos “pigouvianos”) – para revisão cega por pares do *Journal of Law and Economics*, da Universidade de Chicago, o qual refutou o texto por

---

<sup>8</sup> Para um breve histórico da vida de Ronald Coase, ver o estudo introdutório elaborado por Antonio Carlos Ferreira, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e Patrícia Cândido Alves Ferres na obra da coleção Paulo Bonavides: COASE, Ronald Harry. A firma, o mercado e o direito. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>9</sup> “Embora tenha vivido nos Estados Unidos desde meados da década de 1950, ele é tão americano quanto era indiano um britânico que trabalhasse na Secretaria de Estado da Índia, no século XIX”. POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Silva. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 440.

<sup>10</sup> “Ronald é inglês da cabeça aos pés, um isolacionista nato”. STIGLER, George J. Memorirs of an unregulated economist, p. 159 (1988) *apud* POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Silva. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 449.

considerar que havia um erro de premissa da concepção da teoria econômica, tendo sido recomendada a sua correção.<sup>11</sup>

Porém, Coase manteve a posição do seu escrito, o que motivou um jantar de cortesia para expor o conteúdo das suas ideias, que assim foi resumido por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

Em Chicago, Coase foi convidado para uma reunião, à noite, na casa de Aaron Director, para defender suas ideias perante economistas do porte de George Stigler e Milton Friedman. No início da noite, conta Stigler, contagem informal mostrava 20 votos a favor de Pigou e apenas um para Coase – o do próprio. Travou-se nesta noite memorável debate, como se esperaria, com Milton Friedman. Mas ao fim, nova unanimidade fora alcançada: 21 votos a favor de Coase. Coase foi convidado a refinar suas ideias e a publicá-las no novo *Journal of Law and Economics*.<sup>12</sup>

Em que pese tenha sido, portanto, de difícil assimilação a leitura inicial das ideias de Ronald Coase sobre os custos de transação, conforme se pode evidenciar do histórico acima exposto, o fato é que “O problema do custo social” “é o artigo de revista jurídica mais citado de todos os tempos”.<sup>13</sup> Por tudo isso e por razões óbvias de incapacidade deste autor, este ensaio não tem a pretensão de clarificar todas as objeções sobre o teorema de Coase. O objetivo aqui é de simplesmente apresentar o

---

<sup>11</sup> Ver o estudo introdutório elaborado por Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferres na obra da coleção Paulo Bonavides: COASE, Ronald Harry. A firma, o mercado e o direito. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>12</sup> MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 202-203.

<sup>13</sup> NING, Wang. Ronald H. Coase, December 29, 1910–september 2, 2013. *Man and the Economy*, v. 1 n. 1, p. 125-140, 2014, p. 133. “Entre 1976 e 1990, mais de um terço das citações de toda a obra de Coase, conforme registado no Índice de Citações de Ciências Sociais [Social Sciences Citation Index], ocorreu em revistas acadêmicas de direito, não de economia”. POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Silva. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 439. “O artigo de Coase, de 1960, tornou-se um dos mais citados na literatura econômica do fim do século XX”. MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 212.

conceito que serve de premissa metodológica para a análise que se dispõe a fazer da reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

O próprio Teorema de Coase, como é conhecido, não foi propriamente escrito por Coase. O economista Dahlman “cristalizou o conceito de custo de transação ao descrevê-los como custos de busca e informação, custos de barganha e decisão, custos de monitoramento e cumprimento”.<sup>14</sup> Significa, portanto, a economicidade dos meios, que engloba desde a eficiência técnica até a inovação permanente na busca de racionalizar o processo produtivo para as trocas que acontecem no mercado.

Ronald H. Coase,<sup>15</sup> primeiro (em 1937), insatisfeito com o sistema de preços<sup>16</sup> decorrente da dinâmica natural do mercado defendido pela economia neoclássica, buscou dar mais aderência à realidade do porquê empresas existem,<sup>17</sup> derivando daí que a função da criação das empresas por agentes econômicos seria evitar os custos de transação.<sup>18</sup>

Depois, em 1960, contrapondo-se às ideias de Arthur Cecil Pigou em “The Economics Welfare”, Coase descreveu, em “The problem of social cost”, que os agentes econômicos barganhariam<sup>19</sup> de maneira cooperativa

---

<sup>14</sup> COASE, Ronald Harry. A firma, o mercado e o direito. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

<sup>15</sup> COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, p. 386-405, 1937.

<sup>16</sup> Baird e Rasmussen relatam, no artigo “The End of Bankruptcy”, que a motivação inicial de Coase era demonstrar que a ideia de Lenin de transformar a União Soviética em uma enorme fábrica estava fadada ao fracasso.

<sup>17</sup> “É possível pressupor, creio, que a marca distintiva da firma é que esta suplanta o mecanismo de preços”. COASE, Ronald Harry. A firma, o mercado e o direito. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 36.

<sup>18</sup> CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). Dez anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 221.

<sup>19</sup> Barganhar aqui deve ser compreendido em seu sentido econômico, qual seja, de negociação com trocas decorrente de interações entre agentes econômicos em um contexto mercadológico. Ou seja, nada tem a ver com seu sentido mais popular como pechinchar ou regatear. Nas palavras de Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa: “Barganhar é o mesmo que negociar, trocar. Barganha é o termo geralmente usado na *common law* para examinar a formação de um contrato. Ou melhor: é através da teoria da barganha que, na *common law*, se diz ou não da existência de um contrato. Barganha, sob essa perspectiva, é um diálogo em torno do preço de um bem ou serviço”. PORTO, Antônio Maristrello. GAROUPA, Nuno. Curso de análise econômica do direito.

em um hipotético cenário de inexistência de custos de transação, chegando a um resultado eficiente independentemente do que disciplinar a lei.<sup>20</sup>

Já no cenário de custos de transação altos (como acontece na realidade), Coase descreve que as partes não conseguem barganhar, e o resultado da alocação dos recursos dependerá da lei,<sup>21</sup> estipulando ainda que, no mundo ideal, a lei deveria privilegiar aqueles arranjos e desenhos institucionais que permitam extrair um maior ganho/valor para fins de atingir a maximização da eficiência.<sup>22</sup>

Para o teorema de Coase,<sup>23</sup> a função primordial deve ser racionalizar sobre os custos que envolvem decisão, monitoramento, fiscalização e cumprimento das transações de mercado, de modo que a

---

São Paulo: Atlas, 2020, p. 195-196.

<sup>20</sup> “(...) o resultado final (que maximiza o valor de produção) independe do sistema jurídico desde que se assuma que o sistema de determinação de preços funcione sem custos”. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104.

<sup>21</sup> “Nessas condições, a delimitação inicial de direitos tem sim efeitos sobre a eficiência com que o sistema econômico opera”. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 115.

<sup>22</sup> Porque relevante, transcrevem-se os seguintes trechos do artigo “O problema do Custo Social”, que rendeu um prêmio Nobel a Coase: “pareceria ser benéfico que os tribunais tivessem uma boa compreensão das consequências econômicas de suas decisões, bem como que, na medida do possível, sem criar demasiada incerteza sobre a situação jurídica em si, levassem em conta essas consequências ao tomar suas decisões”. e mais adiante “É tudo uma questão de sopesar os ganhos que adviriam da eliminação desses efeitos nocivos com os ganhos que se obteriam por permitir que continuassem” e, por fim, “O que precisa ser decidido é se o ganho obtido em impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outra parte como resultado da interrupção do ato que produziu o dano”. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 119, 130-131.

<sup>23</sup> O economista George Stigler foi o responsável por enunciar o Teorema de Coase: “em condições de concorrência perfeita, os custos privados e sociais são iguais”. STIGLER, George J. *The theory of price*. 3. ed. New York: Macmillan, 1966, p. 113. Todavia, o próprio Coase advertiu que o exemplo de um mundo sem custos de transação serve apenas para simplificar a análise, a fim de destacar a importância dos custos de transação no mundo real: “Não me parece proveitoso gastar muito tempo na investigação das propriedades de um mundo como este. O que meu argumento realmente sugere é a necessidade de introduzir, explicitamente, na análise econômica, os custos de transação positivos a fim de que possamos estudar o mundo que, de fato, existe”. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 16.

alocação ótima permita uma maior eficiência em favor do arranjo social como um todo.

Para abordar o conceito de custos de transação aplicados à ideia de preservação da empresa, impõe-se o desafio de verificar os contornos do significado de preservação da empresa para o direito falimentar.

## **2. A preservação da empresa em crise**

Embora o Livro II da Parte Especial do Código Civil brasileiro seja nomeado de Direito de Empresa, o diploma civil, por opção de política legislativa, não definiu o conceito jurídico de empresa,<sup>24</sup> cabendo à doutrina formatá-lo.<sup>25</sup>

Nada obstante a inexistência de definição legal, o Código Civil, erigindo a empresa à categoria central do direito de empresa,<sup>26</sup> estabeleceu, no art. 966, os pressupostos jurídicos para conceituação da figura do empresário, que, por sua vez, autoriza a aplicação dos regramentos provenientes do direito empresarial.<sup>27</sup>

Para Cassio Cavalli, os juristas influenciados pela teoria econômica neoclássica descrevem a empresa como:

---

<sup>24</sup> O tema é absolutamente conhecido e debatido na doutrina. Por todos, ver a tese de Doutorado de Cassio Machado Cavalli publicada na sua versão comercial: CAVALLI, Cassio. Empresa, direito e economia. Rio de Janeiro: Forense, 2013. A literatura jurídica adjetiva das mais diversas formas a complexidade que é abordar o conceito jurídico de empresa e, por isso, é elucidativa a reflexão de Jorge Lobo sobre os estudos da conceituação da empresa: “por mais desprezioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final”. LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. Revista de Direito Mercantil, v. 40, n. 125, p. 29, 2002.

<sup>25</sup> SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 100.

<sup>26</sup> FIGUEIREDO, Ivanildo. Teoria crítica da empresa. São Paulo: IASP, 2018, p. 199.

<sup>27</sup> “Do exercício da atividade resulta a qualificação do sujeito, a qual constitui, por sua vez, o pressuposto para aplicação das normas integrantes do estatuto do empresário. Por essa razão, sustenta-se que a noção de empresa é decorrente do conceito legal de empresário”. CAVALLI, Cassio. Empresa, direito e economia. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 70.

(a) a organização dos fatores de produção; (b) pelo trabalho do empresário; (c) voltada a obtenção de um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidade alheias; (d) sob o risco do próprio empresário; (e) que colhe os resultados da sua atividade a título de lucro.<sup>28</sup>

Contudo, a ciência econômica possui variadas teorias (econômicas) da empresa, o que permite afirmar que haverá igualmente diferentes conceitos jurídicos de empresas, conforme a escolha da finalidade normativa.<sup>29</sup>

Sob a perspectiva da ação de recuperação judicial e falência (empresa em crise), a teoria econômica dos custos de transação se mostra pertinente em diversos aspectos, sendo o maior exemplo da hipótese de preservação da empresa a integração vertical.<sup>30</sup> Cássio Cavalli destaca:

O que interessa não é quem é o proprietário dos ativos específicos, mas que os ativos específicos continuem sujeitos a um mesmo controlador, que pode ser outro veículo societário que não aquele em reorganização judicial. Nesse caso, mantidos os ativos específicos sob uma mesma hierarquia, haveria economia de custos de transação e maior capacidade de geração de valor de operação.<sup>31</sup>

O mote da ideia de preservar a empresa estaria no aludido axioma de que ela teria mais valor de mercado com a manutenção da íntima

---

<sup>28</sup> CAVALLI, Cassio. Empresa, direito e economia. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 276.

<sup>29</sup> CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). Dez anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 208.

<sup>30</sup> Apesar das conhecidas divergências entre Posner e Coase, cabe a transcrição do seguinte trecho: “The Nature of the Firm” (nota 2) oferecera uma explicação diferente, não monopolística, para a integração vertical. Segundo essa explicação, os administradores trazem uma parte do processo de produção para dentro da empresa, em vez de manter todo o processo terceirizado por meio de contratos com outros produtores, quando os custos de coordenar as diversas partes da produção da empresa através de transações de mercado excedem os custos de coordená-las hierarquicamente”. POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Silva. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 433.

<sup>31</sup> CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). Dez anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 228.

união dos seus fatores de produção reunidos para um determinado fim do que em eventual liquidação de seus ativos em pedaços.<sup>32</sup> Chega-se a dizer que, enquanto atividade empresarial, a empresa, em relação aos seus ativos, vale mais “viva” (em operação) do que “morta” (em liquidação).

Seria, então, o princípio da preservação da empresa aquele valor superior (uma espécie de *valuation*)<sup>33</sup> obtido pela continuidade operacional dos ativos organizados em empresa em detrimento do que seria o valor dos seus ativos separados em outro local. E tal situação, em tese, seria benéfica ao arranjo da sociedade como um todo.

Para alcançar os objetivos eleitos pela Lei nº 11.101/2005,<sup>34</sup> é imperioso que se debruce sobre o conceito de viabilidade econômica do agente econômico em crise, sobretudo porque a ação de recuperação judicial envolve custos que são socializados por todos.<sup>35</sup>

O comercialista Fábio Ulhoa<sup>36</sup> adverte para o fato de que nem toda empresa deve ou merece ser recuperada, destacando que, em última análise, os custos e a taxa de risco acabam sendo repassados para os

---

<sup>32</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. V, p. 183.

<sup>33</sup> Sobre o problema da avaliação, ver: PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e recuperação de empresas. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 214-215.

<sup>34</sup> Sobre o tema, ver: GOMES, Tadeu Alves Sena. A atividade empresarial após a sentença da recuperação judicial: a concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores. 2020. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília-DF-F, 2020.

<sup>35</sup> “(...) a legislação deve ser elaborada, interpretada e aplicada de forma que os ganhos dos beneficiários por ela sejam maiores que as perdas que venham causar (eficiência de Kaldor-Hicks)”. PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e recuperação de empresas. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 29.

<sup>36</sup> “Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo”. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 3, p. 352.



preços finais dos produtos e serviços, fazendo com que o peso de uma recuperação judicial recaia sobre toda a sociedade. Assim, a recuperação judicial só pode ser usada para empresas viáveis,<sup>37</sup> uma vez que seu uso para empresas inviáveis subverteria a ordem normal das coisas, passando aos credores o risco da atividade.

Essa preocupação também é compartilhada pelo Ministro Luis Felipe Salomão,<sup>38</sup> para quem a prática judiciária pode indicar que os credores não se entusiasmassem a emendar seguidos esforços para perseguir o crédito e fiscalizar a recuperação judicial, o que acaba por levar a tramitações alongadas, que não chegam ao fim e que acabam por sugar os ativos da empresa no curso do processo.

Leonardo Adriano Ribeiro Dias<sup>39</sup> observa que a doutrina estrangeira chama atenção para o fato de o risco do valor da empresa recuperanda ser dissipado na tramitação com os custos gerados à atividade em recuperação, a exemplo de desgastes com os parceiros comerciais e pagamentos dos profissionais envolvidos para um bom plano de recuperação (advogados, administrador judicial, contadores, consultores).

Na perspectiva estrangeira sobre a observação do que acontece na reorganização da atividade empresarial na realidade americana, Douglas

---

<sup>37</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e recuperação de empresas. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 227.

<sup>38</sup> “(...) na prática, ordinariamente assistimos a falências que não chegam ao fim, justamente porque se estabelece uma verdadeira “indústria” para extinção dos ativos da empresa, até que ela esteja literalmente “sugada”. Dir-se-á que os credores deverão fiscalizar. Na prática, contudo, sabemos que a dificuldade dessa atuação. Os credores preferem arcar com as perdas experimentadas a continuar com as despesas para perseguir o crédito. Ademais, muito embora a lei estabeleça o prazo de dois anos, a contar do deferimento, para término do processo judicial de recuperação, o fato é que o plano em si pode ter duração muito maior. É preciso, pois, muita vigilância do juiz, administrador e credores”. SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 14.

<sup>39</sup> DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Financiamento na recuperação judicial e na falência. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 59.

G. Baird e Robert K. Rasmussen chamam atenção para a possibilidade de haver o desvirtuamento dos objetivos iniciais da legislação:

*The vast majority of firms in financial distress never enter bankruptcy. Today the Chapter 11 of a large firm is an auction of the assets, followed by litigation over the proceeds. To the extent we understand the law of corporate reorganizations as providing a collective forum in which creditors and their common debtor fashion a future for a firm that would otherwise be torn apart by financial distress, we may safely conclude that its era has come to an end.<sup>40</sup>*

A lição de Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen se mostra relevante quando se questiona sobre a ideia do valor dos ativos que estão presos/bloqueados dentro das empresas em recuperação inexitosa.<sup>41</sup>

Dando vazão às reflexões sobre os custos de transação, os autores destacam que a lei de reorganização corporativa deveria fazer a mesma

---

<sup>40</sup> BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. Law & Economics Working Paper, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020. Em uma tradução livre: “A grande maioria das empresas em dificuldades financeiras nunca entra em processo de falência. Hoje, o Capítulo 11 de uma grande empresa é um leilão dos ativos, seguido por um litígio sobre os rendimentos. Na medida em que entendemos a lei de reorganizações societárias como um meio de fornecer um fórum coletivo no qual os credores e seu devedor comum moldam um futuro para uma empresa que de outra forma seria dilacerada por dificuldades financeiras, podemos concluir com segurança que sua era chegou ao fim”. Em 2006, Rasmussen deixou ainda mais claro que o que ele e Baird escreveram não foi no sentido de que o Chapter 11 deixaria de ser usado na prática, mas que haveria um desvirtuamento do seu uso: “Rather, the essential point is that because of changes in the market and in bankruptcy practice, Chapter 11 would no longer be operating in the fashion intended by those who drafted it”. RASMUSSEN, Roberto K. “The End of Bankruptcy” Revisited. Legal Studies Research Papers Series, n. 16-28, USC Gould School of Law. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2821838](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2821838). Acesso em: 20 jul. 2020. Em uma tradução livre: “Em vez disso, o ponto essencial é que, devido às mudanças no mercado e na prática de falências, o Capítulo 11 não estaria mais operando da maneira pretendida por aqueles que o redigiram”. Em sentido contrário, ver: LOPUCKI, L. M. The nature of the bankrupt firm: a response to Baird and Rasmussen’s the end of bankruptcy. Stanford Law Review, v. 56, n. 3, p. 645-671, 2003.

<sup>41</sup> No original: “The question for us is not how much value is locked inside the firms that flourish, but how much is locked up in firms that fail”. BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. Law & Economics Working Paper, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020. Em uma tradução livre: “A questão para nós não é o quanto de valor está preso dentro das empresas que floresceram, mas quanto está preso nas empresas que faliram”.

pergunta que Coase se fez sobre o porquê uma transação ocorreria no mercado ou dentro de uma empresa.

A questão é descobrir o que realmente teria mais valor para o arranjo social, isto é, se seria manter os ativos específicos de determinada empresa sempre juntos ou se seria melhor que eles retornassem ao mercado.

Os autores nos remetem à reflexão sobre a mudança da estrutura corporativa em pleno século XXI. Eles chamam atenção para o fato de que os ativos especializados de uma determinada empresa, atualmente, são frequentemente intangíveis, o que faz com que a empresa possa ter um elevado valor de mercado (exemplos do tipo *Google, Uber, Amazon*), mas não necessariamente possua ativos fixos e imobilizados (tangíveis) atrativos ao mercado.<sup>42</sup>

Dessa forma, em muitos dos casos, a melhor solução para o arranjo da sociedade não seria buscar preservação da continuidade da empresa, sob o pretexto de que os bens reunidos teriam mais valor em operação do que se retornassem ao mercado. Ainda mais se aquela atividade já for realizada por outro ator do mercado que possuiria um plano empresarial melhor sucedido, como sói ocorrer na regra de competição natural ao capitalismo. Nas palavras dos autores:

*Every small bookstore has a process for acquiring new books, displaying them, and training a workforce to sell them. Know-how locked up in any individual bookstore, however, is not worth saving in a world in which another firm has an operating plan that is both better and scalable. The small bookstore has a firm-specific know-how that will disappear, but this know-how is worthless in a*

---

<sup>42</sup> Douglas G. Baird e Robert K. Rassmussen fazem alusão ao exemplo do Walmart para dizer que esta empresa desenvolveu um sistema que lhe permite operar melhor que seu competidores e, por esse motivo, é a maior empresa dos Estados Unidos, não necessariamente pelos seus galpões ou estrutura física. No original: “WalMart, the nation’s largest corporation, produces nothing. It developed a way of putting manufactured goods into consumer hands at a cost lower than its competitors”. Em uma tradução livre: “Walmart, a maior empresa do país, não produz nada. Desenvolveu uma forma de colocar produtos manufaturados nas mãos dos consumidores a um custo menor que os seus concorrentes”.

*competitive market when a competitor arrives whose know-how is better, even if it is only slightly better.*<sup>43</sup>

Portanto, não em todas as vezes a preservação de empresa será benéfica para o conjunto da sociedade e ao seu desenvolvimento social e econômico. E, em razão disso, a política pública que regulamenta a matéria concursal deve ter sempre em consideração que a função de qualquer empresa é racionalizar sobre os fatores da produção com vistas a proporcionar menores custos de transação.

Acontece que somente no recorte da realidade (investigação empírica) é que será possível reunir condições de decidir sobre a disputa de interesses eventualmente existentes no curso da ação da recuperação judicial. O que se pretende neste ensaio é entregar uma análise de prognose *ex ante* das alterações promovidas sob essa ótica da economicidade dos meios provenientes do conceito de custos de transação.

É natural que cada agente econômico (recuperanda, trabalhadores, credores) busque racionalmente maximizar<sup>44</sup> seus interesses<sup>45</sup> quanto à aprovação ou não do plano de recuperação,<sup>46</sup> sendo os custos de

---

<sup>43</sup> BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. Law & Economics Working Paper, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020. Em uma tradução livre: “Cada pequena livraria tem um processo para adquirir novos livros, exibi-los e treinar uma força de trabalho para vendê-los. Não vale a pena salvar o know-how armazenado em qualquer livraria individual em um mundo em que outra empresa tem um plano operacional melhor e escalonável. A pequena livraria tem um know-how específico da empresa que vai desaparecer, mas esse know-how não vale nada em um mercado competitivo quando chega um concorrente cujo know-how é melhor, mesmo que seja apenas um pouco melhor”.

<sup>44</sup> “Os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora”. GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan/jun. 2010, p. 22.

<sup>45</sup> Ivo Gico Jr. diz, em frase mnemônica, que “pessoas maximizam e mercados se equilibram”. GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 21.

<sup>46</sup> “A restauração da empresa que passa por uma crise econômico-financeira somente será eficiente – e, portanto, viável – se todos estes grupos de interesses organizados vislumbrarem na manutenção da unidade produtiva o modo mais eficiente de

transação um dado absolutamente relevante para política pública definida na lei, que vai importar no desenho institucional de um cenário de ambiente de negócios que envolva menor custos de transação se comparado com outros métodos possíveis.

É dessa forma que este trabalho se interessa pela teoria econômica que prevê a empresa como função de reduzir os custos de transação, tal como concebido por Ronald Coase. E sob essa ótica que se buscará verificar se houve influência do Teorema de Coase na reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

### **3. A reforma da alienação de bens na recuperação judicial à luz dos custos de transação**

É uníssona a intuição de que, independentemente das razões que provocaram a crise econômica, financeira e/ou patrimonial da atividade, a superação desta crise passa pelo incremento de novas receitas. Sendo assim, um dos meios capazes de obter essa nova receita é mediante previsão, no plano de recuperação, da alienação de ativos em geral e/ou da venda de Unidades Produtivas Isoladas (UPIs).

Curiosamente, o levantamento promovido pelo Observatório da Insolvência<sup>47</sup> revelou que somente 12,4% dos planos de recuperação continham a previsão de leilões; 10,3% dos planos tinham previsão de venda de UPIs, sendo que desses, somente 26,6% efetivamente as venderam.<sup>48</sup>

---

maximizarem seus interesses”. PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e recuperação de empresas. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 102-103.

<sup>47</sup> O observatório da insolvência é uma iniciativa do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), no qual se realizou uma pesquisa empírica com a coleta de dados de 906 processos de recuperações judiciais distribuídos nas comarcas do Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017.

<sup>48</sup> Para conferir esses e outros dados da pesquisa, ver: WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. Recuperação judicial

Ora, diante dessa realidade empírica, o legislador reformista não se mostrou satisfeito com o desenho institucional promovido na gênese da Lei nº 11.101/2005, motivo pelo qual a reforma de 2020 ensejou modificações de conteúdo no art. 60, parágrafo único, e promoveu a inclusão do § 3º no art. 66, além da criação do art. 66-A.

A redação original do parágrafo único do art. 60 da LREF assim estipulava: “O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”. A Lei nº 14.112/2020 ampliou a exemplificação da natureza das obrigações que não rendem ensejo à sucessão pelo arrematante, incluindo aí as obrigações originárias de direito ambiental, regulatório, administrativo, penal, anticorrupção, tributário e trabalhista.<sup>49</sup>

A opção do legislador foi deixar expressamente fixado que a opção da política pública para a alienação judicial de bens na recuperação judicial é de que não há sucessão pelo arrematante das dívidas/obrigações contraídas pela devedora, independentemente da origem da natureza da obrigação que eventualmente afetar o bem/patrimônio objeto da alienação.

A constitucionalidade da arrematação de bem do devedor sem sucessão pelo arrematante já havia sido objeto de apreciação pelo STF, que, por meio da ADI nº 3.934, havia considerado constitucional o antigo parágrafo único do art. 60 da LREF, o que já deveria servir de estímulo suficiente para que os eventuais interessados em adquirir bens nesse formato não tivessem receio de ser surpreendidos com eventuais investidas futuras do fisco, de órgãos da administração pública, do Ministério Público ou ainda de ex-empregados.

---

no estado de São Paulo: 2ª fase do Observatório de Insolvência. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte: ano 16, n. 2, p. 167-210, maio/ago. 2019.

<sup>49</sup> O referido dispositivo foi objeto de veto presidencial, que foi posteriormente rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

Contudo, o legislador reformista entendeu por bem reforçar a salvaguarda da segurança jurídica, buscando conferir confiança a todos os agentes econômicos envolvidos na tramitação de uma ação de recuperação judicial de que não remanescem dúvidas para a lógica da não sucessão de toda e qualquer dívida.

A referida alteração legislativa é vetor de segurança jurídica no sentido de que permite a “calculabilidade”<sup>50</sup> pelos interessados, a fim de definir o melhor preço para a aquisição do bem objeto da venda, sem necessidade de conceber particularidades de abatimento do preço em razão de pretensos riscos.

Com isso, o desenho institucional reduz o custo de transação de informação para saber sobre o eventual estágio das dívidas do patrimônio a ser alienado, abrevia os custos de barganha na definição do preço e aumenta a potencialidade de deliberação/adjudicação, otimizando a disputa entre os interessados.

O mesmo raciocínio vale para a inclusão do § 3º no art. 66, que se refere à hipótese de alienação de bens do ativo não circulante por autorização do Juiz, desde que observada a forma pública de alienação do art. 142 da LREF.

Alinha-se à ideia de redução dos custos de transação a escolha, pelo legislador reformista, do desenho institucional que dispõe que a política pública da alienação de bens em ação de recuperação judicial mediante autorização judicial ou prevista em plano de recuperação não pode ser anulada ou tornada ineficaz pelo próprio Poder Judiciário após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos pelo devedor.

---

<sup>50</sup> “A calculabilidade significa o estado ideal em que o cidadão pode saber como e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja surpreendido. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã”. ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 684. A segurança jurídica consiste em valor caro tanto ao direito empresarial como ao direito processual, pois contribui decisivamente para o acesso à ordem jurídica justa.

Essa é a disciplina do art. 66-A, introduzida pela reforma de 2020. Cuida-se de importação do conceito da chamada “*equitable mootness doctrine*”<sup>51</sup> do sistema americano de regulação da insolvência.

O adquirente ou o financiador, que realizou a compra ou recebeu a garantia, despendeu recursos que beneficiaram o devedor e a própria recuperação judicial. Nessa perspectiva, o art. 66-A da Lei nº 11.101/2005 torna esse tipo de negócio não sujeito a anulação ou ineficácia, após a sua consumação, resguardando-se apenas eventuais nulidades para sua invalidação.

A legislação condiciona a hipótese de o adquirente ou financiador estar de boa-fé, na medida em que é regra comezinha em Direito que ninguém pode se valer da sua própria torpeza. Não pode servir, naturalmente, a política pública para admitir comportamentos fraudulentos que busquem o ambiente da recuperação judicial para os malfeitos. O que a lei está a preservar é a boa-fé objetiva, aquela que busca “a proteção da confiança, exigindo-se que as partes atuem de acordo com os padrões usuais”.<sup>52</sup>

A engenharia do desenho institucional do art. 66-A da Lei nº 11.101/2005, sob a perspectiva dos custos de transação, contribui para a melhoria do ambiente de negócios, tendo em vista que deixa expressa a validade dos atos praticados no âmbito da recuperação judicial.

Cuida-se de previsão normativa que busca garantir a segurança jurídica das negociações ocorridas no âmbito da recuperação judicial,

---

<sup>51</sup> “Em uma boa demonstração do conhecido pragmatismo norte-americano, a doutrina do *equitable mootness* corresponde a uma construção jurisprudencial, pela qual se reconhece que determinados recursos interpostos no âmbito de processos falimentares (v.g., *Chapter 11*) tornam-se obsoletos (*moot*), já não podendo levar à anulação de determinados atos, ou à retroação ao *status quo ante*, após sejam estes implementados substancialmente, com fundamento em decisão judicial anterior”. MUNHOZ, Eduardo Sechhi. *Mootness doctrine* e o direito brasileiro: preservação dos atos validamente implementados no âmbito da recuperação judicial. *In*: ELIAS, Luis Vasco (coord.). 10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 116.

<sup>52</sup> WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235.



porque, ao fim e ao cabo, tal preocupação é importante ao conceito de preservação da empresa, pois a alienação de ativos significa a capitalização tão necessária à sobrevivência da atividade empresarial em crise, o que, por sua vez, fortalecerá o interesse dos credores no recebimento dos seus créditos.

#### **4. A reforma da liquidação dos ativos na falência à luz dos custos de transação**

A reforma de 2020 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências estipulou, expressamente, no art. 99, § 3º, uma sistemática para realização da liquidação dos ativos da massa falida, que não poderá ultrapassar o prazo de 180 dias.

Ao prever o prazo máximo de 180 dias para a venda dos ativos da massa falida, a reforma busca resolver um dos grandes gargalos jurídicos do Brasil, que vem a ser o tempo de vida da tramitação dos processos de falência. Agora, está positivado (art. 22, III, “j”) que é dever do administrador judicial proceder à venda de todos os bens do falido no prazo máximo de 180 dias, sob pena de destituição e, naturalmente, prejuízo da sua remuneração, o que lhe motivará a realizar a venda dos ativos no prazo estipulado pela lei.

A mudança do desenho institucional foi simples, mas tem potencialidade de significar substancial alteração na tramitação do processo falimentar.

A sentença de falência nomeará o administrador judicial, que, por sua vez, deverá ser remunerado diante do grau de complexidade do trabalho a ser desenvolvido, observados a capacidade de pagamento da massa falida e o valor de mercado de atividades semelhantes. O teto estipulado pela lei é de 5% do valor da venda dos bens. Esse crédito do administrador judicial permanece com sua natureza extraconcursal e deve ser pago com precedência à classificação dos créditos da falência, o

que o coloca em posição de real vantagem de recebimento dos valores remuneratórios fixados.

A racionalidade esperada é que, ao aceitar o encargo da nomeação, o administrador, naturalmente, visualiza que o ativo a ser realizado da massa falida lhe proporcionará o recebimento efetivo dos valores decorrentes da previsão da sua remuneração. Cuida-se de um incentivo adequado, previsto pela lei, a fim de permitir o desenvolvimento de um trabalho necessário para a efetiva adoção da sucessão de atos que possibilitará a venda de todos os bens da massa falida no mundo dos fatos.

O administrador, no prazo de sessenta dias a partir da sua nomeação, tem o dever de apresentar ao Juiz um plano detalhado de como irá proceder para efetivamente entregar a realização dos ativos no prazo máximo definido pela lei. Cuida-se de apresentação de um trabalho documental, com o cronograma de datas e eventos, que passará confiança ao Juízo e aos interessados na real condição da venda dos ativos a se realizar, considerando as peculiaridades fáticas que devem se apresentar em cada caso.

Se, de um lado, é previsto um incentivo adequado para que o administrador judicial envide esforços na alienação dos ativos da massa falida, de outro lado, a reforma de 2020 estipulou a sanção de destituição, caso não seja observada a venda no prazo máximo de 180 dias, contado da juntada do auto de arrecadação dos bens.

A exceção para não ocorrer a destituição (espera-se, automática) do administrador judicial será uma decisão judicial que reconheça e fundamente a impossibilidade da alienação dos ativos por fato não imputáveis, obviamente, ao administrador. Espera-se e aguarda-se que essas situações sejam excepcionalíssimas para que o prazo cabalístico de 180 dias não seja uma nova hipótese de prorrogação de prazos que tenderiam a ser improrrogáveis, como regra.

A decisão, como todas as manifestações judiciais, deve ser motivada nos fatos delimitados pelo caso concreto, a fim de que tal ato decisório possa ser fiscalizado e controlado pela sociedade, como sói ocorrer em um Estado de Direito.

O que se vê dessa reforma da lei de falência, a título de juízo de prognose, é justamente o que disseram Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen sobre a preocupação que a política pública deve ter com a ideia de otimizar os ativos que ficam presos/bloqueados nos procedimentos concursais.<sup>53</sup>

A preocupação em reduzir os custos de transação com o tempo de fiscalização e monitoramento do processo é que influenciou a concepção do desenho institucional para um modelo mais criativo, que inverta as prioridades no concurso de credores. Primeiro, busca-se – e dedicam-se esforços – a alienação dos ativos, depois preocupa-se com as classificações, os rateios e as distribuições dos créditos provenientes da liquidação dos ativos.

A sistemática introduzida pelo art. 99, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 se encontra dentro do espectro de possibilitar melhores condições ao ambiente de negócio com menores custos de transação, haja vista que a legislação falimentar passa a contar com meios de incentivos e punições que favorecem a alienação dos ativos de forma mais compromissada com a celeridade.

Busca-se limitar o prazo de duração do próprio processo de falência, com vistas a alcançar o objetivo da maximização e rápida realocação dos ativos do devedor falido. Com tal providência, a tendência é de que haja um resultado melhor na realização dos ativos na falência do que se tinha no regime anterior.

---

<sup>53</sup> BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. Law & Economics Working Paper, n. 173, Law School of the University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 5 jun. 2020.

## **5. A reforma do dispositivo da assembleia de credores à luz dos custos de transação**

A dinâmica da assembleia de credores, que é comum à recuperação judicial e ao processo de falência, sofreu substancial reforma no que se refere aos meios mais adequados e condizentes com a modernidade para sua realização.<sup>54</sup> É o caso típico de economicidade dos meios que tão bem se comunica com o conceito de custo de transação de Ronald Coase.

O § 4º do art. 39 da Lei nº 11.101/2005 dispõe que a tomada de decisão típica da assembleia de credores pode ser adotada por meio de termo de adesão,<sup>55</sup> votação realizada por meio de sistema eletrônico ou outro mecanismo que for reputado como seguro.

É justamente o que Coase buscou intuir, por mais óbvio que possa parecer. É preciso ser criativo para imaginar soluções outras para além do que o senso comum aceita (no caso, assembleias presenciais).

Essa mudança legislativa é o que se pode chamar de um sistema de “ganha/ganha”. A possibilidade de meios alternativos, tais como termo de adesão e assembleia a distância, permite que o desenho institucional estimule a redução dos custos de transação da realização do evento pelo devedor, a exemplo de gastos com locação de espaço, contratação de pessoal e demais providências para a realização da assembleia. Ganha-se também porque se oportuniza maior participação dos credores, que não precisam mais incorrer em novos custos para realizar o deslocamento até a assembleia e/ou eventualmente contratar correspondente local. Abre-se, ainda, maior possibilidade de transparência e fiscalização da sociedade e do público em geral das tomadas de decisão, considerando a facilidade de transmissão do evento via canais de *streaming*.

---

<sup>54</sup> É importante dizer que, mesmo antes da vigência da Lei 14.112/2020, as assembleias em modo virtual já estavam ocorrendo, impulsionadas, de certa forma, pela proliferação da pandemia COVID-19. Como exemplo, cita-se a assembleia de credores do grupo Odebrecht (Processo n. 1057756-77.2019.8.26.0100).

<sup>55</sup> A disciplina desse meio está regulamentada no art. 45-A da Lei 11.101/2005.

E tudo isso ocorre sem perder ou diminuir o bem jurídico da segurança na realização do ato ou mesmo sem incorrer em prejuízo aos direitos das partes envolvidas no processo de recuperação judicial e falência, ocasionado o que se conhece como melhoria de Pareto,<sup>56</sup> quando se amplia a eficiência/melhoria/bem-estar de uma das partes sem prejudicar/retirar/diminuir a de outra.

### **Considerações finais**

O presente artigo abordou a influência do conceito de custos de transação de Ronald Coase nas alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 14.112/2020 no texto original da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. A pesquisa cuidou de analisar as alterações inseridas nos arts. 39, § 4º, 60, parágrafo único, 66, § 3º, 66-A e 99, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, sob a ótica da teoria econômica que prevê a empresa como meio de reduzir os custos de transação.

Para tanto, discorreu-se sobre o conceito de custos de transação decorrente do teorema de Coase, que vêm a ser todos os custos envolvidos no processo de informação, barganha, deliberação, fiscalização e monitoramento do processo de uma troca de bens.

Ronald Coase destaca que, no cenário de custos de transação altos (como acontece na realidade), o desenho institucional da lei deveria se preocupar em extrair das circunstâncias presentes o maior valor de ganho para fins de atingir a maximização da eficiência em favor do arranjo social como um todo.

---

<sup>56</sup> Luciano Timm e João Francisco Guarisse discorrem sobre Pareto para os contratos da seguinte forma: “Isso significa que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, somente ocorrerão mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: (i) deixem pelo menos um indivíduo em melhor situação; (ii) não deixem nenhum indivíduo em pior situação. O *ótimo de Pareto* caracteriza-se quando se chega a uma situação em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível”. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 164.

Sob a perspectiva da atividade empresarial em crise, a ideia dos custos de transação se mostra relevante porque a função primordial da empresa seria racionalizar e economizar sobre os custos que envolvem a decisão, o monitoramento, a fiscalização e o cumprimento das transações de mercado, o que é fundamental para o mote da Lei de Recuperação de Empresas e Falências no que se refere à preservação da empresa.

Dando vazão ainda às ideias de custo de transação, exemplificou-se que o desenho institucional concebido pelo legislador reformista para promover as alterações na alienação de bens na ação de recuperação judicial, na liquidação de ativos no processo falimentar e na assembleia de credores, comum a ambos os procedimentos, sofreu influência do conceito de custos de transação de Ronald Coase.

Evidenciou-se, mediante um juízo de prognose, que a reforma de 2020 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências representou uma busca de redução dos custos de transação no que se refere às alterações legislativas que: (i) reforçaram a não sucessão nas alienações judiciais, seja por previsão no plano de recuperação, seja por autorização do Juiz (arts. 60, parágrafo único, e 66, § 3º); (ii) impedem a anulação dos atos de alienação ou gravames praticados e aperfeiçoados na ação de recuperação judicial (art. 66-A); (iii) prescrevem o prazo máximo de 180 dias para alienação dos ativos, sob pena de destituição do administrador judicial em caso de descumprimento (art. 99, § 3º); e (iv) permitem meios alternativos para tomada de decisão própria da assembleia de credores (art. 39, § 4º).

É relevante anotar que a análise normativa realizada foi de uma perspectiva de futuro, ou seja, de previsão de como os tipos legais deverão atuar, o que necessariamente precisará ser acompanhado quando for o momento da avaliação na realidade empírica.

## Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. Law & Economics Working Paper, n. 173, Law School of the University of Chicago.

Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

Acesso em: 5 jun. 2020.

CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). Dez anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015. p. 200-236.

CAVALLI, Cassio. Empresa, direito e economia. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, p. 386-405, 1937.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960.

COASE, Ronald Harry. A firma, o mercado e o direito. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Financiamento na recuperação judicial e na falência. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

FIGUEIREDO, Ivanildo. Teoria crítica da empresa. São Paulo: IASP, 2018.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. *In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1-31*

GOMES, Tadeu Alves Sena. A atividade empresarial após a sentença da recuperação judicial: a concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores. 2020. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília-DF, 2020.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista de Direito Mercantil*, v. 40, n. 125, p. 29, 2002.

LOPUCKI, L. M. The nature of the bankrupt firm: a response to Baird and Rasmussen's the end of bankruptcy. *Stanford Law Review*, v. 56, n. 3, p. 645-671, 2003.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MUNHOZ, Eduardo Sechhi. *Mootness doctrine* e o direito brasileiro: preservação dos atos validamente implementados no âmbito da recuperação judicial. *In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). 10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.*

NING, Wang. Ronald H. Coase, December 29, 1910-september 2, 2013. *Man and the Economy*, v. 1 n. 1, p. 125-140, 2014.



PEREZ, Marcelo Monteiro. Uma contribuição ao estudo de processo de recuperação de empresas em dificuldade financeiras no Brasil. 2007. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e recuperação de empresas. Porto Alegre: Fi, 2019.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. Curso de análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Silva. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RASMUSSEN, Roberto K. “The End of Bankruptcy” revisited. Legal Studies Research Papers Series, n. 16-28, USC Gould School of Law. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2821838](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2821838). Acesso em: 20 jul. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STIGLER, George J. The theory of price. 3. ed. New York: Macmillan, 1966.

SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil (org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 159-178.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. *In*: CARVALHOSA, Modesto (coord.). Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. V. p. 45-90.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 3.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. Recuperação judicial no estado de São Paulo: 2ª fase do Observatório de Insolvência. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte: ano 16, n. 2, p. 167-210, maio/ago. 2019.

WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

---

### **Notas sobre o autor**

**TADEU ALVES SENA GOMES.** Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); Pós-Graduado em Processo Civil pelo Centro de Cultura Jurídica da Bahia (CCJB); LL.M em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV); Advogado; *e-mail*: tg@senagomes.adv.br

**O modelo brasileiro de Neutralidade de Rede para a Análise  
Econômica do Direito**

**Felipe Vieira Pontes**

**Paulo Bernardo Fonseca de Romero**

Resumo

O presente artigo traça o surgimento da Neutralidade de Rede como princípio da arquitetura de rede que, ao longo do tempo, tem cada vez mais se tornando objeto regulatório de interesse Estatal. A análise que é feita deste princípio, enquanto regulação, utiliza conceitos econômicos, aborda inicialmente a discussão a partir do caso americano para, posteriormente, avaliar o caso brasileiro e ainda foca na discussão do mote pós anos 2000, era marcada pela evolução exponencial da internet onde se percebem três principais agentes que estão envolvidos neste debate público, as ISP's, os CP's e os consumidores. A visão de cada agente envolvida é exposta e a conclusão a que se chega é de que não existe resposta exata sobre a regulação da Neutralidade de Rede uma vez que, ao mesmo tempo, diferentes posições de modelo eficiência de mercado e direitos individuais se confrontam.

Palavras-chave: Neutralidade de Rede; Regulação; Análise Econômica.

Abstract

This article traces the emergence of Net Neutrality as a principle of network architecture that, over time, has increasingly become a regulatory object of State interest. The analysis that is made of this principle, as regulation, uses concepts of economics, approaches initially the discussion from the American case to, later, evaluate the Brazilian case and also focuses on the discussion of the post-2000 motto, an era marked by the exponential evolution of the internet where we can see 3 main agents that are involved in this public debate, the ISPs, the CPs and the consumers. The vision of each agent involved is exposed and the conclusion reached is that there is no exact answer on the regulation of Net Neutrality since, at the same time, different positions of market efficiency model and individual rights confront each other.

Keywords: Network Neutrality; Regulation; Economic Analysis.

## Introdução

Atualmente, mais do que nunca, os impactos que a Internet provoca e os debates públicos que ela gera são, não somente, intensos, mas intensificados com a evolução da tecnologia e da capacidade de conectividade global que ela proporciona. Nessa esteira, a Neutralidade de Rede ganha cada vez mais espaço e visibilidade tendo em vista sua essência, o que ela é.

Este princípio da arquitetura de rede, na última década, tem sido alvo de regulação por governos de diversos países, ocasionando em impactos econômicos e sociais a diversos setores da sociedade. Como objeto regulado, este, portanto, é considerado fruto da intervenção do ordenamento jurídico. A partir desta constatação surge uma questão: de que forma o princípio da neutralidade de rede pode ser regulado a fim de que seja eficiente sem que restrinja liberdades individuais?

Esta pergunta, com certeza, não possui resposta exata, mas possuímos ferramentas e exemplos para que a questão seja discutida da melhor forma possível. Desta feita, este artigo utilizará de conceitos da Análise Econômica do Direito Americano para ao final avaliar a situação Brasileira.

Antes de mais nada, é necessário compreender, mesmo que de forma superficial, o que é a Análise Econômica do Direito (AED). A AED, ou como chamada no exterior, *Law and Economics* é campo do conhecimento humano que tem por objetivo usar as variadas ferramentas teóricas e empíricas das ciências econômicas<sup>1</sup> para expandir a compreensão do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a

---

<sup>1</sup> A Análise Econômica do Direito utiliza principalmente de conceitos como eficiência e custos de transação, e teoremas como o de Coase. Eficiência pode ser entendida aqui como otimização de alguma medida de valor; Custos de transação são os custos totais de se realizar uma transação, uma troca, ela abrange tanto coisas mensuráveis como dinheiro e outros bens, quanto as imensuráveis, como por exemplo a incerteza de um resultado, ou barreiras culturais que dificultem esta transação, etc.; E o Teorema de Coase, por sua vez, preceitua que os indivíduos, a custo de transação zero, podem negociar livremente para resolver seus problemas, sem necessitar da interferência do Direito, e o resultado será o mais eficiente.

avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.<sup>2</sup>

A AED, como conhecida hoje, surge como um movimento após o final da Segunda Guerra Mundial liderado por economistas americanos. O movimento ganha expressão no cenário acadêmico Estado-Unidense após os anos 60 com as obras “The Problem of Social Cost”<sup>3</sup>, de Ronald Coase, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”<sup>4</sup>, de Guido Calabresi e “Law and Economics”<sup>5</sup>, de Robert Cooter e Thomas Ulen. A Análise Econômica do Direito ganhou força nos Estados Unidos devido principalmente ao fato do ordenamento jurídico americano ser do tipo *Common Law*, onde os precedentes são utilizados como referência normativa para resolução de casos parecidos.

Posto isto, o artigo pretende abordar logo em seguida a neutralidade de rede em si, portanto, conceituá-la e esmiuçá-la para que este princípio se torne compreensível. Além disso, propõe expor sua evolução histórica, mostrar que apesar de ser um debate em voga, possui origens no final do séc. XIX e, também elucidar o peso que o cenário americano possui dentro do assunto, tanto na influência acadêmica quanto política.

Em seguida, a neutralidade de rede será tratada do seu ponto de vista econômico, e para essa análise ser feita, o presente estudo abordará a questão a partir dos agentes econômicos envolvidos, quais sejam: as fornecedoras de rede ou ISP (*Internet Service Providers*); os provedores de conteúdo ou CP (*Content providers*: aplicativos e serviços *online*), e o destinatário final, o consumidor.

---

<sup>2</sup> Salama, B. M. (2009). *O que é pesquisa em Direito e Economia*. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%20di-reito%2022.pdf?sequence=1>

<sup>3</sup> Coase, Ronald H. (1960) "The problem of social cost." *Classic papers in natural resource economics*. Palgrave Macmillan, London, 87-137.

<sup>4</sup> Calabresi, G. (1961). *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. *The Yale Law Journal*, 70(4), 499-553.

<sup>5</sup> Cooter, R., & Ulen, T. (1988). *Law and economics*.

Após este exame, e anteriormente as conclusões finais, o estudo se detém a avaliar o caso brasileiro dentro de sua devida complexidade, logo, evidenciar como se deu o seu processo de posituação do princípio da neutralidade de rede a partir do trabalho do poder Legislativo, e como este foi consagrado e se encontra presente em nosso ordenamento.

## **1. A neutralidade de rede**

O termo “Neutralidade de Rede” é um princípio de arquitetura de rede, cunhado inicialmente por Tim Wu<sup>6</sup>, que estipula um dever aos provedores de acesso a rede de tratar de forma isonômica os pacotes de dados gerenciados por eles, o que implica a não discriminação destes pacotes quanto a sua origem, destino ou conteúdo.

Para se compreender melhor o conceito, um exemplo recorrentemente utilizado o torna mais compreensível: imagine a rede elétrica de sua casa, subentende-se que ela é neutra ao aparelho que alguém conecte a ela, ou seja, ela não irá diferenciar a corrente elétrica conforme o aparelho de sua casa que necessite de energia para funcionar, não será diferente, portanto, da torradeira para geladeira somente por ser uma torradeira e vice-versa.<sup>7</sup>

O pacote de dados, assim como a corrente elétrica em sua casa não é distinguida pelos aparelhos eletrônicos, não poderá ser discriminado pelos provedores de acesso conforme suas qualidades (origem, destino e conteúdo). As principais formas de fazer essa discriminação são:

- Por velocidade: ocorre quando determinado aplicativo ou site não é carregado da mesma maneira que os demais, podendo ser

---

<sup>6</sup> Wu, T. (2003). *Network neutrality, broadband discrimination*. J. on Telecomm. & High Tech. L., 2, 141.

<sup>7</sup> Pinheiro, G. P. (2008). *Princípio da Neutralidade de Rede na Internet: Uma Análise Regulatória e Concorrencial*, O. Braz. J. Int'l L., 5, 235.

negativa, reduzindo a velocidade de determinados conteúdos, ou positiva, aumentando a velocidade.

- Por preço: cobrando tarifas diferentes por serviço ou aplicação, podendo ser negativa, cobrança de tarifas a determinados conteúdos, ou positiva, isenção de tarifas para estimular o acesso.
- Por bloqueio: restrição de acesso total ao conteúdo.

Apesar deste princípio, hoje em dia, estar ligada ao meio virtual, a ideia por trás dele, da não discriminação das comunicações, não é recente, como aponta Wu (2006)<sup>8</sup>. Este tipo de tratamento é datado do séc. XIX e tem sua origem nos Estados Unidos com as *Common Carries*, empresas ou pessoas que transportavam informação, bens ou pessoas, que eram impedidas de ter um comportamento discriminatório durante o exercício de suas atividades.<sup>9</sup>

Considerando a discriminação de conteúdo como tema que permeia o debate regulatório há muitas décadas, talvez séculos, especificamente, a neutralidade de rede, como tratada aqui, surge com a revolução da era da informação e sua discussão se intensifica juntamente com a evolução da internet, posto que objetivo dela é a preservação do design inicial da internet, o de uma arquitetura aberta.

Como alvo de regulação, a Neutralidade de Rede já é objeto legislado em mais de 20 países, sendo o Chile o primeiro país do mundo a criar uma lei em 2010 sobre o princípio de arquitetura de rede. Apesar de ser um assunto discutido em diversos países, os Estados Unidos se destacam como referência, ou melhor dizendo, um *benchmark* a respeito da Neutralidade de Rede uma vez que lá existe um intenso debate

---

<sup>8</sup> Wu, T. *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. Oxford; Oxford University Press, 2006.

<sup>9</sup> Ramos, P. H. S. (2015). *Arquitetura da Rede e Regulação: a Neutralidade da Rede no Brasil*. São Paulo: FGV

acadêmico e público, tanto político quanto jurídico, o que amplia o bojo para exame.

Assim, o relato do caso americano, mesmo que breve, é indispensável: Nos anos 2000, noções de regulação da Neutralidade de Rede começam a manifestar-se, no entanto somente em 2015, durante o governo Obama, que a *Federal Communication Commission* (FCC), órgão regulador da área de telecomunicações e radiodifusão dos Estados Unidos, estabelece uma regulação mais detalhada.

A regulação titulada de FCC's Open Internet Order reclassificou as ISP's (Internet Service Providers) como serviços de telecomunicações — provedores de utilidade pública — e as proibiu de bloquear acesso a certos conteúdos; de prejudicar ou congestionar o tráfego de dados na internet; além disso estabeleceu “fast lanes” que permitiam a priorização paga de um tráfego de internet sobre outro.<sup>10</sup>

No entanto, em 2017, a FCC, sob o comando do presidente do órgão indicado por Donald Trump, Ajit Pai, decidiu revogar a regulação sobre a Neutralidade de Rede, destituindo as ISPs como serviços de telecomunicações, permitindo-lhes o bloqueio ou o estrangulamento do tráfego de internet. Embora uma pesquisa feita pela Universidade de Maryland tenha mostrado que 8 em cada 10 americanos não aprovam a tomada de decisão da FCC, a instituição continua reticente acerca da escolha.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Schaub, F. (2018). *The implications of the fcc's net neutrality repeal*. Media and Communication, 6(3), 69-72.

<sup>11</sup> BRIAN FUNG, This poll gave americans a detailed case for and against the fccs net neutrality plan the reaction among republicans was striking, washingtonpost.com. Disponível em [www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/12/12/this-poll-gave-americans-a-detailed-case-for-and-against-the-fccs-net-neutrality-plan-the-reaction-among-republicans-was-striking/](http://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/12/12/this-poll-gave-americans-a-detailed-case-for-and-against-the-fccs-net-neutrality-plan-the-reaction-among-republicans-was-striking/). Acessado em 12/05/2021.



## 2. A neutralidade de rede: ponto de vista econômico

O estudo da neutralidade de rede como marco regulatório, isto é, como norma reguladora de relações econômicas, possibilita uma perspectiva que vai além da retratação usual, que seria de um princípio fundamental para a arquitetura de rede.

O cenário econômico da internet, pelo seu caráter inovador e dinâmico, provoca nos economistas profundas reflexões sobre a estrutura e desenvolvimento deste mercado. Nasceu a neutralidade de rede, então, em um contexto de defesa da concorrência e no pressuposto da livre circulação de informação eletrônica.

Porém, surgiu também sob a visão de ser um princípio de *design* de rede e não somente um marco regulatório. Ou seja, sob o entendimento de que seria um fator fundamental para a manutenção de uma internet que garante a livre associação e distribuição de conteúdo.

12

No entanto, esse ideal de arquitetura de rede não foi unânime ao longo da evolução da internet. Por exemplo, durante muitos anos foi comum a prática do “Walled Garden” por parte das fornecedoras de rede nos Estados Unidos, que consistia na prática de fornecer certos conteúdos — aplicativos, sites e ferramentas *online* — com uma qualidade de conexão superior aos demais.

Se por um lado essa prática foi considerada ofensiva aos princípios da arquitetura de rede aberta e da livre concorrência, uma perspectiva econômica sugere que foi de extrema importância para a geração de riqueza e inovação no mercado digital.<sup>13</sup>

Os estudos sobre os fatores econômicos circundantes à neutralidade de rede são vastos, visto que apesar de seu ideal normativo

---

<sup>12</sup> Pinheiro, G. P. (2008). *Princípio da Neutralidade de Rede na Internet: Uma Análise Regulatória e Concorrencial*, O. Braz. J. Int'l L., 5, 235.

<sup>13</sup> Hazlett, T. W., & Wright, J. D. (2011). *The law and economics of network neutrality*. Ind. L. Rev., 45, 767.

de princípio de rede, nunca deixou de ser um marco regulatório, ou melhor, uma interferência do estado no mercado.

Nesse sentido, ao se empenhar uma avaliação dos custos gerados pela neutralidade, é necessário ter como premissa a exclusão que sua prática gera aos direitos de propriedade, entendidos como a capacidade de acesso, retirada, exclusão, gestão e alienação.<sup>14</sup>

A problemática torna-se ainda mais especial por se tratar de um mercado em constante expansão e inovação, o que gera mais dúvidas quanto à capacidade da máquina pública para regulá-lo de maneira eficiente.

Para o presente estudo, portanto, é feita uma revisão de variadas pesquisas sobre os aspectos econômicos da neutralidade, para em seguida entender o modelo regulatório escolhido pelo legislador brasileiro.

Como método didático utilizado para entender tais aspectos, então, opta-se pela divisão do tema a partir dos agentes econômicos envolvidos, quais sejam: as fornecedoras de rede ou ISP, os provedores de conteúdo ou CP e o destinatário final, o consumidor.

Vale lembrar que, em razão da arquitetura aberta da internet, o consumidor final possui potencial para agir como provedor de conteúdo, mas que para esta pesquisa será separado dos provedores de conteúdo pois, em especial quando comparado aos grandes provedores, os usuários possuem interesses e relações econômicas distintas, configurando sentido a esta análise tripartida.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> FAUTH, Luiz Fernando. Neutralidade da rede e liberdade de expressão: uma abordagem a partir da análise econômica do Direito. Brasília, 2012. 152f. -Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público

<sup>15</sup> Easley, R. F., Guo, H., & Krämer, J. (2018). *Research commentary—From net neutrality to data neutrality: A techno-economic framework and research agenda*. Information Systems Research, 29(2), 253-272

## 2.1. Os provedores de rede (ISP)

A prática de uma internet neutra tem como objetivo principal impedir que as provedoras de rede (ISP's) façam contratos verticais com provedores de conteúdo, isto é, um contato direto com uma das pontas da relação econômica que a neutralidade se propõe a regular. A título de exemplo, abaixo está um desenho simples do relacionamento no qual estão envolvidos: ISP's, CP's e os consumidores finais.

Figura 1. Mercado com Neutralidade Absoluta



Fonte: elaboração do autor.

Dentro dessa relação, percebe-se as ISP's como centrais. Dito de outra forma, determinantes para a conexão das CP's / *end users*. Dessa posição — ditas por alguns como privilegiada — parte um pensamento econômico que acredita fielmente que essas empresas atuam sob incentivos econômicos para adotar uma conduta prejudicial à competição dentro do mercado.<sup>16</sup>

No entanto, a percepção desses incentivos não é tão simples e os estudos com análises econômicas apontam que, na realidade, é um mercado sob certas condições que, apenas com uma ideia de neutralidade, sem debates paralelos, não dá as devidas respostas.

---

<sup>16</sup> Atkinson, R. D. (2011). *Economic doctrines and network policy*. *Telecommunications Policy*, 35(5), 413-425.

Especialistas em gerenciamento de dados apontam que os provedores de rede estão sujeitos a um número cada vez maior de dados, e devem suportar também as constantes inovações do mercado de serviços digitais, que exigem ainda mais dessas empresas. Dentre as várias transformações do mercado de rede, são exemplos as chamadas de vídeo e ligações feitas via internet — ou comunicação direta de voz (VoIP) — e o enorme crescimento nos últimos anos.<sup>17</sup>

Hazlet e Wright já defendiam, em 2011, quando a FCC iniciou a regulação das práticas das ISP's quanto à neutralidade, que não enxergavam muito sentido em tal posição da agência. Diziam que a oportunidade de entregar um conteúdo melhor e mais rápido, priorizando-o dentro de uma estrutura limitada, nada mais é do que o desempenho regular da atuação de mercado das provedoras de rede.<sup>18</sup>

Em relatório mais recente, aponta-se, de maneira semelhante a Hazlet e Wright, que os incentivos para uma prática de discriminação ou bloqueio de conteúdo não são muito claros. Há, de fato, a integração vertical entre ISP's e CP's, mas o suposto *trade off* envolvido na prática de discriminar outro conteúdo, não afiliado diretamente à provedora, não se sustenta da mesma forma.

Se por um lado a integração vertical pode aumentar a receita e o investimento das ISP's, a prática de discriminação ou bloqueio de conteúdos não filiados os quais os usuários têm costume de usar não se sustentaria tão facilmente, desde que consideradas certas condições de competição entre as provedoras.<sup>19</sup>

Em outro *trade off* em que se envolveriam as ISP's, há uma discussão se existe um incentivo para a fragmentação da internet, isto é,

---

<sup>17</sup> Economides, N., & Hermalin, B. E. (2012). *The economics of network neutrality*. The RAND Journal of Economics, 43(4), 602-629

<sup>18</sup> Hazlett, T. W., & Wright, J. D. (2011). *The law and economics of network neutrality*. Ind. L. Rev., 45, 767.

<sup>19</sup> Hazlett, T. W., & Wright, J. D. (2011). *The law and economics of network neutrality*. Ind. L. Rev., 45, 767.

as provedoras de conteúdo permitirem acesso a muitos conteúdos exclusivos, criando nichos de usuários que não possuem acesso aos mesmos produtos ou plataformas digitais. D'Annuzio and Russo e outros demonstram, sob várias situações de mercado, que a regulação da neutralidade não aparenta ser muito necessária ou suficiente, mas que, mesmo assim, torna este cenário menos provável de acontecer.

Por conseguinte, em uma visão generalizada do mercado das ISP's, sob uma ótica do que Ronald Coase nos apresentou como custos de transação, é necessário compreender os obstáculos impostos nas trocas feitas por essas empresas.<sup>20</sup>

Em cenário sem adaptação aos custos de transação, as trocas podem não ter uma alocação ótima de recursos, a depender da estratégia escolhida pela empresa e do cenário de competição em que se encontram. Por exemplo, em um cenário de grande competição, a estratégia de excluir ou limitar conteúdos se revela com maior custo, veja-se:

*“Compared to the monopoly case, the existence of other, competing network providers may increase the costs of exclusionary behavior in the complementary market. Due to a variety of factors such as the existence of switching costs or the ability to use discrimination instead of exclusion, the costs of exclusion will still be lower than is commonly assumed.”(Schewick 2011, p.375 e 376)<sup>21</sup>*

Fato é, no entanto, que a competição do mercado de fornecedores de rede, no Brasil, não revela grande caráter competitivo, dado que será tratado mais à frente.

Outro ponto interessante é o dito custo de troca, ou “switching costs”, que será abordado sob a ótica dos consumidores, que absorvem

---

<sup>20</sup> Coase, Ronald H. (1960) "The problem of social cost." Classic papers in natural resource economics. Palgrave Macmillan, London, 87-137

<sup>21</sup> Van Schewick, B. (2006). *Towards an economic framework for network neutrality regulation.* J. on Telecomm. & High Tech. L., 5, 329.

tais custos em mercados que impõe dificuldades para a troca de empresas prestadoras do serviço.

O desenho do mercado das ISP's, portanto, impõe altos custos fixos: infraestrutura para rede e o suporte para um número cada vez maior de aplicações para processar. A competição entre as empresas existentes, por outro lado, irá impor alguns custos marginais, como a capacidade de excluir ou discriminar conteúdos e o resultado dessa prática na receita final da empresa.

A neutralidade de rede — agindo como limite de possibilidades para atuação das ISP's — é sem dúvida um fator de custo dessas empresas. Como bem fundamentado por Cooter e Ulen (2000, p 166-169)<sup>22</sup> (FAUTH DISSERTAÇÃO 130), qualquer limitação ao direito de propriedade deve ser indenizada pelo Estado. Caso não ocorra, os investidores e consumidores internalizarão tais custos.

É notória a limitação ao direito de propriedade sobre as ISP's em um cenário de neutralidade, não sendo por acaso que ISP's configuram o ponto mais sensível do debate sobre a Neutralidade de Rede. Os custos internalizados em casos de uma regulação mal estruturada podem ter consequências danosas para a circulação de capital e maximização de recursos que essas empresas podem realizar.

Por essa razão, Luiz Fernando Fauth já destacava que qualquer proposta de regulação deve ser pautada sobre transparência e segurança jurídica, de forma a dar incentivo às inovações do mercado de rede dentro das balizas estabelecidas, que visam à proteção da liberdade do consumidor.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Cooter, R., & Ulen, T. (1988). *Law and economics*.

<sup>23</sup> FAUTH, Luiz Fernando. Neutralidade da rede e liberdade de expressão: uma abordagem a partir da análise econômica do Direito. Brasília, 2012. 152f. -Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público

## 2.2. Os provedores de conteúdo

Os provedores de conteúdo se situam de maneira diferente na relação econômica regulada pela Neutralidade de Rede, compondo uma das edges e sendo afetado de maneira diferente pela existência ou não de uma regulação de neutralidade.

Figura 2. Mercado com Possibilidade de Priorização de Conteúdos



Elaboração do autor.

O principal *trade off* para as CP's surge da perspectiva de se a Neutralidade de Rede gera mais inovação para esse mercado. Essa é uma das principais afirmações dos defensores dessa regulação da rede, razão pelo qual grandes empresas de conteúdo digital se posicionam em favor da Neutralidade, como a Netflix, Google e Facebook.<sup>24</sup>

O que estudos dessas condições de mercado demonstram é que, realmente, uma regulação de neutralidade pode levar a mais inovação, pois cria condições para empresas menores terem mais espaço no

---

<sup>24</sup> CECILIA KANG, F.C.C. Repeals Net Neutrality Rules, nytimes.com. Disponível em <https://www.nytimes.com/2017/12/14/technology/net-neutrality-repeal-vote.html> / <https://exame.com/tecnologia/empresas-de-tecnologia-brigarao-por-neutralidade-da-rede/>. Acessado em 10/05/2021.

mercado, visto que essas dificilmente teriam acesso aos contratos feitos diretamente com as CP's.<sup>25</sup>

No entanto, esse ganho não é tão simples, pois, como já referido nesse estudo, o mercado das CP's está em constante evolução, gerando demandas cada vez maiores por provedores de rede com capacidades de transmissão de conteúdos mais pesados e exigentes.

Destarte, a adoção de um mercado regulado pela NR, ao mesmo passo que gera condição para inovações vindas de CP's com baixo poder de investimento, pode gerar condições adversas para o surgimento de conteúdos e ferramentas digitais com alta exigência de rede. Instrumentos de telemedicina, por exemplo, demandam uma rede sem congestionamento em razão do trabalho desenvolvido, que pode não admitir conexão lenta e instável.<sup>26</sup>

Fato é que os provedores de conteúdo estão em um mercado peculiar. Tratando de empresas e organizações de conteúdo digital e aplicativos, é de praxe dizer que atuam sob custos fixos altos, mas custos marginais baixíssimos de distribuição e produção no ambiente digital. O resultado dessa dinâmica é a possibilidade de uma significativa economia de escala.<sup>27</sup>

Repisando, serve de exemplo o desenvolvimento de um aplicativo de alta complexidade ou utilidade. O custo para sua produção pode ser relativamente alto, envolve investimento em capital humano de elevadíssima qualificação, em estrutura tecnológica de ponta, em pesquisas de necessidades do mercado etc. Porém, após realizadas as etapas mais onerosas, a manutenção e distribuição de um aplicativo é

---

<sup>25</sup> Easley, R. F., Guo, H., & Krämer, J. (2018). *Research commentary—From net neutrality to data neutrality: A techno-economic framework and research agenda*. Information Systems Research, 29(2), 253-272

<sup>26</sup> *Idem* (2018)

<sup>27</sup> Van Schewick, B. (2006). *Towards an economic framework for network neutrality regulation*. J. on Telecomm. & High Tech. L., 5, 329.



muito menos barata em comparação aos produtos “físicos”, criando uma relação de alto custo fixo e baixo custo marginal para as CP’s.

Partindo de um ponto no qual não haveria escassez no mercado de rede, é possível a aplicação de um enorme esforço pelas CP’s para o desenvolvimento de inovações. Noutra giro, a ausência de flexibilidade adaptativa por parte dessas empresas pode ser fatal.<sup>28</sup>

Porém, como informado, as ISP’s alegam que há escassez crescente no mercado de rede, justamente em razão das CP’s estarem inovando e criando demandas cada vez maiores por conexão de alta qualidade e estabilidade. A manutenção dessa inovação está diretamente vinculada à proposta da neutralidade de rede, mas o financiamento das CP’s também possui características peculiares. As conhecidas *startups* são tradicionalmente financiadas pelo *venture capital*, e dessa relação surgiram empresas de conteúdo inovadoras.

Porém, as provedoras de conteúdo consolidadas conseguem financiamento de duas formas principais: fornecendo espaço para propaganda e publicidade em sua plataforma ou cobrando taxa de acesso, normalmente feita por assinaturas periódicas e autorrenováveis.

29

Com a internet neutra, entende-se que serão menores as barreiras de entrada no mercado -- especialmente pelos altos custos de infraestrutura -- pois as CP’s de menor porte, com algum investimento inicial significativo, já estará em condição de competir em boas condições com as grandes corporações, desde que agregue no seu serviço qualidade de valor para os usuários.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Drumond, I. (2015). *Neutralidade de Rede: Finalidade, Eficácia, Efetividade e Eficiência*. The Law, State, and Telecommunications Review, 7(1), 38.

<sup>29</sup> D’Annunzio, A., & Russo, A. (2015). *Net Neutrality and internet fragmentation: The role of online advertising*. International Journal of Industrial Organization, 43, 30-47.

<sup>30</sup> Ramos, P. H. S. (2015). *Arquitetura da Rede e Regulação: a Neutralidade da Rede no Brasil*. São Paulo: FGV

Porém, a neutralidade também pode ter externalidades negativas, pois poderia impedir a sustentação de CP's que exigem níveis elevados de rede e que agregam alta sensibilidade no serviço, não admitindo eventuais falhas na conexão. Tanto é verdade que no IGF (Fórum de Governança na Internet) 2018 já se delinearão debates sobre a flexibilização da neutralidade frente ao uso do 5G.<sup>31</sup>

Por conseguinte, importa retomar que a regulação da neutralidade da internet cuida diretamente da relação entre ISP's e CP's, de forma a buscar proteger os interesses do consumidor final. A cobrança de taxas por parte das ISP's poderia priorizar as CP's com grande capacidade financeira em detrimento às demais. No entanto, como visto, os incentivos para se excluir CP's de menor porte não são claros, e a possibilidade de priorizar conteúdos pode se tornar de extrema relevância em cenários de escassez - para o qual o futuro aponta.

### **2.3. Os usuários**

Os usuários da internet estão no ponto mais sensível da relação comercial entre as provedoras de rede e de conteúdo. Em caso de discriminação de certos dados sem qualquer controle, direto ou indireto, serão eles os afetados, conquanto em caso de imposição de uma neutralidade extrema, sem adaptação para conteúdos sensíveis e possibilidade de acesso prioritário aos serviços essenciais, serão eles os afetados.<sup>32</sup>

A priorização é vista, destarte, como meio de obtenção de vantagem por parte das ISP's. Essa vantagem é considerada indevida em muitos

---

<sup>31</sup> Pigatto, J. T. (2020). *Análises de evolução dos temas 'neutralidade da rede' e 'proteção de dados' no Fórum de Governança da Internet: de 2013 a 2018*. Teknokultura, 17(2), 149-158.

<sup>32</sup> Ramos, P. H. S. (2015). *Arquitetura da Rede e Regulação: a Neutralidade da Rede no Brasil*. São Paulo: FGV

casos, pois ocasionaria em competição desleal para as provedoras de conteúdo e acesso limitado para os usuários.<sup>33</sup>

Dentro de um cenário com pouca competição, há também os já referidos *switching costs*, ou “custos de troca”, que é o valor ou as dificuldades impostas pelas empresas para a desvinculação do usuário.

Nesse contexto, pode se configurar claramente como uma prática abusiva, porém, Shewick alerta que um mercado competitivo e forte é capaz de mitigar qualquer imposição de custos de troca para os consumidores pois não seria uma prática rentável e sustentável pelas ISP's.<sup>34</sup>

No entanto, a priorização pode ter outro aspecto, sendo um mecanismo que oferece mais opções de transmissão para as CP's, mais opções de adequação de infraestrutura para as ISP's e por fim, mais opções de serviços para os usuários. Porém, um fator é determinante para que tal cenário se configure: um mercado competitivo e transparente das ISP's.<sup>35</sup>

Para aferir as vantagens que o consumidor pode obter da priorização de conteúdo, deve-se ter em mente sempre a possibilidade de escolha, elemento básico da autonomia individual e, destarte, do mercado como um todo.

O consumidor poderia, em tal estrutura, escolher para quais conteúdos requer um acesso direto, sem *delays* e sem limites, e mesmo assim continuar com a possibilidade de acessar os demais, mesmo que sem tais requisitos. Não por acaso a regulação Europeia é suplementada por especificações quanto à transparência necessária na atividade das

---

<sup>33</sup> Baake, P., & Sudaric, S. (2018). *Net neutrality: Prioritization is beneficial from an economic perspective*. DIW Weekly Report, 8(25/26), 231-237.

<sup>34</sup> Van Schewick, B. (2006). *Towards an economic framework for network neutrality regulation*. J. on Telecomm. & High Tech. L., 5, 329.

<sup>35</sup> *Idem*. (2018)

ISP's. Esse fundamento deve ser fundamental para a escolha dos usuários do serviço contratado.<sup>36</sup>

Dito de outra maneira, Hazlett afirma que tolher a possibilidade de um usuário contratar um serviço específico, para o qual é benéfica a priorização, deveria ser condição básica do mercado de rede. Da mesma forma, permitir às ISP's que priorizem determinados conteúdos, para que o usuário o utilize com maior eficiência, também deveria ser uma estrutura básica da relação entre essas empresas e os usuários.<sup>37</sup>

Fato é que a neutralidade de rede limita essa relação de confiança e transparência entre os usuários e as ISP's, pois parte da premissa de que tais empresas, pelo caráter próprio do mercado no qual estão inseridas, estão sob fortes motivações para agir de forma desleal e contra a ampla concorrência.

Portanto, em ambientes de efetiva concorrência entre as empresas, a estratégia de priorização não seria prejudicial aos usuários, pois teriam diversas opções de serviço para contratar, mas essa prática deve estar acompanhada de transparência de informações sobre os serviços ofertados pelas ISP's.<sup>38</sup>

### **3. O modelo brasileiro de Neutralidade de Rede**

O legislativo brasileiro passou a dar importância ao debate sobre neutralidade de rede no ano de 2009, quando surgiram as primeiras discussões sobre direito civil e o uso da internet. Nesse ano, teve início uma consulta *online* e colaborativa, que se diferencia de muitas outras

---

<sup>36</sup> Olmos, A., & Castro, J. (2013). *Net Neutrality in the EU-Country Factsheets*. Rapp. tech. OpenForum Academy.

<sup>37</sup> Hazlett, T. W., & Wright, J. D. (2011). *The law and economics of network neutrality*. *Ind. L. Rev.*, 45, 767.

<sup>38</sup> Baake, P., & Sudaric, S. (2018). *Net neutrality: Prioritization is beneficial from an economic perspective*. *DIW Weekly Report*, 8(25/26), 231-237.

realizadas até então pelo engajamento que obteve, auxiliando de forma inédita no trabalho dos parlamentares.<sup>39</sup>

Após a redação do projeto foi traçado ainda um longo caminho deliberativo até a redação final do Marco Civil da Internet, onde está consagrado o princípio da neutralidade de rede, dado pela redação final de 23/04/2014.

Não há no texto legal a definição de critérios para a aplicação da neutralidade, mas sim a transferência de competências para a Anatel e à CGI.br para que esses órgãos escolham os critérios técnicos para a discriminação do tráfego de internet. Destarte, a Anatel lançou nova consulta pública, dessa vez com intuito de esclarecer os caminhos para a devida regulação da neutralidade.<sup>40</sup>

Por conseguinte, foi aprovado o Decreto nº 8.771, de maio de 2016, que regulamenta o Marco Civil para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes. (DECRETO Nº 8.771, maio de 2016. Presidência da República.)

Como visto, diversos autores que analisaram a neutralidade de rede de um ponto de vista econômico alegam que não há critérios claros para a necessidade de tal regulação. Alguns vão adiante, como Baake, Pio, Sudaric, Sloboda que dizem que em um cenário de alta competitividade a possibilidade de priorizar determinados conteúdos é positiva para os três agentes em questão: ISP,s; CP's e consumidores. Destarte, é sabido que não há grande competitividade no cenário de fornecimento de rede no Brasil, veja-se:

---

<sup>39</sup> CRUZ, Francisco Carvalho de Brito. Direito, Democracia e Cultura Digital: A experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet. Programa de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2015.

<sup>40</sup> PROPOSTA DE CONSULTA PÚBLICA À SOCIEDADE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO PREVISTA NO MARCO CIVIL DA INTERNET. Anatel. Março de 2015.

Figura 3. Operadores

	Operadora	Controlador	Celulares (Milhares)
1ª	Vivo	Telefônica	79.682
2ª	Claro*	América Móvil	66.338
3ª	TIM	Telecom Italia	51.728
4ª	Oi	-	38.564
5ª	ALGAR	Algar	2.765
6ª	Sercomtel	Fundo Bordeaux (Nelson Tanure)	50
7ª	MVNO's	Datora, Safra, Surf, America Net e outras	1.431

Fonte: <https://www.teleco.com.br/opcelular.asp>

Figura 4. Overview of Telecommunications in Brazil



Fonte: [https://www.gov.br/anatel/pt-br/dados/acompanhamento/relatorios-de-acompanhamento/2020#R2020\\_9](https://www.gov.br/anatel/pt-br/dados/acompanhamento/relatorios-de-acompanhamento/2020#R2020_9)

Como explicitado pelos gráficos supra, não há um mercado de fato competitivo para as ISP's brasileiras. As motivações para tanto são diversas e impróprias para os objetivos do presente estudo. No entanto, importa para aferir que as práticas de priorização de conteúdo podem ser prejudiciais ao consumidor caso não sejam reguladas.<sup>41</sup>

No entanto, Luiz Fernando Fauth alertava que a regulação feita por órgão administrativo pode gerar constante insegurança jurídica e dúvidas

<sup>41</sup> Baake, P., & Sudaric, S. (2018). *Net neutrality: Prioritization is beneficial from an economic perspective*. DIW Weekly Report, 8(25/26), 231-237.

sobre os critérios aplicáveis para a neutralidade. Destarte, a opção legislativa por uma neutralidade bastante restritiva, para a qual as exceções são criadas pela Anatel, não configura um cenário muito previsível para as ISP's, o que pode gerar deficiência na geração de valor dessas empresas e, conseqüentemente, em todo o mercado de rede do país.<sup>42</sup>

O que também se revela é que o modelo de neutralidade de rede brasileiro não abre muitas opções para quem deve ser razão *per si* da regulação, isto é, o consumidor final.

Como sabido pela ciência econômica ortodoxa, conferir aos indivíduos a possibilidade de tomar suas próprias decisões e assim aumentar seu bem-estar é, na grande maioria das relações econômicas, a forma mais eficiente de alocar os recursos.

Dito isso, a legislação brasileira aborda os valores da transparência por parte das ISP's, mas transfere boa parte da responsabilidade pela relação com os usuários à Anatel, de forma que a autarquia age como intermediária de interesses, o que em muitos casos pode ocasionar no decaimento da eficiência dessas empresas para a geração de valores.

O modelo brasileiro, por conseguinte, por estar em lei, é consideravelmente taxativo, mas transfere muitas responsabilidades à Anatel. Entende-se, pela literatura econômica aqui abordada, que essa estratégia de regulação, denominada *ex ante*, pode ser eficaz para conter práticas anticoncorrenciais em mercados de pouca competição, mas também podem se demonstrar incapazes de acompanhar as necessidades que um mercado tão inovador e dinâmico propõe.

---

<sup>42</sup> FAUTH, Luiz Fernando. Neutralidade da rede e liberdade de expressão: uma abordagem a partir da análise econômica do Direito. Brasília, 2012. 152f. -Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público

## Conclusões

A proposta de analisar a neutralidade de rede é sempre complicada, pois engloba tanto questões regulatórias e concorrenciais como valores como liberdade de expressão, privacidade e inviolabilidade do conteúdo.

Por essa razão, percebe-se em muitas das bibliografias aqui utilizadas de embasamento essa contradição, e a dificuldade de compatibilizar conceitos de muito valor. Dentre eles, a aferição dos economistas, em muitas ocasiões, demonstrou a falta de necessidade empírica de uma regulação da neutralidade, como é o caso de Hazlett.

A resistência para práticas regulatórias é de praxe de economistas, e acompanham o debate sobre neutralidade de rede há um bom tempo. Não por acaso, em 2007, foi publicado o “Economist Statement on Network Neutrality Policy”, assinado por uma série de economistas, na qual eles alertam para os impasses de se realizar uma regulação taxativa.<sup>43</sup>

Concluem dando uma orientação ao Estado, dizendo, em suas palavras (BAUMOL *et al*):

*We believe the issues raised in the net neutrality debate can be effectively addressed by using antitrust authority where appropriate, allowing Internet pricing flexibility, and fostering more efficient use of spectrum to facilitate entry into the broadband market.*

*Our basic message is that government should allow firms to experiment with different business models for Internet services. Allowing such market flexibility is likely to be the best way to insure efficient innovation on the information superhighway.*

Esse posicionamento não sumiu com o passar dos anos, razão pela qual os estudos mais recentes alertam que a regulação taxativa anterior pode criar condições adversas para a inovação e para o crescimento do mercado das fornecedoras de rede.

---

<sup>43</sup> Baumol, W. J., Litan, R. E., Cave, M. E., Cramton, P., Hahn, R. W., Hazlett, T. W., ... & Savage, S. (2007). *Economists' statement on network neutrality policy*.



Argumentam, em geral, que práticas de priorização podem criar condições frutíferas para o mercado como um todo, e, destarte, a mera proibição tem potencial para inibir tais evoluções, como no estudo de Easley, Guo e Kramer; Baake e Sudaric; Economides e Hermalin.<sup>44</sup>

Fato é, no entanto, que o legislador brasileiro optou por consagrar em lei a impossibilidade das ISP's praticarem atos de priorização de determinados conteúdos, salvo às exceções da Anatel. Pedro Henrique Soares Ramos, em um dos mais célebres trabalhos sobre neutralidade de rede no Brasil, defende o valor da neutralidade, mas alerta que a neutralidade não é um princípio de rede, muito menos uma discussão binária.<sup>45</sup>

A discussão, para ele, deve estar sempre aberta e os operadores dispostos a encontrar as melhores soluções. O que os estudos econômicos esclarecem, porém, é que a transferência da responsabilidade para definição dessas soluções inibe a eficiência do modelo como um todo, e o caso brasileiro certamente se enquadra nessa situação.

Ou seja, por mais que se consagre a transparência das ISP's para com o consumidor nos incisos II e III do art. 9º do Marco Civil da Internet, a grande responsável por gerenciar a prática das ISP's quanto à neutralidade é a Anatel.

Contudo, a análise econômica alerta há um bom tempo, como visto, que um órgão administrativo é menos eficiente para lidar com as constantes necessidades e inovações do mercado digital do que os operadores diretos -empresas e consumidores.

---

<sup>44</sup> Easley, R. F., Guo, H., & Krämer, J. (2018). *Research commentary—From net neutrality to data neutrality: A techno-economic framework and research agenda*. Information Systems Research, 29(2), 253-272; Baake, P., & Sudaric, S. (2018). *Net neutrality: Prioritization is beneficial from an economic perspective*. DIW Weekly Report, 8(25/26), 231-237; Economides, N., & Hermalin, B. E. (2012). *The economics of network neutrality*. The RAND Journal of Economics, 43(4), 602-629.

<sup>45</sup> Ramos, P. H. S. (2015). *Arquitetura da Rede e Regulação: a Neutralidade da Rede no Brasil*. São Paulo: FGV

Alerta também que a regulação *ex ante* da neutralidade, isto é, -- que cria critérios anteriores a sua aplicação -- enrijece o modelo e diminui a possibilidade dos operadores do mercado para se adaptarem às constantes mudanças impostas pelo mundo digital.

Porém, apesar de existirem modelos que apontam para a maior eficiência de um mercado que permite as práticas de discriminação e priorização de certos conteúdos, conferindo liberdade para empresas e usuários, esses mesmos modelos apontam também para outro ponto: a competição. Como visto, o mercado de telefonia e rede no Brasil apresenta baixo número de empresas competidoras, mas as razões para tal cenário são demasiadas complexas para o presente estudo abordar.

Fato é, por conseguinte, que esse baixo número de empresas limita a possibilidade de usuários e impõe maior necessidade de controle das empresas para proteção dos consumidores. Esse controle, porém, não se traduz em maior qualidade de serviços, pois essa qualidade advém de um mercado competitivo, de uma relação transparente e da liberdade de escolha das empresas e dos consumidores envolvidos nessa relação econômica.

### **Referências bibliográficas**

ALTMAN, E., LEGOUT, A., & Xu, Y. (2011, May). Network non-neutrality debate: An economic analysis. In International conference on research in networking (pp. 68-81). Springer, Berlin, Heidelberg. [https://doi.org/10.1007/978-3-642-20798-3\\_6](https://doi.org/10.1007/978-3-642-20798-3_6)

Atkinson, R. D. (2011). Economic doctrines and network policy. *Telecommunications Policy*, 35 (5), 413-425. Disponível em <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2011.03.003>.

BAAKE, Pio; SUDARIC, Slobodan. Net neutrality: Prioritization is beneficial from an economic perspective. *DIW Weekly Report*, v. 8, n.

25/26, p. 231-237, 2018. Baumol, W. J., Litan, R. E., Cave, M. E., Cramton, P., Hahn, R. W.,

HAZLETT, T. W., SAVAGE, S. (2007). Economists' statement on network neutrality policy. AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. RP07-08. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=976889> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.976889>

BRIAN FUNG, This poll gave americans a detailed case for and against the fccs net neutrality plan the reaction among republicans was striking, [washingtonpost.com](http://washingtonpost.com). Disponível em [www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/12/12/this-poll-gave-americans-a-detailed-case-for-and-against-the-fccs-net-neutrality-plan-the-reaction-among-republicans-was-striking/](http://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/12/12/this-poll-gave-americans-a-detailed-case-for-and-against-the-fccs-net-neutrality-plan-the-reaction-among-republicans-was-striking/). Acessado em 12/05/2021.

CALABRESI, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, 70 (4), 499-553. Disponível em <https://doi.org/10.2307/794261>

CECILIA KANG, F.C.C. Repeals Net Neutrality Rules, [nytimes.com](http://nytimes.com). Disponível em <https://www.nytimes.com/2017/12/14/technology/net-neutrality-repeal-vote.html> / <https://exame.com/tecnologia/empresas-de-tecnologia-brigarao-por-neutralidade-da-rede/>. Acessado em 10/05/2021.

CHERUVALATH, R. (2018). Internet neutrality: a battle between law and ethics. *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, 31(1), 145-153. Disponível em <https://doi.org/10.1007/s11196-017-9531-z>

COASE, Ronald H. (1960) "The problem of social cost." *Classic papers in natural resource economics*. Palgrave Macmillan, London, 87-137. Disponível em [https://doi.org/10.1057/9780230523210\\_6](https://doi.org/10.1057/9780230523210_6)

COOTER, R., & ULEN, T. (1988). Law and economics. Scott, Foresman  
Glenview, IL

D'ANNUNZIO, A., & RUSSO, A. (2015). Net Neutrality and internet  
fragmentation: The role of online advertising. *International Journal of  
Industrial Organization*, Volume 43, 2015, Pages 30-47. Disponível em  
[https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S01677187150008  
92](https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718715000892)

de LIMA, C. R. P. (2018). Os desafios à neutralidade da rede: o modelo  
regulatório europeu e norte-americano em confronto com o Marco Civil  
da Internet brasileiro. *Revista de Direito, Governança e Novas  
Tecnologias*, 4(1), 51-71. Disponível em  
[https://pdfs.semanticscholar.org/d659/153173751b4b9ccdffb4dc6a5f  
74e3b3eec.pdf](https://pdfs.semanticscholar.org/d659/153173751b4b9ccdffb4dc6a5f74e3b3eec.pdf)

DRUMOND, I. (2015). Neutralidade de Rede: Finalidade, Eficácia,  
Efetividade e Eficiência. *The Law, State, and Telecommunications  
Review*, 7(1), 38. Disponível em <https://core.ac.uk/reader/231264130>

EASLEY, R. F., GUO, H., & KRÄMER, J. (2018). Research commentary—  
From net neutrality to data neutrality: A techno-economic framework and  
research agenda. *A Techno-Economic Framework and Research  
Agenda Information Systems Research*, 29(2), 253-272. Disponível em  
<https://doi.org/10.1287/isre.2017.0740>

ECONOMIDES, N., & HERMALIN, B. E. (2012). The economics of network  
neutrality. *The RAND Journal of Economics*, 43(4), 602-629. Disponível  
em [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1756-  
2171.12001](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1756-2171.12001)

ESCOBAR-BRIONES, R., & Conde-Menchaca, N. M. (2020).  
COMPETENCIA Y SU IMPACTO EN LA INVERSIÓN EN REDES DE  
TELECOMUNICACIONES EN UN ENTORNO DIGITAL. *Revista de Direito*,

Estado e Telecomunicações, 12(2). Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/337598119.pdf>

FAUTH, Luiz Fernando. Neutralidade da rede e liberdade de expressão: uma abordagem a partir da análise econômica do Direito. Brasília, 2012. 152f. -Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público

HAZLETT, T. W., & WRIGHT, J. D. (2011). The law and economics of network neutrality. *Ind. L. Rev.*, 45, 767. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indilr45&div=35&id=&page=>

OLMOS, A., & CASTRO, J. (2013). Net Neutrality in the EU-Country Factsheets. *Rapp. tech. OpenForum Academy.*

PIGATTO, J. T. (2020). Análises de evolução dos temas 'neutralidade da rede' e 'proteção de dados' no Fórum de Governança da Internet: de 2013 a 2018. *Teknokultura*, Vol. 17, Nº. 2, 2020 , 149-158

PINHEIRO, G. P. (2008). Princípio da Neutralidade de Rede na Internet: Uma Análise Regulatória e Concorrencial, *O. Braz. J. Int'l L.*, 5, 235. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/brazintl5&div=14&id=&page=>

RAMOS, P. H. S. (2015). Arquitetura da Rede e Regulação: a Neutralidade da Rede no Brasil. São Paulo: FGV (Dissertação de Mestrado).

SALAMA, B. M. (2009). O que é pesquisa em Direito e Economia. *Cadernos Direito FGV Estudo* 22, v.5, n.2, março de 2008, disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%20direito%2022.pdf?sequence=1>

Schaub, F. (2018). The implications of the fcc's net neutrality repeal. *Media and Communication*, 6(3), 69-72. Disponível em <https://doi.org/10.17645/mac.v6i3.1560>

Van Schewick, B. (2006). Towards an economic framework for network neutrality regulation. *J. on Telecomm. & High Tech. L.*, 5, 329. Disponível em

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jtelhte15&div=18&id=&page=>

WU, T. (2006). *Who controls the internet? Illusions of a borderless world.* Oxford; Oxford University Press. Disponível em <https://doi.org/10.1108/sd.2007.05623kae.001>

WU, T. (2003). Network neutrality, broadband discrimination. *J. on Telecomm. & High Tech. L.*, 2, 141. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jtelhte12&div=9&id=&page=>

---

### **Notas sobre os autores**

**FELIPE VIEIRA PONTES.** Graduando do 6º semestre do curso de Direito da UnB (Universidade de Brasília); integrante do GEDE (Grupo de Estudos em Direito e Economia) e do GPRAJ (Grupo de Pesquisa em Retórica, Argumentação e Juridicidades); Editor gerencial da RED/UnB (Revista dos estudantes de Direito da Universidade de Brasília) e estagiário no escritório Figueiredo & Velloso Advogados Associados.

**PAULO BERNARDO FONSECA DE ROMERO.** Graduando 3º semestre do curso de Direito do IDP, integrante do GEDE e do grupo de estudos Pensando os Clássicos. Estagiário no escritório Meneghetti, Maranhão, Maciel e Trigo.

# **Licitações com orçamento sigiloso e negociação: uma análise de teoria dos leilões para o caso de valores privados**

**Maurício Soares Bugarin**

**Adriana Cuoco Portugal**

## Resumo

Este artigo objetiva comparar, sob o ponto de vista econômico, os mecanismos de contratação de uma obra ou serviço por meio de licitação. São consideradas a licitação simples sem preço de reserva, com preço de reserva anunciado, com preço de reserva secreto e, por fim, a com preço de reserva secreto, mas com possibilidade de negociação. É adotada a hipótese de valores privados simétricos, independentes e identicamente distribuídos. A análise teórica e as simulações sugerem uma superioridade da inclusão de preços de reserva, sendo mais vantajoso anunciar o preço de reserva se esse preço for baixo, e mais vantajoso manter o preço de reserva secreto se esse preço for elevado. A negociação *ex-post* no modelo com preço de reserva secreto se mostra desfavorável por induzir um aumento nos lances dos participantes. Nota-se que quanto maior a competição, menores as diferenças entre os resultados.

Palavras-chave: licitações públicas; preço de reserva anunciado; preço de reserva secreto; negociação em licitações.

## Abstract

This article aims to compare, from an economic point of view, the contracting mechanisms for a work or service through a bidding process. Simple bidding without reserve price, with announced reserve price, with secret reserve price and, finally, with secret reserve price, but with the possibility of negotiation, are considered. The hypothesis of symmetric, independent, and identically distributed private values is adopted. Theoretical analysis and simulations suggest a superiority of including reserve prices, being more advantageous to announce the reserve price if this price is low, and more advantageous to keep the reserve price secret if this price is high. Ex-post trading in the secret reserve price model is unfavorable for inducing an increase in participants' bids. The greater the competition, the smaller the differences between the results.

Keywords: public bids; advertised reserve price; secret reserve price; negotiation in bids.

## **Introdução: o vai e vem do valor de reserva secreto e o instituto da negociação**

A Lei nº 14.133/2021, que estabeleceu normas gerais de licitação e contratação para a administração direta, autárquica e fundacional, apresenta inovações preocupadas com a eficiência econômica das contratações públicas, como o estabelecimento de uma nova modalidade de licitação (diálogo competitivo), ou de um critério de julgamento por maior retorno econômico (para permitir firmar contratos de eficiência), ou ainda da obrigação de se definir em contrato a matriz de riscos e responsabilidades entre as partes (equilíbrio econômico-financeiro inicial em vista de eventos supervenientes).

A Lei nº 13.303/2016, conhecida como a Lei das Estatais, já previa também aquele critério de julgamento e a obrigação da matriz de risco, expandindo-se agora a toda a Administração Pública tais institutos. Na linha dessas alterações, havia uma expectativa de que, também para a administração direta, autárquica e fundacional, fosse aplicada a ideia do sigilo dos valores estimativos das contratações, previsto na Lei das Estatais e introduzido pela Lei nº 12.462/2011, referente a um regime diferenciado de contratação – RDC para acelerar contratações para a Copa do Mundo.

Em contraposição à lei de licitações e contratos anterior, a Lei nº 8.666/1993, que previa a total publicidade dos elementos da licitação e do contrato, a Lei do RDC e a Lei das Estatais previam o sigilo da estimativa do valor da contratação, contendo textos muito semelhantes nesse sentido.

No entanto, a Lei nº 14.133/2021 promoveu uma reversão, pois a estimativa do valor do contrato somente poderá ser sigilosa se houver justificativa para tanto.

Um aspecto interessante nessa reversão pode ser observado no próprio processo de sanção da lei proposta pelo Congresso. Houve o veto do inciso que estabelecia que o orçamento sigiloso seria tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento das propostas. Esse veto acaba por reforçar um sentimento de que o sigilo do orçamento não é realmente desejável



à luz da nova lei, já que não se restringe o momento da publicidade da estimativa.

Vários questionamentos emergem: será que houve a prevalência da ideia de publicidade dos atos administrativos? Será que algumas experiências de contratação foram determinantes para isso, como, por exemplo, certa frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo? Será que foi considerada alguma teoria econômica que já aponta pela desvantagem do sigilo em licitações? Será que houve dificuldades operacionais de se empreender o sigilo? Ou ainda, será que a conjunção desses fatores desencorajou o uso do sigilo?

A lei de acesso à informação, Lei nº 12.527/2011, pode ser um fator de relevo nesse contexto, na medida em que estabeleceu elementos para a transparência das ações governamentais como base da boa governança, sendo expressamente indicado que o sigilo deve ser a exceção e não a regra.

Sobre a frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo, um exemplo emblemático é o resultado evidenciado por Souza (2013), em relação ao uso do RDC pela Infraero, quando comparou licitações empreendidas antes e depois do uso dessa forma de contratação, em que se empregou o sigilo nos orçamentos. A conclusão foi que houve uma redução importante no patamar de descontos das empresas vencedoras em relação ao preço orçado pela Infraero quando comparado com licitações empreendidas em momentos anteriores com orçamentos públicos, resultando em contratações mais caras sob a égide do sigilo. Dessa forma, o que se alcançou foi em sentido oposto ao que se esperava com o estabelecimento do sigilo, uma vez que havia uma expectativa de melhoria da vantajosidade dos contratos para a Administração.

Essa expectativa foi construída diante de uma perspectiva econômica coincidente com uma recomendação da OCDE<sup>1</sup>. Para essa organização, o orçamento sigiloso é indicado como forma de minimizar os danos decorrentes

---

<sup>1</sup> Conforme sugestões constantes do documento “*Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*” (Diretrizes para combater conluíus nos certames para contratação pública), disponível em [https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044 .pdf](https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf). Acesso em 08/04/2021.

do comportamento cartelizado de empresas e da prática de elevação dos preços, como foi apontado por Rezende (2013). Também se esperava que haveria incentivos para o licitante “mergulhar no preço”, numa espécie de “maldição do vencedor” decorrente da disputa<sup>2</sup>, até para garantir que seu preço ficasse abaixo do valor máximo estabelecido pela Administração, como apontado por Nóbrega (2015).

No entanto, em sentido oposto, Rezende (2013) já indicava que o grau de corrupção da sociedade poderia não permitir o efeito mitigador que se esperava sobre o comportamento cartelizado, na medida em que os integrantes do cartel poderiam obter informações privilegiadas de agentes públicos corruptos.

Nessa linha, Nóbrega (2015) também já indicava desvantagens do sigilo, uma vez que o “mergulho” nos preços poderia aumentar o risco de seleção adversa das empresas contratadas que ofertassem preços eventualmente inferiores aos seus custos de produção, requerendo reequilíbrios contratuais posteriores ou abandono dos contratos. Esse autor alertava também para o fato de que, em sendo os preços de mercado razoavelmente conhecidos pelos licitantes, as vantagens do sigilo obtidas em estudos de diversos tipos de leilões ficam muito fragilizadas, não se podendo concluir pela adequação desse instituto sob o ponto de vista estritamente econômico.

Vários outros estudos econômicos, baseados na teoria de leilões<sup>3</sup>, já foram desenvolvidos para se analisar a condição de sigilo do preço de reserva do leiloeiro, o que, no contexto das licitações públicas, representa manter o valor estimado pela Administração em sigilo. Naqueles estudos, alguns compilados no trabalho desenvolvido por Silva (2011), algumas simplificações foram necessárias para permitir a solução matemática dos modelos, tendo

---

<sup>2</sup> Aplicada às licitações públicas, essa maldição representaria fechar um contrato por um valor inferior ao que realmente custa.

<sup>3</sup> Nessa teoria, a lógica é invertida em relação às licitações públicas, uma vez que, para leilões os pagamentos decorrem do maior lance, enquanto nas licitações os contratos acontecem a partir do menor preço proposto.

sido obtidas conclusões diversas acerca do sigilo dos preços de reserva dos leilões.

Riley e Samuelson (1981) apontaram que, quando há simetria entre os participantes, neutralidade ao risco e independência entre as valorações desses participantes, revelar o preço de reserva traria uma receita para o leiloeiro maior ou igual do que se o preço fosse ocultado no caso de leilão de primeiro preço<sup>4</sup>. Milgrom e Weber (1982) também afirmaram que revelar informações, entre elas, o próprio preço de reserva, seria sempre melhor para o leiloeiro que mantê-lo em sigilo nos chamados modelos de afiliação, em que não haveria aquela independência das valorações dos diversos participantes, ou seja, um participante, de alguma forma, considera os lances dos seus competidores para formulação do seu próprio lance. Elyakime et al. (1994) obtiveram que o preço de reserva público seria melhor que o secreto para efeito de receita esperada do leiloeiro, distinguindo as estratégias dos leiloeiros das dos participantes, que tenderiam a fazer lances menores que suas valorações.

Já Vincent (1995), prevendo leilões com valores comuns em vez de privados<sup>5</sup> e adotando que um leilão de preço de reserva secreto poderia ser representado como um jogo bayesiano<sup>6</sup>, mostrou que manter o preço de reserva em sigilo poderia aumentar a receita do leiloeiro por induzir a uma maior participação de interessados no leilão, abordando um tipo de leilão menos intuitivo, chamado de segundo preço, em que o vencedor paga o valor anunciado pelo segundo colocado no leilão. Também Brisset e Naegelen (2006), considerando participantes avessos ao risco e com valores privados e independentes, concluíram que, caso a aversão relativa constante ao risco fosse suficientemente alta, a política de manter em sigilo o preço de reserva seria ótima.

---

<sup>4</sup> Tipo mais intuitivo de leilão, uma vez que o valor pelo qual a compra é fechada é o próprio lance vencedor.

<sup>5</sup> Valores privados são independentes entre si, enquanto valores comuns pressupõe que os valores dos participantes são interdependentes de alguma forma.

<sup>6</sup> Em que um jogador não sabe exatamente a valoração dos demais jogadores, mas tem crenças acerca delas, crenças essas que são representadas por distribuições de probabilidade.

Por fim, Silva (2011) concluiu que o sigilo do preço de reserva poderia proporcionar maior receita esperada ao leiloeiro a partir de uma modelagem com funções de distribuição de probabilidade em malhas, para permitir abordar a interdependência das valorações dos participantes de uma forma mais geral do que aquela empreendida por Milgrom e Weber (1982). O resultado obtido decorre do fato de que o sigilo do preço de reserva provoca incerteza sobre seu valor, o que promove lances mais elevados pelos participantes do leilão, resultado esse que seria afetado pelo patamar do preço de reserva. Também o número de participantes altera os resultados, na medida em que, quanto maior a quantidade de competidores, maiores as receitas esperadas dos leiloeiros.

Esses estudos demonstram existir diversos fatores econômicos que afetariam os resultados das licitações. Mas há também diversas questões simples e operacionais que tem o potencial de afetar a decisão do legislador em relação a escolha pelo sigilo ou não das estimativas dos valores das licitações.

Uma dificuldade operacional típica é a de se manter efetivamente o sigilo de orçamentos de grandes empreendimentos cujas dotações orçamentárias constem de leis orçamentárias anuais ou planos plurianuais, ou de obras cujo padrão de construção ou uso irrestrito dos sistemas referenciais do governo<sup>7</sup> já permitem conhecer, com grande aproximação, os valores envolvidos.

Também se observou uma dificuldade operacional decorrente de se manter o preço de reserva em sigilo concernente à fase de negociação com as empresas após a apresentação das respectivas propostas, dadas a premissa de que a contratação não deve superar o valor estimado pela Administração e a previsão legal de que a estimativa somente poderia ser pública imediatamente após o encerramento da licitação. Para suplantar esse entrave na negociação, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU

---

<sup>7</sup> Como o SICRO e o SINAPI, disponibilizados, respectivamente, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT e pela Caixa Econômica Federal – CEF.

precisou firmar a possibilidade de tornar público o orçamento já na fase da negociação<sup>8</sup>, ampliando a possibilidade de uso desse instituto.

Todos esses fatores acabam por apontar a importância de se entender os mecanismos econômicos envolvidos nas licitações públicas com o objetivo de estudar a vantagem de se prever na legislação brasileira a possibilidade de sigilo das estimativas dos valores das contratações públicas. O que se espera é identificar em que situações o sigilo pode ser adequadamente empregado, uma vez que é esse o elemento discricionário atribuído à Administração Pública com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Este trabalho se propôs, então, a modelar as licitações públicas a partir da teoria dos leilões, procurando simular as ações dos diversos agentes envolvidos a partir de considerações sobre os seus comportamentos enquanto agentes econômicos estratégicos. Uma consideração importante diz respeito à independência entre os valores propostos pelos diversos licitantes, prevendo-se que cada participante tem sua própria formação de custos representada por distribuições de probabilidade genéricas e não interrelacionadas.

Inicialmente foi estabelecida uma modelagem matemática paradigma em que o preço de reserva do governo não é imposto aos licitantes no momento da disputa, ou seja, não há esse critério limitador para definir um vencedor. Nessa condição, são calculados os valores que as licitantes estão dispostas a cobrar, representada pelo “lance” estratégico que elas apresentarão na disputa, bem como o pagamento esperado do governo. São exemplificados os resultados no caso simplificado em que as distribuições de probabilidade dos custos dos licitantes são uniformes. Avalia-se também o benefício líquido do governo, comparando-se o valor que será pago pelo futuro contrato com o que seria o preço de mercado do objeto sob licitação, permitindo simular aquele benefício líquido para diferentes valores de mercado e diferentes números de licitantes, obtendo-se que quanto maior o número de licitantes, mais baixos são os lances dos jogadores e, portanto, menor será o custo para o governo.

---

<sup>8</sup> Acórdão nº 306/2013 - Plenário, disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em 08/04/2021.

Partindo dessa modelagem, agrega-se a condição imposta pela legislação no sentido de que não se pode contratar um serviço com preço acima de um determinado valor, ou seja, o governo estabelece um preço de reserva e o anuncia aos licitantes. São feitas, então, comparações dos resultados dessa modelagem com aquele modelo paradigma, permitindo revelar que a inclusão do preço de reserva leva a um maior benefício para o governo que a ausência de preço de reserva. No entanto, a comparação também mostra que a vantagem do modelo com preço de reserva anunciado somente se manifesta quando a competição é pequena.

Em seguida, associa-se ao modelo com preço de reserva a condição de tal preço ser sigiloso, ou seja, não ser de conhecimento das licitantes no momento da disputa, que passarão a considerar tal valor também como uma variável aleatória. Para o caso de a distribuição do preço de reserva secreto ser uniforme, obtém-se que o preço de reserva secreto reduz o pagamento esperado do governo, pois o sigilo funciona como se o jogador licitante estivesse enfrentando mais um competidor (o próprio governo), gerando mais agressividade ao seu lance. Mas há também um efeito contrário ao resultado com o sigilo do preço de reserva, podendo tornar esse instituto desfavorável ao governo, a depender de vários elementos, mas, em particular, do valor do preço de reserva: se elevado, o melhor resultado é o obtido com o sigilo; se baixo, o melhor resultado é obtido com a divulgação do preço de reserva.

Finalmente, modela-se o comportamento dos jogadores quando existe a possibilidade de o vencedor da licitação, se tiver apresentado lance acima do preço de reserva secreto, ainda poder abaixar seu lance para o valor do preço de reserva e assim ser contratado. Nesse caso conclui-se que essa possibilidade de negociação reduz a competição na licitação, aumentando seu custo esperado, de forma que a negociação se torna desfavorável no modelo de valores privados independentes.

Para apresentar esses resultados, o restante do trabalho está distribuído em mais cinco seções: a seção 2 trata do modelo de licitação sem preço de reserva; a seção 3, do modelo de licitação com preço de reserva anunciado pelo governo; a seção 4, do modelo de licitação com preço de

reserva sigiloso; a seção 5 introduz a negociação *ex-post* no modelo de licitação com preço de reserva secreto e, por fim, na seção 6 são apresentadas as considerações finais e propostas de extensões futuras para a pesquisa.

### **Licitações sem preço de reserva: o modelo básico**

Inicia-se a modelagem teórica supondo que o governo não impõe qualquer valor de reserva (máximo) ao bem/serviço sendo adquirido.

O governo deseja adquirir um bem ou serviço por meio de uma licitação pública, da qual participam  $n$  licitantes. No que se segue, usa-se indiscriminadamente o termo “obra” para representar o bem ou o serviço que está sendo adquirido pelo governo.

Cada licitante  $i = 1, 2, \dots, n$  consegue fornecer a obra incorrendo um custo  $X_i$ , de forma que  $X_i$  é o menor valor que  $i$  está disposto a receber pelo fornecimento. O valor  $X_i$  é modelado como uma variável aleatória distribuída no intervalo  $\Omega = [\underline{\omega}_i, \overline{\omega}_i] \in \mathbb{R}_+$  com função de distribuição de probabilidade  $F_i(\cdot)$ . A distribuição  $F_i(\cdot)$  pode ser vista como uma descrição dos possíveis custos que o licitante  $i$  deve arcar para conseguir fornecer a obra antes de conhecer ao certo suas especificidades, ou seja, em uma perspectiva *ex-ante*. Essa distribuição  $F_i(\cdot)$  é também a perspectiva que os demais jogadores  $j \neq i$  têm a respeito das probabilidades dos custos que  $i$  incorre para prover o objeto ou serviço, uma vez que se trata de um ambiente de informação incompleta em que um jogador não observa os custos dos demais.

No modelo de valores independentes, postula-se que cada participante possui sua própria distribuição de probabilidades  $F_i(\cdot)$  sobre seus possíveis custos e que cada distribuição é estatisticamente independente das demais.

No modelo de valores privados, admite-se, ademais, que um jogador observa a realização de seu próprio valor, mas não consegue observar qualquer informação a respeito do custo dos demais jogadores, conhecendo apenas as distribuições *ex-ante*  $F_i(\cdot), i = 1, \dots, n$ .

Já no modelo de valores simétricos adota-se a hipótese (bayesiana) de que todos os participantes são *ex-ante* idênticos, o que se traduz em supor  $\underline{\omega}_i = \underline{\omega}$ ,  $\overline{\omega}_i = \overline{\omega}$  e  $F_i = F$ ,  $i = 1, \dots, n$ . Seja  $\Omega = [\underline{\omega}, \overline{\omega}]$ .

Nota-se que a independência diz que cada realização  $c_i$  da variável aleatória  $X_i$  é uma retirada independente da mesma distribuição  $F$ . Postula-se ainda que a função  $F$  admite uma densidade de probabilidade contínua  $f = F'$  que possui suporte completo, ou seja,  $f(x) > 0$ ,  $\forall x \in \Omega$ . A função  $F$  e o número de jogadores é conhecimento comum de todos os participantes.

A licitação é organizada da seguinte forma. Cada jogador entrega ao governo um envelope lacrado em que escreve o valor mínimo que está disposto a receber pela execução da obra, seu lance, sem observar os lances dos demais jogadores.

Os envelopes são, então, abertos, a obra é encomendada ao jogador que tiver feito o menor lance, o vitorioso, e o governo paga pela obra esse lance. Se  $k$  jogadores tiverem feito o menor lance, então é realizado um sorteio em que cada um desses jogadores é selecionado com a mesma probabilidade  $1/k$  para ser o vencedor da licitação.

As regras da licitação produzem um jogo bayesiano entre os  $n$  licitantes definido por:  $J = (n, (T_i)_{i=1, \dots, n}, p, (A_i)_{i=1, \dots, n}, (u_i)_{i=1, \dots, n})$  em que:

- (i)  $T_i = [\underline{\omega}, \overline{\omega}] = C_i, i = 1, \dots, n$ : é o conjunto de tipos do jogador  $i$ , ou seja, o conjunto dos custos que o jogador  $i$  incorre para fornecer o objeto/serviço;
- (ii)  $p = f_1 \times \dots \times f_n = (f)^n$ : é a densidade de probabilidade conjunta dos tipos dos jogadores;
- (iii)  $A_i = [\underline{\omega}, \overline{\omega}] = L_i, i = 1, \dots, n$ : é o conjunto de lances do jogador  $i$ ;
- (iv)  $u_i$ : é a função *payoff ex-post* do jogador  $i = 1, \dots, n$ .



Seja  $l = (l_1, \dots, l_n)$  um perfil de lances (*ex-post*) dos jogadores. Então, o *payoff ex-post* do jogador  $i$  que incorre custo  $c_i$  será:

$$u_i = \begin{cases} l_i - c_i & \text{se } l_i < \min_{j \neq i} l_j \\ 0 & \text{se } l_i > \min_{j \neq i} l_j \\ \frac{l_i - c_i}{|\{k \mid l_k = \min_{j \neq i} l_j\}|} & \text{se } l_i = \min_{j \neq i} l_j \end{cases}$$

Um perfil de estratégias desse jogo é uma  $n$ -upla de funções  $\lambda = (\lambda_1, \dots, \lambda_n)$  em que, para cada  $i = 1, \dots, n$ ,  $\lambda_i: \begin{cases} V_i & \rightarrow L_i \\ x_i & \mapsto l_i = \lambda_i(x_i) \end{cases}$ .

### O equilíbrio simétrico

A proposição a seguir explicita o equilíbrio simétrico desse jogo.

Proposição 1. No equilíbrio simétrico diferenciável estritamente crescente da licitação selada de menor custo sem preço de reserva, cada jogador escolhe a estratégia  $\lambda^{spr}$  dada por:

$$\lambda^{spr}(x) = \frac{1}{1-G(x)} \int_x^{\bar{\omega}} yg(y)dy, \text{ ou ainda, } \lambda^{spr}(x) = x + \frac{1}{1-G(x)} \int_x^{\bar{\omega}} [1 - G(y)]dy$$

em que  $G(x) = 1 - [1 - F(x)]^{n-1}$  e  $g(x) = G'(x) = (n-1)[1 - F(x)]^{n-2}f(x)$

Exemplo 1. Considere o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0, 1]$ . Então:

O lance de um jogador de tipo  $x$  é:

$$\lambda^{spr}(x) = \frac{1}{1-G(x)} \int_x^1 yg(y)dy = \frac{1}{(1-x)^{n-1}} \int_x^1 yg(y)dy = \frac{(n-1)x+1}{n} = \frac{n-1}{n}x + \frac{1}{n}$$

Ou seja, o lance do jogador é uma média ponderada entre seu verdadeiro custo e o custo máximo possível, sendo que o peso do meu próprio custo é  $(n-1)/n$ , que converge para 1 quando  $n$  aumenta.

Em particular  $\lim_{n \rightarrow \infty} \lambda^{spr}(x) = x$ , ou seja, quando a competição aumenta, o lance do jogador se aproxima cada vez mais de seu próprio custo de fornecimento da obra.

Particularizando mais ainda para  $n = 2$ , tem-se:  $\lambda^{spr}(x) = (x+1)/2$  que é o valor esperado do segundo menor custo, dado que  $x$  é o menor custo.

### **O pagamento esperado do governo**

A Proposição 2 apresenta o pagamento esperado do governo.

Proposição 2. O pagamento esperado do governo em uma licitação selada de menor custo sem preço de reserva, é dado pela expressão:

$$m^{spr} = n \int_{\underline{\omega}}^{\bar{\omega}} F(y)yg(y)dy$$

Exemplo 2. Considere novamente o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ . Então:

$$m^{spr} = n \int_0^1 F(y)yg(y)dy = \frac{2}{n+1}$$

Em particular, quando  $n = 2$ , o pagamento esperado é  $2/3$ . Ademais, à medida que aumenta o número de participantes, o pagamento diminui, pois a

maior competição faz com que os licitantes demandem menores remunerações por seus serviços.

### ***O benefício líquido para a governo e valor de reserva***

Suponha que a obra, uma vez realizada, gere um ganho de bem-estar social  $g$  para a sociedade, em que  $g \in \Omega = [\underline{\omega}, \bar{\omega}] \in \mathbb{R}_+$ . Então, o benefício líquido do governo com a obra é:

$$g - m^{spr} = g - n \int_{\underline{\omega}}^{\bar{\omega}} F(y)yg(y)dy$$

Note que, se:

$$g < n \int_{\underline{\omega}}^{\bar{\omega}} F(y)yg(y)dy$$

então a execução da obra gera uma perda social líquida: o custo (esperado) é maior que o benefício social da obra. Nesse caso, o governo não deverá realizar qualquer licitação.

Por outro lado, se:

$$g \geq n \int_{\underline{\omega}}^{\bar{\omega}} F(y)yg(y)dy$$

então vale a pena, em termos esperados, realizar a licitação. Como não existe preço de reserva, a obra será sempre contratada.

A análise baseada no benefício social da obra sugere que o governo deve realizar a obra sempre que o valor pedido pela empresa vencedora seja menor

que o benefício social  $g$ . No entanto, o governo possui condições técnicas de estimar os preços de mercado associados à obra  $e$ , em geral, julga inaceitável pagar valores acima do mercado,  $r$ . O valor  $r$  estimado pelo governo é chamado de custo de reserva  $e$ , em geral, o governo limita esse preço como o valor máximo a ser pago em uma licitação, de forma que, se o valor que vencer a licitação for acima de  $r$ , a obra não será contratada.

Note que, se  $g < r$ , então o governo sequer se interessará em contratar a obra. Portanto, se a obra for levada à licitação, espera-se que  $g \geq r$ . Assim, a existência de um preço de mercado estimado pelo governo pode levar a uma decisão ineficiente, em que o benefício social da obra excede o custo de produção do licitante vencedor, mas a obra não é executada pelo fato de esse custo de produção ser, eventualmente superior ao valor estimado pelo governo.

No que se segue, para simplificar a análise, supomos que  $g = r$ , ou seja, o benefício social é o custo de produção da obra a valores competitivos de mercado. Isso corresponde a ver o parâmetro  $r$  como o custo de oportunidade da obra, caso esse valor de reserva, em vez de ser usado na obra, fosse diretamente distribuído entre os cidadãos, e supondo quase-linearidade na utilidade desses cidadãos, de forma que esse recurso entraria em suas funções de utilidade linearmente.

Note que, nesse caso, dependendo do valor de  $r$ , a não inclusão de um preço de reserva no desenho da licitação pode levar a um benefício esperado líquido negativo.

De fato, como, neste caso, a obra é sempre contratada, se:

$$r < n \int_{\underline{\omega}}^{\bar{\omega}} F(y) y g(y) dy$$

o benefício líquido esperado para o governo é:

$$r - n \int_{\underline{\omega}}^{\bar{\omega}} F(y)yg(y)dy < 0.$$

A simulação apresentada a seguir mostra a importância da competição. Para baixo número de licitantes a obra gera prejuízo líquido para o governo, mesmo quando seu benefício bruto é bastante elevado, chegando a 65% do valor máximo possível. Por outro lado, à medida que cresce o número de participantes, o benefício líquido se torna cada vez maior, nunca havendo prejuízo esperado para o governo em equilíbrio se pelo menos sete licitantes competirem pela obra e seu benefício bruto for pelo menos 25% do valor máximo possível.

Tabela 1. Benefício líquido da licitação sem preço de reserva exigido, para diferentes valores do benefício da obra e do número de participantes.

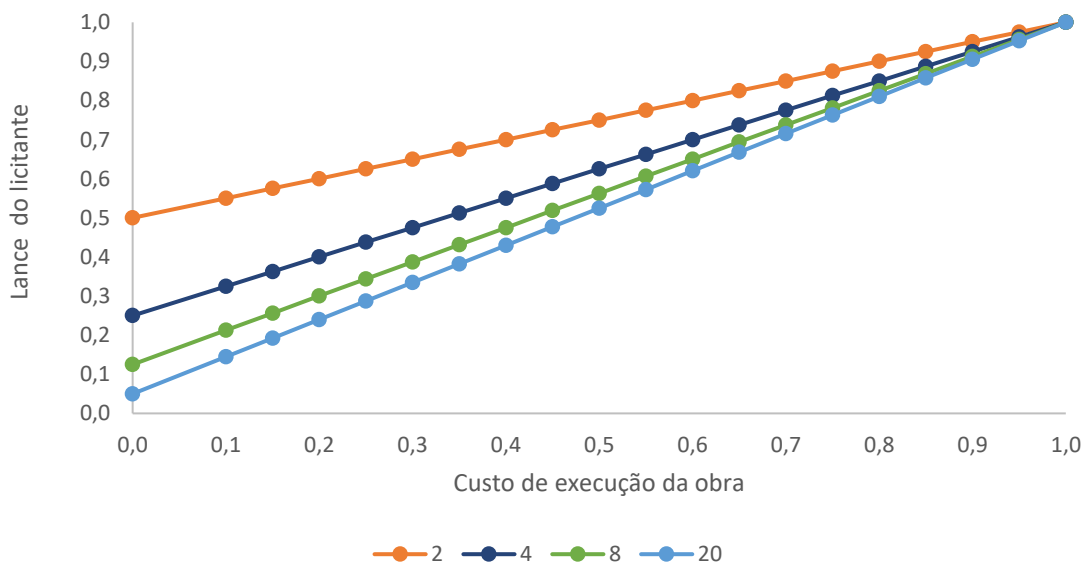
n	Lance	$m^{spr}$	Benefício bruto: Preço de reserva r																		
			0,10	0,15	0,20	0,25	0,30	0,35	0,40	0,45	0,50	0,55	0,60	0,65	0,70	0,75	0,80	0,85	0,90	0,95	1,00
	$\frac{\lambda(x) = \frac{n-1}{n}x + \frac{1}{n}}$		Benefício líquido esperado: $r - m^{spr}$																		
2	$\frac{1}{2}x + \frac{1}{2}$	0,667	-0,567	-0,517	-0,467	-0,417	-0,367	-0,317	-0,267	-0,217	-0,167	-0,117	-0,067	-0,017	0,033	0,083	0,133	0,183	0,233	0,283	0,333
3	$\frac{2}{3}x + \frac{1}{3}$	0,500	-0,400	-0,350	-0,300	-0,250	-0,200	-0,150	-0,100	-0,050	0,000	0,050	0,100	0,150	0,200	0,250	0,300	0,350	0,400	0,450	0,500
4	$\frac{3}{4}x + \frac{1}{4}$	0,400	-0,300	-0,250	-0,200	-0,150	-0,100	-0,050	0,000	0,050	0,100	0,150	0,200	0,250	0,300	0,350	0,400	0,450	0,500	0,550	0,600
5	$\frac{4}{5}x + \frac{1}{5}$	0,333	-0,233	-0,183	-0,133	-0,083	-0,033	0,017	0,067	0,117	0,167	0,217	0,267	0,317	0,367	0,417	0,467	0,517	0,567	0,617	0,667
6	$\frac{5}{6}x + \frac{1}{6}$	0,286	-0,186	-0,136	-0,086	-0,036	0,014	0,064	0,114	0,164	0,214	0,264	0,314	0,364	0,414	0,464	0,514	0,564	0,614	0,664	0,714
7	$\frac{6}{7}x + \frac{1}{7}$	0,250	-0,150	-0,100	-0,050	0,000	0,050	0,100	0,150	0,200	0,250	0,300	0,350	0,400	0,450	0,500	0,550	0,600	0,650	0,700	0,750
8	$\frac{7}{8}x + \frac{1}{8}$	0,222	-0,122	-0,072	-0,022	0,028	0,078	0,128	0,178	0,228	0,278	0,328	0,378	0,428	0,478	0,528	0,578	0,628	0,678	0,728	0,778
9	$\frac{8}{9}x + \frac{1}{9}$	0,200	-0,100	-0,050	0,000	0,050	0,100	0,150	0,200	0,250	0,300	0,350	0,400	0,450	0,500	0,550	0,600	0,650	0,700	0,750	0,800
10	$\frac{9}{10}x + \frac{1}{10}$	0,182	-0,082	-0,032	0,018	0,068	0,118	0,168	0,218	0,268	0,318	0,368	0,418	0,468	0,518	0,568	0,618	0,668	0,718	0,768	0,818
11	$\frac{10}{11}x + \frac{1}{11}$	0,167	-0,067	-0,017	0,033	0,083	0,133	0,183	0,233	0,283	0,333	0,383	0,433	0,483	0,533	0,583	0,633	0,683	0,733	0,783	0,833
12	$\frac{11}{12}x + \frac{1}{12}$	0,154	-0,054	-0,004	0,046	0,096	0,146	0,196	0,246	0,296	0,346	0,396	0,446	0,496	0,546	0,596	0,646	0,696	0,746	0,796	0,846
13	$\frac{12}{13}x + \frac{1}{13}$	0,143	-0,043	0,007	0,057	0,107	0,157	0,207	0,257	0,307	0,357	0,407	0,457	0,507	0,557	0,607	0,657	0,707	0,757	0,807	0,857
14	$\frac{13}{14}x + \frac{1}{14}$	0,133	-0,033	0,017	0,067	0,117	0,167	0,217	0,267	0,317	0,367	0,417	0,467	0,517	0,567	0,617	0,667	0,717	0,767	0,817	0,867
15	$\frac{14}{15}x + \frac{1}{15}$	0,125	-0,025	0,025	0,075	0,125	0,175	0,225	0,275	0,325	0,375	0,425	0,475	0,525	0,575	0,625	0,675	0,725	0,775	0,825	0,875
16	$\frac{15}{16}x + \frac{1}{16}$	0,118	-0,018	0,032	0,082	0,132	0,182	0,232	0,282	0,332	0,382	0,432	0,482	0,532	0,582	0,632	0,682	0,732	0,782	0,832	0,882
17	$\frac{16}{17}x + \frac{1}{17}$	0,111	-0,011	0,039	0,089	0,139	0,189	0,239	0,289	0,339	0,389	0,439	0,489	0,539	0,589	0,639	0,689	0,739	0,789	0,839	0,889
18	$\frac{17}{18}x + \frac{1}{18}$	0,105	-0,005	0,045	0,095	0,145	0,195	0,245	0,295	0,345	0,395	0,445	0,495	0,545	0,595	0,645	0,695	0,745	0,795	0,845	0,895
19	$\frac{18}{19}x + \frac{1}{19}$	0,100	0,000	0,050	0,100	0,150	0,200	0,250	0,300	0,350	0,400	0,450	0,500	0,550	0,600	0,650	0,700	0,750	0,800	0,850	0,900
20	$\frac{19}{20}x + \frac{1}{20}$	0,095	0,005	0,055	0,105	0,155	0,205	0,255	0,305	0,355	0,405	0,455	0,505	0,555	0,605	0,655	0,705	0,755	0,805	0,855	0,905

Nota: O benefício bruto da obra é identificado ao preço de reserva, que não é exigido neste modelo de licitação. O parâmetro  $n$  corresponde ao número de jogadores. Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ . A função lance  $\lambda(x) = \lambda^{spr}(x)$  corresponde ao lance de equilíbrio dos jogadores quando há  $n$  participantes. O parâmetro  $m^{spr}$  corresponde ao dispêndio esperado do governo, ou seja, o pagamento esperado ao licitante vencedor pela execução da obra que, neste modelo, é sempre realizada. A variável relevante é o benefício líquido,  $r - m^{spr}$ . As células marcadas em cinza correspondem a situações em que o benefício líquido é negativo, ou seja, o governo espera desembolsar montante maior do que o benefício gerado pela execução da obra.

Fonte: Elaboração própria.

O Gráfico 1 a seguir apresenta o lance de equilíbrio em função do custo de execução da obra para um licitante, para diferentes números de concorrentes participando da licitação. Observa-se novamente o benefício do número de participantes: quanto maior o número de licitantes, mais baixos são os lances dos jogadores e, portanto, menor será o custo para o governo.

Gráfico 1. Lance de equilíbrio na licitação sem preço de reserva exigido, em função do custo de execução da obra,  $n = 2, 4, 8, 20$  participantes da licitação.



Nota: Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ . A legenda corresponde ao número de licitantes participando da licitação,  $n = 2, 4, 8, 20$ .

Fonte: Elaboração própria.

### Licitações com preço de reserva anunciado

Considera-se agora o mesmo modelo estudado anteriormente, no qual é incluída a seguinte restrição: o governo anuncia um preço máximo de reserva,  $r$ , de forma que, se o vencedor da licitação tiver feito um lance maior que  $r$ , i.e., se o menor pagamento solicitado for maior que  $r$ , então a obra não será contratada.

### O equilíbrio simétrico

A Proposição 3 a seguir apresenta o efeito do anúncio do preço de reserva sobre os lances dos licitantes.

Proposição 3. No equilíbrio simétrico diferenciável estritamente crescente da licitação selada de menor custo com preço de reserva anunciado, cada jogador escolhe a estratégia  $\lambda^{pra}$  dada por:

$$\lambda^{pra}(x) = x \quad \text{se } x \geq r$$

$$\lambda^{pra}(x) = r \frac{1 - G(r)}{1 - G(x)} + \frac{1}{1 - G(x)} \int_x^r yg(y)dy \quad \text{se } x \leq r$$

em que  $G(x) = 1 - [1 - F(x)]^{n-1}$  e  $g(x) = G'(x) = (n - 1)[1 - F(x)]^{n-2}f(x)$ .

Exemplo 3. Considere o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0, 1]$ . Então:

$$\lambda^{pra}(x) = \frac{n-1}{n}x + \frac{1}{n} - \frac{1}{n} \frac{(1-r)^n}{(1-x)^{n-1}}$$

Note que se  $r = 1$ , então:

$$\lambda^{pra}(x) = \frac{n-1}{n}x + \frac{1}{n}$$

que é exatamente a solução quando não há valor de reserva.

### **O pagamento esperado do governo**

A Proposição 4 apresenta o pagamento esperado do governo.

Proposição 4. O pagamento esperado do governo em uma licitação selada de menor custo com preço de reserva anunciado  $r$  é dado pela expressão a seguir:

$$m^{pra} = m^{pra}(r) = nr(1 - G(r))F(r) + n \int_{\underline{\omega}}^r F(y)yg(y)dy$$

Exemplo 4. Considere novamente o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ . Então:

$$m^{pra}(r) = \frac{2}{n+1} [1 - (1-r)^n(nr+1)]$$

Note que  $m^{pra}(r) < \frac{2}{n+1} = m^{spr}$ . Em particular, quando  $n = 2$ ,  $m^{pra} < \frac{2}{3} = m^{spr}$ .

Portanto, a exigência de preço de reserva reduz o pagamento esperado do governo, que, em princípio, é algo desejável. Trata-se, de fato, de um resultado geral.



Proposição 5. O pagamento esperado do governo em uma licitação selada de menor custo com preço de reserva anunciado  $r > \underline{\omega}$  é menor que o pagamento esperado em uma licitação selada de menor custo sem preço de reserva:  $m^{pra}(r) < m^{spr}$ .

### **O benefício líquido para a governo**

Suponha como anteriormente que a obra, uma vez realizada, gere um ganho de bem-estar social  $g$  para a sociedade, que se identifica ao preço de reserva  $r$ .

No modelo atual, com preço de reserva correspondendo ao custo estimado de mercado,  $r$ , a obra somente será contratada se o menor custo dos participantes for menor que  $r$ , uma vez que, em equilíbrio, se  $x \leq r$ , então,  $\lambda(x) \leq r$ . Portanto, a obra será executada com probabilidade:

$$\begin{aligned} \text{Prob} \left[ \min_{i=1, \dots, n} x_i \leq r \right] &= \text{Prob}[x_1 \leq r \vee \dots \vee x_n \leq r] = 1 - \text{Prob}[x_1 > r \wedge \dots \wedge x_n > r] \\ &= 1 - (1 - F(r))^n \end{aligned}$$

Portanto, o retorno esperado para o governo será:

$$\begin{aligned} &r[1 - (1 - F(r))^n] - m^{pra}(r) \\ &= r[1 - (1 - F(r))^n] - nr(1 - G(r))F(r) - n \int_{\underline{\omega}}^r F(y)yg(y)dy \end{aligned}$$

Tabela 2. Benefício líquido da licitação com preço de reserva anunciado, para diferentes valores do benefício da obra e do número de participantes com distribuições uniformes.

n	Benefício bruto: Valor de reserva $r$																		
	0,10	0,15	0,20	0,25	0,30	0,35	0,40	0,45	0,50	0,55	0,60	0,65	0,70	0,75	0,80	0,85	0,90	0,95	1,00
Benefício esperado líquido: $r[1 - (1 - r)^n] - m^{pra}(r)$																			
2	0,000	0,001	0,003	0,005	0,009	0,014	0,021	0,030	0,042	0,055	0,072	0,092	0,114	0,141	0,171	0,205	0,243	0,286	0,333
3	0,001	0,003	0,007	0,014	0,023	0,035	0,051	0,071	0,094	0,121	0,151	0,185	0,223	0,264	0,307	0,353	0,401	0,450	0,500
4	0,002	0,006	0,013	0,024	0,039	0,059	0,083	0,111	0,144	0,180	0,219	0,262	0,307	0,353	0,401	0,450	0,500	0,550	0,600
5	0,003	0,009	0,020	0,035	0,056	0,082	0,113	0,149	0,188	0,230	0,274	0,321	0,369	0,417	0,467	0,517	0,567	0,617	0,667
6	0,004	0,012	0,027	0,047	0,073	0,105	0,141	0,181	0,224	0,270	0,317	0,366	0,415	0,464	0,514	0,564	0,614	0,664	0,714
7	0,005	0,016	0,034	0,058	0,089	0,125	0,165	0,209	0,255	0,302	0,351	0,400	0,450	0,500	0,550	0,600	0,650	0,700	0,750
8	0,007	0,020	0,041	0,069	0,104	0,144	0,187	0,233	0,280	0,329	0,378	0,428	0,478	0,528	0,578	0,628	0,678	0,728	0,778
9	0,008	0,024	0,048	0,080	0,118	0,160	0,205	0,253	0,301	0,350	0,400	0,450	0,500	0,550	0,600	0,650	0,700	0,750	0,800
10	0,010	0,028	0,055	0,090	0,130	0,174	0,221	0,270	0,319	0,368	0,418	0,468	0,518	0,568	0,618	0,668	0,718	0,768	0,818
11	0,012	0,032	0,062	0,099	0,142	0,187	0,235	0,284	0,334	0,383	0,433	0,483	0,533	0,583	0,633	0,683	0,733	0,783	0,833
12	0,014	0,036	0,068	0,108	0,152	0,199	0,247	0,297	0,346	0,396	0,446	0,496	0,546	0,596	0,646	0,696	0,746	0,796	0,846
13	0,015	0,040	0,074	0,116	0,161	0,209	0,258	0,307	0,357	0,407	0,457	0,507	0,557	0,607	0,657	0,707	0,757	0,807	0,857
14	0,017	0,044	0,080	0,123	0,169	0,218	0,267	0,317	0,367	0,417	0,467	0,517	0,567	0,617	0,667	0,717	0,767	0,817	0,867
15	0,019	0,047	0,086	0,130	0,177	0,226	0,275	0,325	0,375	0,425	0,475	0,525	0,575	0,625	0,675	0,725	0,775	0,825	0,875
16	0,021	0,051	0,091	0,136	0,184	0,233	0,282	0,332	0,382	0,432	0,482	0,532	0,582	0,632	0,682	0,732	0,782	0,832	0,882
17	0,022	0,054	0,095	0,141	0,190	0,239	0,289	0,339	0,389	0,439	0,489	0,539	0,589	0,639	0,689	0,739	0,789	0,839	0,889
18	0,024	0,058	0,100	0,147	0,195	0,245	0,295	0,345	0,395	0,445	0,495	0,545	0,595	0,645	0,695	0,745	0,795	0,845	0,895
19	0,026	0,061	0,104	0,151	0,200	0,250	0,300	0,350	0,400	0,450	0,500	0,550	0,600	0,650	0,700	0,750	0,800	0,850	0,900
20	0,027	0,064	0,108	0,156	0,205	0,255	0,305	0,355	0,405	0,455	0,505	0,555	0,605	0,655	0,705	0,755	0,805	0,855	0,905

Nota: O benefício bruto da obra é identificado ao preço de reserva, que é obtido somente quando a obra é contratada. O parâmetro  $n$  corresponde ao número de jogadores. Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes uniformemente distribuídos no intervalo  $[0, 1]$ . A função lance  $\lambda^{pra}(x; r)$ , correspondendo ao lance de equilíbrio dos jogadores quando há  $n$  participantes não é apresentada na tabela, mas é usada nos cálculos. A função  $m^{pra}(r)$  corresponde ao dispêndio esperado do governo, ou seja, o pagamento esperado ao licitante vencedor pela execução da obra que, neste modelo, nem sempre é realizada. A variável relevante é o benefício líquido  $r[1 - (1 - r)^n] - m^{pra}(r)$ .

Fonte: Elaboração própria.

Comparando com o caso em que não há preço de reserva, têm-se dois efeitos opostos. Por um lado, o gasto esperado do governo se reduz quando um preço de reserva não trivial é imposto:  $m^{pra}(r) < m^{spr}$ . Por outro lado, reduz-se a probabilidade de a obra ser contratada:  $r[1 - (1 - F(r))^n] < r$ . Qual dos dois modelos será melhor do ponto de vista social dependerá de que efeito

dominará, ou seja, da redução do pagamento esperado versus a redução da probabilidade de a obra ser executada.

Tabela 3. Diferença entre o benefício líquido da licitação com preço e sem preço de reserva anunciado, para diferentes valores do benefício da obra e do número de participantes.

n	Benefício bruto: Valor de reserva $r$																			
	0,00	0,10	0,15	0,20	0,25	0,30	0,35	0,40	0,45	0,50	0,55	0,60	0,65	0,70	0,75	0,80	0,85	0,90	0,95	1,00
	Diferença entre o benefício esperado líquido com e sem preço de reserva anunciado																			
2	0,667	0,567	0,518	0,469	0,422	0,376	0,331	0,288	0,247	0,208	0,172	0,139	0,108	0,081	0,057	0,037	0,021	0,010	0,002	0,000
3	0,500	0,401	0,353	0,307	0,264	0,223	0,185	0,151	0,121	0,094	0,071	0,051	0,035	0,023	0,014	0,007	0,003	0,001	0,000	0,000
4	0,400	0,302	0,256	0,213	0,174	0,139	0,109	0,083	0,061	0,044	0,030	0,019	0,012	0,007	0,003	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000
5	0,333	0,236	0,192	0,153	0,119	0,090	0,066	0,047	0,032	0,021	0,013	0,008	0,004	0,002	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
6	0,286	0,190	0,148	0,112	0,083	0,059	0,040	0,027	0,017	0,010	0,006	0,003	0,001	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
7	0,250	0,155	0,116	0,084	0,058	0,039	0,025	0,015	0,009	0,005	0,002	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
8	0,222	0,129	0,092	0,063	0,042	0,026	0,016	0,009	0,005	0,002	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
9	0,200	0,108	0,074	0,048	0,030	0,018	0,010	0,005	0,003	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
10	0,182	0,092	0,060	0,037	0,022	0,012	0,006	0,003	0,001	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
11	0,167	0,078	0,049	0,029	0,016	0,008	0,004	0,002	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
12	0,154	0,067	0,040	0,022	0,012	0,006	0,003	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
13	0,143	0,058	0,033	0,017	0,008	0,004	0,002	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
14	0,133	0,050	0,027	0,013	0,006	0,003	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
15	0,125	0,044	0,022	0,011	0,005	0,002	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
16	0,118	0,038	0,019	0,008	0,003	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
17	0,111	0,033	0,015	0,007	0,003	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
18	0,105	0,029	0,013	0,005	0,002	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
19	0,100	0,026	0,011	0,004	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000
20	0,095	0,023	0,009	0,003	0,001	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000

Nota: O benefício bruto da obra é identificado ao preço de reserva. O parâmetro  $n$  corresponde ao número de jogadores. Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ . As células marcadas em cinza correspondem a situações em que os dois modelos de licitação geram o mesmo retorno esperado para o governo.

Fonte: Elaboração própria.

A Tabela 2 apresenta o benefício esperado líquido do governo para a licitação com preço de reserva anunciado no caso das distribuições uniformes. Uma comparação imediata com a Tabela 1 revela que a inclusão do preço de reserva leva a um maior benefício para o governo que a ausência de preço de

reserva. No entanto, a comparação também mostra que a vantagem do modelo com preço de reserva anunciado somente se manifesta quando a competição é pequena, conforme explicita a Tabela 3. De fato, se participarem pelo menor 8 licitantes, então os dois modelos são equivalentes em termos de benefício esperado para o governo se o valor de reserva for maior ou igual a 60% do valor máximo; e se houverem pelo menos 16 participantes, então basta que o preço de reserva seja superior a 35% do valor máximo possível para que os dois modelos de licitação se equivalham. Note que o modelo sem preço de reserva é, naturalmente, mais simples de se implementar, de se controlar e garante que a obra seja sempre realizada, diferentemente do modelo com preço de reserva.

A Tabela 3 apresenta a diferença entre os benefícios esperados líquidos dos dois modelos de licitação.

### **Licitações com preço de reserva secreto sem negociação**

Suponha agora que existe um valor de reserva  $r$  para a obra, mas que esse valor somente é revelado após a entrega dos envelopes. Nesse caso, se o lance vencedor (o mais baixo dos lances) estiver acima do valor de reserva, a obra não será contratada.

Do ponto de vista dos licitantes, o valor de reserva é uma variável aleatória  $r$  distribuída em  $\Omega$  de acordo com uma distribuição de probabilidades  $H$  e respectiva densidade  $h$ .

### **O equilíbrio simétrico**

A Proposição 6 a seguir apresenta o efeito do anúncio do preço de reserva secreto sobre os lances dos licitantes.

Proposição 6. No equilíbrio simétrico diferenciável estritamente crescente da licitação selada de menor custo com preço de reserva secreto, cada jogador escolhe a estratégia  $\lambda^{prs}$  que satisfaz a seguinte equação:

$$\lambda^{prs}(x) = x + \frac{1}{1 - G(x)} \int_x^{\bar{\omega}} \frac{1 - H(\lambda^{prs}(y))}{1 - H(\lambda^{prs}(x))} [1 - G(y)] dy$$

em que  $G(x) = 1 - [1 - F(x)]^{n-1}$ .

Corolário. Se a distribuição *ex-ante* do preço de reserva,  $H$ , for estritamente crescente, então a introdução de um preço de reserva secreto reduz os lances do licitante, em comparação com a situação em que não há preço de reserva. Portanto, o preço de reserva secreto reduz o pagamento esperado do governo.

Observação. Vale notar que a expressão na Proposição 6, diferentemente das expressões nas proposições 1 e 3, não explicita a solução do problema, uma vez que  $\lambda(x)$  aparece nos dois lados da equação. Portanto, sem um conhecimento mais específico das distribuições de probabilidade não se consegue explicitar a solução.

De forma a obter uma expressão explícita para a solução do problema, particulariza-se para o caso de distribuições uniformes e buscam-se soluções lineares.

Exemplo 5. Considere novamente o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ , inclusive quanto ao valor de reserva  $r$ . Então:

$$\lambda^{prs}(x) = \frac{n}{n+1}x + \frac{1}{n+1}$$

Observação. Comparando as expressões para o lance com preço de reserva secreto (acima) com a ausência de preço de reserva,  $\lambda^{spr}(x)$ , verifica-se que o preço de reserva secreto funciona como se o jogador estivesse enfrentando mais um competidor (o próprio governo) de forma que seu lance se torna um pouco mais agressivo (mais baixo), beneficiando o governo.

Comparando com o caso de preço de reserva anunciado,  $\lambda^{pra}(x)$ , tem-se esse mesmo efeito que favorece o secreto (funciona como se aumentasse a competição), mas também um efeito que favorece o anunciado, o termo redutor  $-(1-r)^n \div n(1-x)^{n-1}$ . Qual dos dois efeitos prevalecerá não está claro e dependerá de vários parâmetros. Em particular, se  $r$  for elevado, ou seja, a limitação quanto ao custo não for muito relevante, então o termo  $(1-r)^n \div n(1-x)^{n-1}$  será baixo, de forma que se espera que o preço de reserva secreta será melhor. Por outro lado, se  $r$  for baixo, ou seja, o governo restringe bastante o custo da obra, então o termo  $(1-r)^n \div n(1-x)^{n-1}$  será alto, de forma que se espera que o preço de reserva anunciado será superior.

### ***O pagamento esperado do governo***

A Proposição 7 apresenta o pagamento esperado do governo na licitação com preço de reserva secreto.

Proposição 7. O pagamento esperado do governo em uma licitação selada de menor custo com preço de reserva secreto  $r$  será zero (a licitação fracassará) se  $\lambda(\underline{\omega}) > r$  e se  $\lambda(\underline{\omega}) \leq r$  será dado pela expressão a seguir, em que  $\lambda(y) = \lambda^{prs}(y)$  é o lance de um licitante de custo  $y$  no equilíbrio de Nash encontrado na Proposição 6.

$$m^{prs}(r) = n \int_{\underline{\omega}}^{\lambda^{-1}(r)} x[1 - G(x)]f(x)dx \\ + n \int_{\underline{\omega}}^{\lambda^{-1}(r)} \int_x^{\bar{\omega}} [1 - H(\lambda(y))][1 - G(y)]dy \frac{1}{1 - H(\lambda(x))} f(x)dx$$

em que  $1 - G(x) = [1 - F(x)]^{n-1}$ .

Exemplo 6. Considere novamente o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0, 1]$ , com a solução linear. Então:

$$m^{prs}(r) = \frac{2n + 1}{(n + 1)^2} - \frac{(n + 1)^{n-1}}{n^n} [nr + 1](1 - r)^n$$

Em particular, se  $n = 2$ , então o pagamento esperado é:

$$m^{prs}(r) = \frac{5}{9} - \frac{3}{4} [2r + 1](1 - r)^2$$

Desde que  $\lambda(0) = 1/3 \leq r$ . Por exemplo, se  $r = 1/3$ , então,  $m^{prs}(1/3) = 0$ . Se  $r = 1/2$  então,  $m^{prs}(1/2) = 0,18$ .

Por outro lado:

$$m^{pra}(r) = \frac{2}{3} [1 - (1 - r)^2(2r + 1)]$$

$$m^{pra}\left(\frac{1}{3}\right) = 0,17 > 0$$

$$m^{pra}\left(\frac{1}{2}\right) = \frac{1}{3} > 0,18$$

Ou seja, o preço de reserva secreto reduz o pagamento esperado porque ele aumenta o risco (de perder a obra) com lances mais elevados, se comparado ao preço de reserva anunciado.

### ***O benefício líquido para a governo***

Suponha como anteriormente que a obra, uma vez realizada, gere um ganho de bem-estar social  $g$  para a sociedade, que se identifica com  $r \in \Omega = [\underline{\omega}, \bar{\omega}] \in \mathbb{R}_+$ .

No modelo atual, com preço de reserva secreto correspondendo ao custo estimado de mercado,  $r$ , a obra somente será contratada se o menor lance dos participantes for menor que  $r$ , ou seja, a obra será executada com probabilidade:

$$\begin{aligned} \text{Prob}\left[\min_{i=1,\dots,n} \lambda(x_i) \leq r\right] &= \text{Prob}[x_1 \leq \lambda^{-1}(r) \vee \dots \vee x_n \leq \lambda^{-1}(r)] \\ &= 1 - \text{Prob}[x_1 > \lambda^{-1}(r) \wedge \dots \wedge x_n > \lambda^{-1}(r)] = 1 - \left(1 - F(\lambda^{-1}(r))\right)^n \end{aligned}$$



Tabela 4. Benefício líquido da licitação com preço de reserva secreto, para diferentes valores do benefício da obra e do número de participantes com distribuições uniformes.

n	$\lambda(0)$	Benefício bruto: Preço de reserva secreto $r$																		
		0,10	0,15	0,20	0,25	0,30	0,35	0,40	0,45	0,50	0,55	0,60	0,65	0,70	0,75	0,80	0,85	0,90	0,95	1,00
		Benefício líquido esperado: $r \left[ 1 - \left( 1 - F(\lambda^{-1}(r)) \right)^n \right] - m^{prs}(r)$																		
2	0,333	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,006	0,019	0,038	0,063	0,092	0,127	0,165	0,206	0,250	0,297	0,345	0,395
3	0,250	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,005	0,018	0,039	0,067	0,100	0,137	0,178	0,221	0,267	0,315	0,363	0,413	0,463	0,513
4	0,200	0,000	0,000	0,000	0,000	0,006	0,022	0,047	0,078	0,115	0,155	0,199	0,245	0,293	0,341	0,390	0,440	0,490	0,540	0,590
5	0,167	0,000	0,000	0,000	0,003	0,018	0,043	0,076	0,114	0,156	0,201	0,248	0,296	0,345	0,395	0,445	0,494	0,544	0,594	0,644
6	0,143	0,000	0,000	0,000	0,010	0,033	0,064	0,102	0,145	0,190	0,238	0,286	0,335	0,385	0,435	0,485	0,535	0,585	0,635	0,685
7	0,125	0,000	0,000	0,002	0,019	0,047	0,084	0,126	0,171	0,218	0,267	0,316	0,366	0,416	0,466	0,516	0,566	0,616	0,666	0,716
8	0,111	0,000	0,000	0,006	0,028	0,062	0,102	0,146	0,193	0,241	0,291	0,340	0,390	0,440	0,490	0,540	0,590	0,640	0,690	0,740
9	0,100	0,000	0,000	0,011	0,038	0,075	0,117	0,163	0,212	0,261	0,310	0,360	0,410	0,460	0,510	0,560	0,610	0,660	0,710	0,760
10	0,091	0,000	0,000	0,016	0,047	0,086	0,131	0,179	0,227	0,277	0,327	0,376	0,426	0,476	0,526	0,576	0,626	0,676	0,726	0,776
11	0,083	0,000	0,002	0,021	0,055	0,097	0,143	0,192	0,241	0,290	0,340	0,390	0,440	0,490	0,540	0,590	0,640	0,690	0,740	0,790
12	0,077	0,000	0,003	0,026	0,063	0,107	0,154	0,203	0,252	0,302	0,352	0,402	0,452	0,502	0,552	0,602	0,652	0,702	0,752	0,802
13	0,071	0,000	0,005	0,031	0,070	0,116	0,164	0,213	0,262	0,312	0,362	0,412	0,462	0,512	0,562	0,612	0,662	0,712	0,762	0,812
14	0,067	0,000	0,007	0,036	0,077	0,123	0,172	0,221	0,271	0,321	0,371	0,421	0,471	0,521	0,571	0,621	0,671	0,721	0,771	0,821
15	0,063	0,000	0,009	0,041	0,084	0,131	0,179	0,229	0,279	0,329	0,379	0,429	0,479	0,529	0,579	0,629	0,679	0,729	0,779	0,829
16	0,059	0,000	0,012	0,046	0,089	0,137	0,186	0,236	0,286	0,336	0,386	0,436	0,486	0,536	0,586	0,636	0,686	0,736	0,786	0,836
17	0,056	0,000	0,014	0,050	0,095	0,143	0,192	0,242	0,292	0,342	0,392	0,442	0,492	0,542	0,592	0,642	0,692	0,742	0,792	0,842
18	0,053	0,000	0,016	0,054	0,100	0,148	0,198	0,248	0,298	0,348	0,398	0,448	0,498	0,548	0,598	0,648	0,698	0,748	0,798	0,848
19	0,050	0,000	0,019	0,058	0,104	0,153	0,203	0,253	0,303	0,353	0,403	0,453	0,503	0,553	0,603	0,653	0,703	0,753	0,803	0,853
20	0,048	0,000	0,021	0,061	0,108	0,157	0,207	0,257	0,307	0,357	0,407	0,457	0,507	0,557	0,607	0,657	0,707	0,757	0,807	0,857

Nota: O benefício bruto da obra é identificado ao preço de reserva, que é obtido somente quando a obra é contratada. O parâmetro  $n$  corresponde ao número de jogadores. Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ , bem como o valor de reserva. A função lance  $\lambda^{prs}(x)$  correspondendo ao lance de equilíbrio dos jogadores quando há  $n$  participantes não é apresentada na tabela, mas é usada nos cálculos. A função  $m^{prs}(r)$  corresponde ao dispêndio esperado do governo, ou seja, o pagamento esperado ao licitante vencedor pela execução da obra. A variável relevante é o benefício líquido:  $r \left[ 1 - \left( 1 - F(\lambda^{-1}(r)) \right)^n \right] - m^{prs}(r)$ . O parâmetro  $\lambda(0)$  na segunda coluna explicita situações em que não haverá lance abaixo do valor de reserva.

Fonte: Elaboração própria.

Então, o benefício líquido do governo com a obra, é:

$$r \left[ 1 - \left( 1 - F(\lambda^{-1}(r)) \right)^n \right] - m^{prs}(r) =$$

$$r \left[ 1 - \left( 1 - F(\lambda^{-1}(r)) \right)^n \right] - n \int_{\underline{\omega}}^{\lambda^{-1}(r)} x [1 - G(x)] f(x) dx$$

$$- n \int_{\underline{\omega}}^{\lambda^{-1}(r)} \int_x^{\bar{\omega}} [1 - H(\lambda(y))] [1 - G(y)] dy \frac{1}{1 - H(\lambda(x))} f(x) dx$$

A Tabela 4 apresenta o benefício esperado líquido do governo para a licitação com preço de reserva secreto no caso das distribuições uniformes. Uma comparação imediata com a Tabela 1 revela que a inclusão do preço de reserva secreto leva a um maior benefício para o governo do que a ausência de preço de reserva.

Tabela 5. Diferença entre o benefício líquido da licitação com preço de reserva secreto e anunciado, para diferentes valores do benefício da obra e do número de participantes.

n	Benefício bruto: Valor de reserva $r$																		
	0,10	0,15	0,20	0,25	0,30	0,35	0,40	0,45	0,50	0,55	0,60	0,65	0,70	0,75	0,80	0,85	0,90	0,95	1,00
	Diferença entre o benefício esperado líquido com preço de reserva secreto e anunciado																		
2	0,000	-0,001	-0,003	-0,005	-0,009	-0,014	-0,015	-0,011	-0,003	0,007	0,020	0,035	0,050	0,066	0,080	0,092	0,102	0,109	0,111
3	-0,001	-0,003	-0,007	-0,014	-0,018	-0,017	-0,012	-0,004	0,006	0,016	0,026	0,036	0,044	0,051	0,056	0,060	0,062	0,062	0,063
4	-0,002	-0,006	-0,013	-0,018	-0,017	-0,012	-0,005	0,003	0,012	0,019	0,026	0,031	0,035	0,037	0,039	0,040	0,040	0,040	0,040
5	-0,003	-0,009	-0,016	-0,017	-0,013	-0,007	0,000	0,007	0,013	0,018	0,022	0,025	0,026	0,027	0,028	0,028	0,028	0,028	0,028
6	-0,004	-0,012	-0,016	-0,014	-0,009	-0,002	0,004	0,009	0,013	0,016	0,018	0,019	0,020	0,020	0,020	0,020	0,020	0,020	0,020
7	-0,005	-0,014	-0,015	-0,011	-0,005	0,001	0,006	0,009	0,012	0,014	0,015	0,015	0,015	0,016	0,016	0,016	0,016	0,016	0,016
8	-0,007	-0,014	-0,013	-0,008	-0,002	0,002	0,006	0,009	0,011	0,011	0,012	0,012	0,012	0,012	0,012	0,012	0,012	0,012	0,012
9	-0,008	-0,013	-0,011	-0,005	0,000	0,004	0,006	0,008	0,009	0,010	0,010	0,010	0,010	0,010	0,010	0,010	0,010	0,010	0,010
10	-0,010	-0,012	-0,009	-0,004	0,001	0,004	0,006	0,007	0,008	0,008	0,008	0,008	0,008	0,008	0,008	0,008	0,008	0,008	0,008
11	-0,010	-0,011	-0,007	-0,002	0,002	0,004	0,006	0,006	0,007	0,007	0,007	0,007	0,007	0,007	0,007	0,007	0,007	0,007	0,007
12	-0,010	-0,010	-0,005	-0,001	0,002	0,004	0,005	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006	0,006
13	-0,010	-0,008	-0,004	0,000	0,002	0,004	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005	0,005
14	-0,010	-0,007	-0,003	0,001	0,003	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004
15	-0,009	-0,006	-0,002	0,001	0,003	0,003	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004	0,004
16	-0,009	-0,005	-0,001	0,001	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003
17	-0,008	-0,004	-0,001	0,001	0,002	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003
18	-0,008	-0,004	0,000	0,002	0,002	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003	0,003
19	-0,007	-0,003	0,000	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002
20	-0,006	-0,003	0,000	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002	0,002

Nota: O benefício bruto da obra é identificado ao preço de reserva. O parâmetro  $n$  corresponde ao número de jogadores. Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes e do preço de reserva uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ . As células marcadas em cinza correspondem a situações em que anunciar o preço de reserva leva a um maior benefício para o governo do que mantê-lo secreto, enquanto as células em branco correspondem à situação inversa em que o mecanismo com preço de reserva secreto é superior.

Fonte: Elaboração própria.

Já a comparação com a Tabela 2, apresentada na Tabela 5, mostra que nem sempre o preço de reserva secreto é melhor que o anunciado. De fato, todas as células em cinza correspondem a situações em que é melhor anunciar publicamente o valor de reserva da obra antes da licitação. Em geral, o anúncio do preço de reserva é mais vantajoso quando se tratar de preços baixos, ou seja, de obras baratas, de baixo custo de produção. Por outro lado,

o preço de reserva secreto mostra-se mais vantajoso se esse preço for elevado, ou seja, para obras maiores, de maior custo. Trata-se de resultado semelhante àquele encontrado em Silva (2011) para a análise de leilões. Ademais, quanto maior for a competição, ou seja, quanto maior for o número de licitantes, maior será a região para os valores dos preços de reserva em que é mais vantajoso o modelo de preço de reserva secreto.

Vale ainda notar outro papel da competição, já ressaltado na comparação anterior entre o modelo sem preço de reserva e o modelo com preço anunciado. De fato, quanto mais cresce o número de participantes, menor é a diferença entre o benefício líquido entre os dois mecanismos. No caso de 19 licitantes ou mais, esse valor fica inferior a 0,2% do benefício bruto máximo para o governo.

### **Licitações com preço de reserva secreto e com negociação**

Suponha agora que existe um valor de reserva  $r$  para a obra, mas que esse valor somente é revelado após a entrega dos envelopes. Ademais, se o lance vencedor estiver acima do valor de reserva, o vencedor pode ainda optar por “cobrir” o valor de reserva e assim evitar perder a contratação. Do ponto de vista dos licitantes, o valor de reserva é uma variável aleatória  $r$  distribuída em  $\Omega$  de acordo com uma distribuição de probabilidades  $H$  e respectiva densidade  $h$ .

### **O equilíbrio simétrico**

A Proposição 8 a seguir apresenta o efeito sobre os lances dos licitantes quando o preço de reserva é secreto e há a possibilidade de negociação.

Proposição 8. No equilíbrio simétrico diferenciável estritamente crescente da licitação selada de menor custo com preço de reserva secreto, mas com possibilidade de negociação, cada jogador escolhe a estratégia  $\lambda^{psn}$  satisfaz a seguinte equação:

$$\lambda^{psn}(x) = x + \mathcal{H}(\lambda^{psn}(x)) - \mathcal{H}(x) + \frac{1}{1-G(x)} \int_x^{\bar{\omega}} [1-H(y)][1-G(y)]dy$$

em que  $\mathcal{H}$  é uma primitiva da função  $H$ , e  $G(x) = 1 - [1 - F(x)]^{n-1}$ .

Exemplo 7. Considere novamente o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ , inclusive quanto ao valor de reserva  $r$ . Então:

$$\lambda^{psn}(x) = \left(\frac{n-1}{n+1}\right)^{\frac{1}{2}} x + \left(1 - \left(\frac{n-1}{n+1}\right)^{\frac{1}{2}}\right)$$

Ou seja, o lance do jogador é novamente uma média ponderada entre seu verdadeiro custo e o custo máximo possível, sendo que o peso do seu próprio custo é  $[(n-1) \div (n+1)]^{0,5}$ , que também converge para 1 quando  $n$  aumenta.

Em particular  $\lim_{n \rightarrow \infty} \lambda^{psn}(x) = x$ , ou seja, quando a competição aumenta, o lance do jogador se aproxima cada vez mais de seu próprio custo de fornecimento da obra.

Observação. É interessante comparar as soluções encontradas para os casos de preço de reserva secreto com ou sem negociação. Tem-se:

$$\lambda^{prs}(x) = \frac{n}{n+1} x + \frac{1}{n+1}$$

$$\lambda^{psn}(x) = \left(\frac{n-1}{n+1}\right)^{\frac{1}{2}} x + \left(1 - \left(\frac{n-1}{n+1}\right)^{\frac{1}{2}}\right)$$

$$\frac{n}{n+1} > \left(\frac{n-1}{n+1}\right)^{\frac{1}{2}} \Leftrightarrow n^2(n+1) > (n+1)^2(n-1) \Leftrightarrow n^2 > n^2 - 1 \Leftrightarrow 1 > 0$$

Portanto, o peso dado ao valor do licitante no seu lance no modelo com negociação  $\alpha^{psn} = [(n-1) \div (n+1)]^{0.5}$  é menor que o peso dado ao valor do licitante no modelo sem negociação  $\alpha^{prs} = (n) \div (n+1)$ . Como se trata de combinações lineares convexas, tem-se:

$$\alpha^{prs} > \alpha^{psn} \quad \text{e} \quad \beta^{prs} < \beta^{psn}$$

Mas, então, tanto  $\lambda^{prs}(x)$  como  $\lambda^{psn}(x)$  são combinações lineares convexas de  $x(< 1)$  e 1, sendo que  $\lambda^{prs}(x)$  dá um peso maior ao menor dos dois pontos dessa média,  $x$ ; portanto,  $\lambda^{prs}(x) < \lambda^{psn}(x)$ , ou seja, o mecanismo de preço de reserva com negociação aumenta o lance dos licitantes, o que é ruim para o governo. Isso ocorre porque no novo modelo o que o jogador precisa fazer é vencer seus adversários, já que, feito isso, caso seu lance seja maior que o valor de reserva, ainda terá a opção de reduzi-lo e executar a obra se seu custo estiver abaixo do custo de reserva.

No entanto, há que se ressaltar que a possibilidade de negociação faz com que o objeto seja vendido quando nem todos os lances estão acima do valor de reserva, se o vencedor tiver custo abaixo desse valor de reserva.

Comparando com os demais modelos analisados, tem-se:

$$\lambda^{prs}(x) < \lambda^{spr}(x), \lambda^{psn}(x) \quad \text{e} \quad \lambda^{spr}(x) > \lambda^{pra}(x; r)$$

No entanto, não há uma relação única de desigualdade entre  $\lambda^{pra}(x; r)$  e  $\lambda^{prs}(x)$ .

### O pagamento esperado do governo

A Proposição 9 apresenta o pagamento esperado do governo na licitação com preço de reserva secreto e com negociação.

Proposição 9. O pagamento esperado do governo em uma licitação selada de menor custo com preço de reserva secreto  $r$  e com negociação depende da relação entre  $\lambda(\underline{\omega})$  e  $r$ .

(i) Se  $\lambda(\underline{\omega}) > r$  então o pagamento esperado é:

$$m^{psn}(r) = nr \int_0^r [1 - G(x)]f(x)dx$$

(ii) Se  $\lambda(\underline{\omega}) \leq r$  então o pagamento esperado é dado pela expressão a seguir, em que  $\lambda(y) = \lambda^{psn}(y)$  é o lance de um licitante de custo  $y$  no equilíbrio de Nash encontrado na Proposição 8.

$$m^{psn}(r) =$$

$$\begin{aligned} & n \int_{\underline{\omega}}^{\lambda^{-1}(r)} x[1 - G(x)]f(x)dx + n \int_{\underline{\omega}}^{\lambda^{-1}(r)} \int_x^{\bar{\omega}} [1 - H(y)][1 - G(y)]dy f(x)dx \\ & + n \int_{\underline{\omega}}^{\lambda^{-1}(r)} [\mathcal{H}(\lambda(x)) - \mathcal{H}(x)][1 - G(x)]f(x)dx \\ & + nr \int_{\lambda^{-1}(r)}^r [1 - G(x)]f(x)dx \end{aligned}$$

Exemplo 8. Considere novamente o caso especial em que os valores são uniformemente distribuídos no intervalo  $[0, 1]$ , com a solução linear. Então:

$$m^{psn}(r) = nA(s) + nB(s) + nC(s) + nD(s)$$

em que:

$$nA(s) = \frac{1}{n+1} [1 - (1-s)^n(1+ns)]$$

$$nB(s) = \frac{n}{n+1} \frac{1}{n+2} [1 - (1-s)^{n+2}]$$

$$nC(s) = \frac{1}{2} \left[ \beta^2 + \frac{1}{n+1} \left[ \frac{2}{n+2} (\alpha^2 - 1) + 2\alpha\beta \right] \right. \\ \left. - \frac{1}{2} \left[ a(s) + \frac{1}{n+1} \left[ c(s) + \frac{2}{n+2} (\alpha^2 - 1)[1-s] \right] [1-s] \right] [1-s]^n \right]$$

$$nD(s) = r[[1-s]^n - [1-r]^n]$$

$$s = 1 - \alpha^{-1}(1-r)$$

$$\alpha = \left( \frac{n-1}{n+1} \right)^{\frac{1}{2}}, \quad \beta = 1 - \alpha$$

$$a(s) = (\alpha^2 - 1)s^2 + 2\alpha\beta s + \beta^2$$

$$c(s) = 2(\alpha^2 - 1)s + 2\alpha\beta$$



### ***O benefício líquido para a governo***

Suponha como anteriormente que a obra, uma vez realizada, gere um ganho de bem-estar social  $g$  para a sociedade, que identificamos com  $r \in \Omega = [\underline{\omega}, \bar{\omega}] \in \mathbb{R}_+$ .

No modelo atual, com preço de reserva secreto, mas com possibilidade de negociação, a obra será contratada sempre que o menor valor dos participantes for menor que  $r$ , ou seja, a obra será executada com probabilidade:

$$\text{Prob} \left[ \min_{i=1, \dots, n} x_i \leq r \right] = 1 - (1 - F(r))^n$$

Então, o benefício líquido do governo com a obra, é:  $r[1 - (1 - F(r))^n] - m^{psn}(r)$ .

A Tabela 6 a seguir apresenta o benefício esperado líquido do governo para a licitação com preço de reserva secreto e com negociação no caso das distribuições uniformes. A primeira coluna corresponde ao número de jogadores enquanto a segunda coluna corresponde ao valor de reserva anterior ao qual, se a obra for contratada, ela o será feito ao custo igual ao valor de reserva, de forma que o benefício líquido esperado é nulo. Todas as células em cinza se encontram nessa situação. Por exemplo, com  $n=2$  jogadores, se o preço de reserva for inferior a 0,423, então, caso a obra seja contratada, ela o será no processo de negociação, de forma que o vencedor receberá exatamente  $r$  pela obra. Em comparação com situação de preço de reserva secreto sem negociação, observa-se que aumenta a região em que o benefício líquido esperado é nulo, ainda que aumente também a região em que a obra é efetivamente contratada. O que ocorre é que, enquanto no caso sem negociação havia uma probabilidade nula da obra ser contratada ao custo  $r$ , agora essa probabilidade é positiva, pois sempre que há negociação e o vencedor tem custo abaixo de  $r$ , a obra é contratada pelo preço  $r$ , o que dá benefício líquido zero ao governo.

Tabela 6. Benefício líquido da licitação com preço de reserva secreto e negociação, para diferentes valores do benefício da obra e do número de participantes com distribuições uniformes.

n	$\lambda(0)$	Benefício bruto: Preço de reserva secreto r																		
		0,10	0,15	0,20	0,25	0,30	0,35	0,40	0,45	0,50	0,55	0,60	0,65	0,70	0,75	0,80	0,85	0,90	0,95	1,00
		Benefício líquido esperado: $r[1 - (1 - F(r))^n] - m^{psn}(r)$																		
2	0,423	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,001	0,010	0,026	0,049	0,078	0,112	0,151	0,193	0,238	0,286	0,335	0,385
3	0,293	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,007	0,022	0,045	0,075	0,109	0,148	0,191	0,236	0,283	0,331	0,381	0,430	0,480	0,530
4	0,225	0,000	0,000	0,000	0,002	0,013	0,034	0,063	0,098	0,137	0,180	0,225	0,273	0,321	0,370	0,420	0,470	0,520	0,570	0,620
5	0,184	0,000	0,000	0,000	0,012	0,034	0,065	0,102	0,143	0,188	0,234	0,282	0,331	0,381	0,431	0,480	0,530	0,580	0,630	0,680
6	0,155	0,000	0,000	0,007	0,027	0,057	0,094	0,135	0,180	0,227	0,276	0,325	0,375	0,425	0,474	0,524	0,574	0,624	0,674	0,724
7	0,134	0,000	0,001	0,015	0,042	0,077	0,119	0,164	0,211	0,259	0,308	0,358	0,408	0,458	0,508	0,558	0,608	0,658	0,708	0,758
8	0,118	0,000	0,004	0,025	0,057	0,096	0,140	0,187	0,235	0,285	0,334	0,384	0,434	0,484	0,534	0,584	0,634	0,684	0,734	0,784
9	0,106	0,000	0,009	0,034	0,070	0,113	0,159	0,207	0,256	0,305	0,355	0,405	0,455	0,505	0,555	0,605	0,655	0,705	0,755	0,805
10	0,095	0,000	0,014	0,044	0,083	0,127	0,174	0,223	0,273	0,322	0,372	0,422	0,472	0,522	0,572	0,622	0,672	0,722	0,772	0,822
11	0,087	0,001	0,019	0,052	0,094	0,140	0,188	0,237	0,287	0,337	0,387	0,437	0,487	0,537	0,587	0,637	0,687	0,737	0,787	0,837
12	0,080	0,002	0,024	0,061	0,104	0,151	0,200	0,249	0,299	0,349	0,399	0,449	0,499	0,549	0,599	0,649	0,699	0,749	0,799	0,849
13	0,074	0,004	0,030	0,068	0,113	0,161	0,210	0,260	0,310	0,360	0,410	0,460	0,510	0,560	0,610	0,660	0,710	0,760	0,810	0,860
14	0,069	0,006	0,035	0,075	0,121	0,170	0,219	0,269	0,319	0,369	0,419	0,469	0,519	0,569	0,619	0,669	0,719	0,769	0,819	0,869
15	0,065	0,008	0,040	0,082	0,129	0,178	0,227	0,277	0,327	0,377	0,427	0,477	0,527	0,577	0,627	0,677	0,727	0,777	0,827	0,877
16	0,061	0,011	0,044	0,088	0,135	0,184	0,234	0,284	0,334	0,384	0,434	0,484	0,534	0,584	0,634	0,684	0,734	0,784	0,834	0,884
17	0,057	0,013	0,049	0,093	0,141	0,191	0,240	0,290	0,340	0,390	0,440	0,490	0,540	0,590	0,640	0,690	0,740	0,790	0,840	0,890
18	0,054	0,015	0,053	0,098	0,147	0,196	0,246	0,296	0,346	0,396	0,446	0,496	0,546	0,596	0,646	0,696	0,746	0,796	0,846	0,896
19	0,051	0,018	0,057	0,103	0,152	0,201	0,251	0,301	0,351	0,401	0,451	0,501	0,551	0,601	0,651	0,701	0,751	0,801	0,851	0,901
20	0,049	0,020	0,060	0,107	0,156	0,206	0,256	0,306	0,356	0,406	0,456	0,506	0,556	0,606	0,656	0,706	0,756	0,806	0,856	0,906

Nota: O benefício bruto da obra é identificado ao preço de reserva, que é obtido somente quando a obra é contratada. O parâmetro  $n$  corresponde ao número de jogadores. Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ , bem como o valor de reserva. A função lance  $\lambda^{psn}(x)$  correspondendo ao lance de equilíbrio dos jogadores quando há  $n$  participantes não é apresentada na tabela, mas é usada nos cálculos. A função  $m^{psn}(r)$  corresponde ao dispêndio esperado do governo, ou seja, o pagamento esperado ao licitante vencedor pela execução da obra. A variável relevante é o benefício líquido:  $r[1 - (1 - F(r))^n] - m^{psn}(r)$ . O parâmetro  $\lambda(0)$  na segunda coluna explicita situações em que se o objeto for vendido, será pelo seu valor de reserva, gerando um benefício líquido nulo.

Fonte: Elaboração própria.

A Tabela 7, por sua vez apresenta a diferença entre benefício esperado líquido quando com preço de reserva secreto com negociação e sem negociação. Um valor negativo indica a superioridade da licitação sem

negociação. As células em cinza correspondem à situação em que o benefício é nulo no modelo de preço secreto com negociação. Note que a negociação nunca é vantajosa para o governo. Como os lances são maiores em presença de negociação, as obras ficam mais caras e a introdução da negociação se torna prejudicial.

Tabela 7. Diferença entre o benefício líquido da licitação com preço de reserva secreto e anunciado, para diferentes valores do benefício da obra e do número de participantes.

		Benefício bruto: Valor de reserva $r$																		
$n$		0,10	0,15	0,20	0,25	0,30	0,35	0,40	0,45	0,50	0,55	0,60	0,65	0,70	0,75	0,80	0,85	0,90	0,95	1,00
		Diferença entre o benefício esperado líquido com preço de reserva secreto e anunciado																		
2		0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	-0,006	-0,018	-0,028	-0,037	-0,044	-0,049	-0,053	-0,056	-0,058	-0,059	-0,059	-0,060	-0,060
3		0,000	0,000	0,000	0,000	-0,005	-0,012	-0,017	-0,022	-0,025	-0,027	-0,029	-0,030	-0,031	-0,032	-0,032	-0,032	-0,032	-0,032	-0,032
4		0,000	0,000	0,000	-0,004	-0,009	-0,013	-0,015	-0,017	-0,018	-0,019	-0,020	-0,020	-0,020	-0,020	-0,020	-0,020	-0,020	-0,020	-0,020
5		0,000	0,000	-0,003	-0,006	-0,009	-0,011	-0,012	-0,013	-0,013	-0,014	-0,014	-0,014	-0,014	-0,014	-0,014	-0,014	-0,014	-0,014	-0,014
6		0,000	0,000	-0,004	-0,006	-0,008	-0,009	-0,009	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010	-0,010
7		0,000	-0,001	-0,004	-0,005	-0,006	-0,007	-0,007	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008	-0,008
8		0,000	-0,002	-0,004	-0,005	-0,005	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006	-0,006
9		0,000	-0,002	-0,003	-0,004	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005	-0,005
10		0,000	-0,002	-0,003	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004	-0,004
11		-0,001	-0,002	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003
12		-0,001	-0,002	-0,002	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003
13		-0,001	-0,002	-0,002	-0,002	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003	-0,003
14		-0,001	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002
15		-0,001	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002
16		-0,001	-0,001	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002
17		-0,001	-0,001	-0,001	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002	-0,002
18		-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001
19		-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001
20		-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001	-0,001

Nota: O benefício bruto da obra é identificado ao preço de reserva. O parâmetro  $n$  corresponde ao número de jogadores. Esta simulação é baseada na hipótese de valores de custos dos licitantes e do preço de reserva uniformemente distribuídos no intervalo  $[0,1]$ . As células marcadas em cinza correspondem a situações em que anunciar o preço de reserva leva a um maior benefício para o governo do que mantê-lo secreto, enquanto as células em branco correspondem à situação inversa em que o mecanismo com preço de reserva secreto é superior.

Fonte: Elaboração própria.

Vale notar a importante hipótese feita neste jogo de que o valor de reserva é igual ao benefício gerado pela obra. Isso faz com que, toda vez que a obra é contratada em razão da redução do preço via negociação, o benefício líquido para o governo seja nulo, pois ele paga exatamente o que vale a obra para si. Portanto, a única vantagem da negociação, que seria garantir a contratação da obra em mais situações que na ausência dela, é perdida nesta comparação. Portanto, se for adequada a hipótese de modelagem segundo a qual o preço de reserva corresponde ao valor da obra para o governo, não existe real justificativa para se introduzir a possibilidade de negociação no caso específico de valores privados, idêntica e uniformemente distribuídos. Em suma, enquanto a análise comparativa a respeito de preço de reserva secreto versus anunciado sugere a superioridade do preço de reserva secreto especialmente para obras mais caras, esta seção sugere que o preço de reserva secreto sem possibilidade de negociação leva a um melhor resultado para o governo do que a introdução da possibilidade de negociação *ex-post*.

### **Considerações finais: o problema da negociação**

Muito tem-se discutido a respeito de ser ou não desejável manter segredo sobre o valor de reserva em uma licitação pública. Na recente reforma da lei das licitações, além do valor secreto, foi introduzido um mecanismo que também existe na União Europeia, a negociação *ex-post* com vistas a se garantir o sucesso da licitação quando o vencedor ainda faz um lance acima do limite secreto. Nesse caso, pergunta-se ao vencedor se este estaria disposto a baixar seu valor de forma a chegar no máximo permitido.

Pouco se tem estudado a respeito desse mecanismo de negociação inovador. O presente trabalho pretende contribuir para preencher esta lacuna, usando, para tanto, um modelo de licitação de valores privados, independentes e identicamente distribuídos. Os equilíbrios encontrados e suas simulações indicam alguns resultados interessantes quanto à comparação dos diferentes modelos de licitação possíveis.

Em primeiro lugar, incluir-se um preço de reserva publicamente anunciado é melhor do que não o incluir, no sentido de que o benefício esperado líquido do governo é maior com o preço de reserva anunciado. Há, no entanto, um “caveat”. Ao incluir o preço de reserva, a obra deixa de ser contratada em algumas situações, o que não ocorre na ausência de preço de reserva. Ademais, fica clara a importância da competição, uma vez que o aumento do número de participantes praticamente elimina a vantagem de se incluir preço de reserva anunciado.

Em segundo lugar, incluir-se um preço de reserva secreto também é melhor do que não incluir qualquer preço de reserva, com semelhante embargo sobre a não contratação da obra.

Em terceiro lugar, incluir-se um preço de reserva secreto pode ser melhor ou pior que anunciá-lo publicamente, sendo melhor para valores de reserva mais elevados e pior para valores de reserva mais baixos.

Finalmente, incluir-se a possibilidade de negociação no modelo com preço de reserva secreto aumenta o lance dos jogadores, o que faz com que se diminua a vantagem da inclusão do preço de reserva secreto. Portanto, essa novidade da negociação tende a reduzir o benefício do governo em comparação com o simples preço de reserva secreto.

Diferentemente da modelagem de leilões, em que o preço de reserva se encontra naturalmente definido como o valor que o proprietário do objeto atribui ao bem que está sendo leiloado, no caso da licitação há certa ambiguidade na definição do preço de reserva. A adaptação natural da formulação dos leilões seria identificar o preço de reserva com o benefício que a obra ou o serviço que está sendo licitado gera para a sociedade. Essa foi a estratégia de modelagem escolhida no presente trabalho.

Por outro lado, a legislação vigente é bem clara em estabelecer que o valor de reserva deve ser o valor competitivo de construção da obra ou fornecimento do serviço. Há uma explicação teórica para identificar os dois conceitos, custo competitivo e benefício social; no entanto, pode-se facilmente argumentar pela diferenciação entre esses dois conceitos. Se o benefício social de uma obra ou serviço for maior que seu custo competitivo, então seu

fornecimento, mesmo quando o governo paga seu valor de reserva, geraria um benefício líquido estritamente positivo para o governo. Nesse caso, poderia haver uma vantagem adicional no modelo em que se permite negociação, que pode ou não compensar o aumento do custo associado a esse mecanismo. A extensão do modelo para incorporar essa questão é deixada aqui como sugestão para pesquisas futuras, bem como simulações com distribuições mais gerais dos valores dos jogadores e do governo.

Finalmente, o estudo aqui apresentado se encaixa no paradigma dos valores privados independentes. A extensão da análise para valores comuns ou afiliados, bem como para a possibilidade de conluio também é sugerida para explorações futuras.

### **Referências bibliográficas**

BRISSET, Karine; NAEGELEN, Florence. “Why the reserve price should not be kept secret.” *Topics in Theoretical Economics* 6.1, 2006.

ELYAKIME, Bernard; LAFFONT, Jean Jacques; LOISEL, Patrice; VUONG, Quang. “First-price sealed-bid auctions with secret reservation prices.” *Annales d'Economie et de Statistique* 34: 115-141, 1994.

LAFFONT, Jean Jacques; and MASKIN, Eric. “Optimal reservation price in the Vickrey auction.” *Economics Letters* 6.4: 309-313, 1980.

MILGROM, Paul R.; WEBER, Robert J. “A theory of auctions and competitive bidding.” *Econometrica* 50(5): 1089-1122, 1982.

MYERSON, Roger B. “Optimal auction design.” *Mathematics of Operations Research* 6.1: 58-73, 1981.

NÓBREGA, Marcos. “O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Negotiauction e o Orçamento Sigiloso”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)* 42, 2015.

PORTUGAL, Adriana C.; BUGARIN, Maurício. “Limite de contratos por empresas em licitações públicas: uma análise sob a ótica da teoria dos leilões”. *Revista do TCU* 1(147): 92-113, 2021.

REZENDE, Renato M. “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011”. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Texto para Discussão nº 100, 2013. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm). Acesso em: 08 abr. 2021.

RILEY, John G.; SAMUELSON, William F. “Optimal auctions.” *The American Economic Review* 71.3: 381-392, 1981.

SILVA, Ângelo. “Preço de reserva sigiloso em licitações públicas.” *Prêmio Tesouro Nacional* 16, 2011.

SOUZA, Renato M. “A Utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) pela INFRAERO.” XV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas, Vitória/ES, 2013. Disponível em: [http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15\\_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf](http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf). Acesso em: 08 abr. 2021.

VICKREY, William. “Counterspeculation, auctions, and competitive sealed tenders.” *The Journal of Finance* 16.1: 8-37, 1961.

VINCENT, Daniel R. “Bidding off the wall: Why reserve prices may be kept secret.” *Journal of Economic Theory* 65. 2: 575-584, 1995.



---

## **Notas sobre os autores**

### **MAURÍCIO SOARES BUGARIN**

Bacharel (1983) e Mestre em Matemática (1988) pela Universidade de Brasília; Master of Science (1994) e PhD in Economics (1997) pela University of Illinois, é professor titular da UnB. Pós-doutor nas universidades de Illinois, Rochester, Tsukuba, Kobe, Yohohama, IDE, Vanderbilt, recebeu: o Prêmio Haralambos Simeonides de melhor artigo em Economia (2002); o Prêmio Tesouro Nacional de Finanças Públicas (1º. lugar em 2012, 2004, 2001 e 1999); o Robert Cooter Award for Scholarship in Law and Economics (2012) entre outros prêmios. Co-organizou o International Workshop of the Game Theory Society (2014) e é membro permanente da comissão organizadora do Latin American Workshop in Law and Economics. É pesquisador do CNPq e líder fundador do grupo de pesquisa do CNPq “Economics and Politics Research Group”.

### **ADRIANA CUOCO PORTUGAL**

Bacharel em Engenharia Civil (1993), Mestre em Economia do Setor Público (2000) e Doutora em Economia (2006) pela Universidade de Brasília. Auditora de controle externo do TCDF (desde 1995), onde exerceu o cargo de diretora do então Núcleo de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, especializado no acompanhamento de obras de grande porte no DF (entre 2010 e 2018). Recebeu o Prêmio Tesouro Nacional de Finanças Públicas em 2001 e o de melhor artigo técnico do III Congresso Internacional de Controle e Políticas Públicas (IRB e TCE/PR, 2017). É pesquisadora associada do grupo de pesquisa do CNPq “Economics and Politics Research Group” (2017). Diretora do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP (desde 2010), onde exerce a coordenação do Grupo de Trabalho que elabora os Procedimentos Nacionais para Auditorias em Obras Rodoviárias.