

E-BOOK

# Seminário de Direito e Economia do Nordeste



## **DIRETORIA DO CONSELHO SECCIONAL - 2019/2021**

***Presidente:***

Aldo de Medeiros Lima Filho

***Vice-Presidente:***

Rossana Daly de Oliveira Fonseca

***Secretário Geral:***

João Victor de Hollanda Diógenes

***Secretária-Geral Adjunta:***

Milena da Gama Fernandes Canto

***Diretor-Tesoureiro:***

Alexander Henrique Nunes Gurgel

## **DIRETORIA DA ESA - ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA - 2019/2021**

***Diretor:***

Daniel Ramos Dantas

***Vice-Diretor:***

Felipe Maciel Pinheiro Barros

***Diretora Adjunta:***

Larissa Brandão Teixeira

***Diretor Adjunto:***

Hugo Ferreira de Lima

***Diretora Adjunta:***

Kelly Kericy Nogueira da Silva

***Consultora Acadêmica:***

Mariana Fernandes Martins de Lima



Comissão Especial  
de Direito e economia

## COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO E ECONOMIA - 2019/2021

***Presidente:***

Tatiane Dantas Nascimento

***Secretária:***

Daniel Oliveira Araújo

***Membros:***

Dyjann Müller de Aguiar Varela

Gustavo Vinicius Eleutério

José Marcelo Ferreira Costa

José Anderson Souza de Salles

Adolfo Franco Delgado

Thaysa Oliveira de Lima e Souza

João Marcelo Pinto Dantas

Diogo Cunha Lima Marinho Fernandes

Ricardo Luiz Muniz de Souza Filho

Lorrany Ritter Vilela

Giulliana Niederauer Flores Severo

Ana Marília Dutra Ferreira da Silva

Victor Henrique Mesquita Dutra Cortez

Mario Augusto Silva Araújo

Tatiana Silva de Queiroz Nunes

André de Souza Dantas Elali

Victor Rafael Fernandes Alves

***Membros Consultores:***

Luiz Felipe Monteiro Seixas

## **COMISSÃO ORGANIZADORA DO II SEMINÁRIO DE DIREITO E ECONOMIA DO NORDESTE**

Ana Marília Dutra Ferreira da Silva  
Daniel Oliveira Araújo  
José Anderson Souza de Salles  
Luiz Felipe Monteiro Seixas  
Ricardo Luiz Muniz de Souza Filho  
Tatiane Dantas Nascimento

## **COMISSÃO CIENTÍFICA DO II SEMINÁRIO DE DIREITO E ECONOMIA DO NORDESTE**

Ana Marília Dutra Ferreira da Silva  
Daniel Oliveira Araújo  
José Anderson Souza de Salles  
Luiz Felipe Monteiro Seixas  
Fillipe Azevedo Rodrigues  
Tatiane Dantas Nascimento

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

II Seminário de Direito e Economia do Nordeste

[livro eletrônico]. -- Natal, RN : Ana Marília Dutra Ferreira da Silva, 2021.  
PDF

Vários organizadores.

ISBN 978-65-00-35995-4

1. Análise econômica do direito
2. Brasil - Nordeste
3. Direito econômico
4. Direito econômico - Brasil

21-92870

CDU-34:33

# APRESENTAÇÃO

É com muita honra e satisfação que a **Comissão Especial de Direito e Economia da OAB/RN, em especial, a Comissão Organizadora e Científica do II Seminário de Direito e Economia do Nordeste**, organiza e publica a coletânea de artigos científicos, fruto deste evento realizado em formato virtual e transmitido pelo canal da OAB/RN no YouTube, que, além da submissão e apresentação dos trabalhos, contemplou palestras acerca de vários ramos do Direito em que o instrumental metodológico da microeconomia se mostra pertinente, entre eles o Direito à Infraestrutura, Direito Societário e Empresarial, o Direito Tributário, as Ciências Jurídico-Criminais, a Filosofia do Direito e o Direito do Consumidor.

O **II Seminário de Direito e Economia do Nordeste** foi realizado pela Comissão Especial de Direito e Economia, **com a parceria da ESA/RN e apoio da OAB/RN**, no intuito de promover o debate e o conhecimento acerca das relações existentes entre o Direito e a Economia, especialmente a aplicabilidade da metodologia da Análise Econômica do Direito na prática jurídica de pesquisadores e advogados.

Trata-se, portanto, de um livro de extrema relevância que ratifica a participação da região Nordeste na pesquisa interdisciplinar de Direito e Economia, consolidando o pioneirismo incentivado pelos organizadores do evento desde a primeira edição do Seminário realizada no ano de 2013.

A Comissão Especial de Direito e Economia é formada por uma equipe de advogados e estudiosos que buscaram, de acordo com suas possibilidades,

unir esforços para incentivar o debate jurídico através de uma visão que vai além da dogmática tradicional.

A OAB/RN, através de seu Presidente, Dr. Aldo Medeiros, percebeu a potencialidade de atuação da Comissão Especial de Direito e Economia e sempre apoiou suas atividades, inclusive, participando como convidado de um dos painéis de maior repercussão do II Seminário de Direito e Economia do Nordeste que tratou da Eficiência no âmbito do Poder Judiciário.

É importante destacar que esse documento é fruto do trabalho de muitos colaboradores a quem devemos nossos sinceros agradecimentos: Equipe da Comunicação da OAB/RN; Equipe de suporte às Comissões da OAB/RN; membros das Comissões Organizadora e Científica; além, é claro, dos próprios autores dos artigos aqui publicados.

Nossa gratidão à OAB/RN e à ESA/RN, nas pessoas de seus presidentes, Dr. Aldo e Dr. Daniel, que não mediram esforços para tornar o II Seminário de Direito e Economia do Nordeste um evento digno de memória, tendo, inclusive, disponibilizado as gravações dos painéis no canal da OAB no YouTube para que os espectadores possam ver e rever as excelentes palestras ministradas.

Gratidão especial aos palestrantes e convidados do II Seminário de Direito e Economia do Nordeste que demonstraram interesse imediato aos convites realizados e abrilhantaram o evento com muito conhecimento e experiência prática.

O lançamento do ***E-Book Coletânea de Artigos do II Seminário de Direito e Economia do Nordeste*** encerra o ciclo de atividades da Comissão Especial de Direito e Economia da OAB/RN na esperança de que este grupo venha a semear e cultivar novos frutos em um futuro próximo.

**Tatiane Dantas Nascimento**

*Presidente da Comissão Especial de Direito e Economia da OAB/RN*

# PREFÁCIO

Nos idos de 2007, ainda durante o Curso de Graduação em Direito junto à Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), tive a oportunidade de cursar a disciplina “Teoria Geral do Direito Comercial” com o Prof. Virgílio Fernandes de Macedo Junior. Para além do conhecimento e generosidade habitual, à época, em conversas informais ao final das aulas, o Prof. Virgílio mencionou pela primeira vez a existência de um campo de conhecimento interdisciplinar, que aliava a Economia ao Direito. Lembro-me que fiquei bastante curioso, apesar de nada conhecer a respeito, sobretudo porque ali encontrei um espaço reflexivo e crítico que destoava da dogmática jurídica tradicional ao qual estava habituado na faculdade.

Meu contato com a Ciência Econômica tinha se dado anos antes, na disciplina “Economia Política” (ainda bastante comum nas estruturas curriculares dos Cursos de Direito Brasil afora), disciplina a qual não dei a devida importância à época, seja em decorrência da minha imaturidade intelectual, ou da abordagem e metodologia da professora (somente mais tarde compreendi o quanto ela – a disciplina – é fundamental).

De volta ao Prof. Virgílio, ante minha curiosidade sobre esse campo desconhecido e das minhas indagações a respeito, ao final de uma aula posterior ele me chamou para conversar e me emprestou alguns livros e periódicos que abordavam tal temática. Um dos livros, inclusive, era o *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*, organizado por Décio



Zylbersztajn e Rachel Sztajn, no ano de 2005, uma das obras pioneiras sobre o tema no Brasil. Provavelmente o Prof. Virgílio não possui dimensão do papel que ele desempenhou no meu percurso acadêmico, profissional e pessoal (em verdade, nem eu sabia), mas a partir daquele momento iniciou-se minha jornada pela Análise Econômica do Direito (AED).

Foi a partir da Análise Econômica do Direito que desenvolvi meu projeto de dissertação junto ao Mestrado Acadêmico da UFRN, defendida em 2012 (voltada a uma análise da tributação no Brasil a partir da metodologia de Direito & Economia), o qual, segundo o amigo Fillipe Azevedo Rodrigues (também organizador da obra objeto deste prefácio), foi a primeira dissertação de AED no âmbito do referido Programa de Pós-Graduação (nunca confirmei a informação, mas credito a Fillipe a responsabilidade!). O próprio Fillipe, já em 2013, também defendeu dissertação no Mestrado Acadêmico da UFRN, trabalhando temática correlata, agora aplicando a AED ao direito penal.

Foi também por conta (ou por culpa!) do Fillipe que em 2013 organizamos eu, ele, a Tatiane Dantas Nascimento e a Cristiane de Figueiredo Pinheiro (e contando com o apoio e suporte dos Professores Yanko Marcius de Alencar Xavier e André de Souza Dantas Elali), o Seminário de Direito e Economia do Nordeste, o primeiro evento sobre AED em solo potiguar, que contou com a participação de vários especialistas sobre o tema. Apesar de modesto, lembro-me do quanto foi prazeroso poder realizar aquele evento, seja por conta da equipe envolvida, pelas excelentes palestras que foram realizadas no auditório do Tribunal Regional Eleitoral do RN, ou da sensação de que uma semente havia sido plantada naquele momento.

Oito anos depois, agora em 2021, durante o triste cenário de pandemia de Covid-19, recebo o convite da Tatiane, agora na condição de Presidente da Comissão Especial de Direito e Economia da OAB/RN, para organizarmos o II Seminário de Direito e Economia do Nordeste. A ideia derivou dos



trabalhos da referida Comissão (iniciada no ano de 2019 e da qual eu sou Membro Consultor), que atuou substancialmente na realização de eventos, debates e conferências sobre a temática da AED desde sua criação e, principalmente, durante o ano de 2020. Dessa maneira, no primeiro semestre de 2021, com o apoio da OAB/RN, realizamos (em formato virtual) o II Seminário de Direito e Economia do Nordeste, com uma programação que se estendeu por vários dias, contando com diferentes conferencistas de todo o Brasil, que apresentaram temas atuais relacionados à Análise Econômica do Direito (e sua aplicação sobre diversas matérias).

Ainda que virtualmente, resgatar o espírito do primeiro Seminário, agora ao lado de vários outros entusiastas da AED (além de mim, Tatiane e Fillipe, também compuseram a comissão organizadora a Ana Marília Dutra Ferreira da Silva, o Daniel Oliveira Araújo, o José Anderson Souza de Salles e o Ricardo Luiz Muniz de Souza Filho), foi uma experiência excelente, o que apenas confirmou que aquela semente plantada anos atrás rendeu ótimos frutos.

Nesse sentido, um dos principais resultados do II Seminário de Direito e Economia do Nordeste corresponde a essa pequena obra coletiva, que reúne versão expandidas de alguns dos trabalhos que foram apresentados durante o evento, bem como contribuições de outros pesquisadores potiguares que se dedicam ao estudo da AED. Os trabalhos aqui reunidos possuem temáticas diversas, passando pelo exame do princípio da eficiência na Constituição de 1988; pela discussão em torno da democracia digital; pela análise da lei que autoriza o desconto em folha de pagamento; uma investigação sobre os cartéis em licitações públicas; um estudo sobre a eficiência do Programa Bolsa Família e do dever de informação nas relações de consumo; e, por fim, as discussões contemporâneas em torno da Análise de Impacto Regulatório. Como não poderia deixar de ser, o fio condutor dos artigos é o uso, direto ou indireto, da metodologia de Direito & Economia.

Naturalmente, ainda há muito para se explorar e difundir no que diz respeito à Análise Econômica do Direito. No entanto, observar e, em alguma medida, protagonizar o desenvolvimento de uma escola própria de AED no Brasil reforça a sensação de curiosidade e satisfação que tive em 2007, nas conversas com o Prof. Virgílio. Aos que aqui chegaram, sejam iniciados em AED ou não, deixo uma recomendação: sigam curiosos e questionadores, sobre tudo (inclusive a própria AED). É somente com base no dissenso e na diferença que o conhecimento se constrói e evolui.

Uma ótima leitura!

**Luiz Felipe Monteiro Seixas**

*Membro-Consultor da Comissão Especial de Direito e Economia da OAB/RN*

# SUMÁRIO

<b>O PROBLEMA DO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A CONTRIBUIÇÃO DA ECONOMIA .....</b>	<b>09</b>
Ana Marília Dutra Ferreira da Silva .....	09
<b>DEMOCRACIA DIGITAL E ESCOLHA PÚBLICA: UM VISLUMBRE SOBRE A CIBERDEMOCRACIA BRASILEIRA .....</b>	<b>25</b>
Vinícius Freire Amorim .....	25
Katiano Renato Alves de Medeiros Junior .....	25
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DOS IMPACTOS DA LEI Nº 10.820/03 COMO INSTRUMENTO DE BARATEAMENTO DO CRÉDITO .....</b>	<b>49</b>
Rafael Mendes Cunha Barroso .....	49
Heloisa Santos Souza .....	49
Alecia Franciane Alves Barros .....	49
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DO CARTEL EM LICITAÇÃO: ESTRATÉGIAS PARA REGULAÇÃO EFICIENTE E O DESENVOLVIMENTO DA LIVRE CONCORRÊNCIA .....</b>	<b>76</b>
Vívian Gabriella Barroso da Silva .....	76

<b>ANÁLISE DE EFICIÊNCIA DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA .....</b>	<b>96</b>
João Paulo Josviak .....	96
<b>DEVER DE INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E ECONOMIA COMPORTAMENTAL .....</b>	<b>120</b>
Bruno Yudi Soares Koga .....	120
<b>O ESTADO SUBSIDIÁRIO E A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO .....</b>	<b>138</b>
Giulliana Niederauer Flores Severo de Moraes .....	138
Pollyana Araújo Soares .....	138
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO OU DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO? POSSÍVEIS ENFOQUES E DISTINTAS ABORDAGENS METODOLÓGICAS .....</b>	<b>159</b>
Fillipe Azevedo Rodrigues .....	159
Luciana Yeung .....	159

# O PROBLEMA DO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A CONTRIBUIÇÃO DA ECONOMIA

*Ana Marília Dutra Ferreira da Silva<sup>1</sup>*

## **Resumo**

O princípio da eficiência foi inserido na Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional 19/98. Desde então, a doutrina brasileira tem discutido seu real significado e formas de aplicação. Os tribunais brasileiros, da mesma forma, são demandados para analisarem a constitucionalidade e legalidade de leis e atos administrativos à luz deste preceito. Este estudo pretende compreender como a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm delimitado o conteúdo jurídico do princípio da eficiência e examinar se o tema já restou exaurido, indicando uma possível solução ao estado da arte atual. A pesquisa pautou-se em uma análise exploratória com a aplicação do método dedutivo e partiu de um estudo sistemático da doutrina administrativista brasileira mais abalizada e de uma análise empírica da jurisprudência. Conclui que, mesmo após vinte anos da inserção do princípio em nossa Carta Magna, o respectivo conteúdo jurídico ainda precisa ser mais bem esclarecido.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2016). Doutoranda em Direito pela Université de Montréal. Professora do curso de Direito da Universidade Potiguar-UNP. Pesquisadora no Grupo de Estudos em Direito e Economia.

Isso decorre da não análise do princípio a partir dos conceitos científicos de eficiência econômica, os quais poderiam ajudar os autores e magistrados a sistematizarem um percurso metodológico para sua aplicação e melhor justificar o controle judicial da eficiência dos atos administrativos.

**Palavras-chave:** Princípio da eficiência. Eficiência econômica. Controle judicial.

### **Abstract**

The principle of efficiency was inserted in the Federal Constitution of 1988, through Constitutional Amendment 19/98. Since then, Brazilian doctrine has discussed its real meaning and forms of application. Brazilian courts, likewise, are required to analyze the constitutionality and legality of laws and administrative acts in light of this precept. This study intends to understand how Brazilian doctrine and jurisprudence have set out the legal content of this principle and to examine whether the theme is already exhausted, indicating a possible solution to the current state of art. The research was based on an exploratory analysis with the application of the deductive method and started from a systematic study of the Brazilian administrative doctrine and an empirical analysis of jurisprudence. It concludes that, even twenty years after the insertion of the principle in our Constitution, its legal content still needs to be better clarified. This results from not analyzing the principle from the scientific concepts of economic efficiency, which could help authors and judges to systematize a methodological path for its application and better justify the judicial control of the efficiency of administrative acts.

**Keywords:** Principle of efficiency. Economic efficiency. Judicial control.

# 1 INTRODUÇÃO

Eficiência é um termo utilizado com frequência, notadamente em momentos de crise, como um meio de atingir melhores resultados com menos recursos ou como uma solução para a escassez.

O termo surge na filosofia, mais precisamente, na classificação aristotélica de causas (material, formal, motriz e final). A causa motriz é conhecida tradicionalmente como causa eficiente e diz respeito àquilo de onde se origina a mudança ou a pausa. Com a industrialização, o termo passa a ser visto como um atributo humano quantificável, sendo utilizado pela engenharia mecânica e pela física.

Atualmente, o uso do termo tornou-se indiscriminado, servindo como *slogan* para o combate de uma série de problemas sociais. Além disso, também serve para descrever o uso do tempo livre, o consumo de combustível e a performance de alguns políticos, por exemplo. Ademais, alguns usos enfatizam uma retórica de transformação e, outros, um objetivo que pode ser analisado através de um processo de quantificação. Questiona-se, assim, se a eficiência traduz algum valor intrínseco ou se ela apenas serve à implementação de outros valores perseguidos pela sociedade.

A Emenda Constitucional 19/98 inseriu o princípio da eficiência no texto constitucional. Desde então, vários estudiosos têm se debruçado no estudo do seu conceito, aplicação e limites. No âmbito da análise econômica do direito, a eficiência exerce um papel chave, já que a diferenciação entre soluções mais ou menos eficientes é um aspecto importante desta abordagem metodológica. Alguns autores fazem uso dos conceitos de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks para melhor delimitar o princípio da eficiência. Indaga-se, no entanto, se esta abordagem tem sido suficiente.



O presente artigo pretende compreender como tem sido a construção doutrinária e jurisprudencial do princípio da eficiência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se verificar se o recurso aos conceitos de eficiência econômica tem sido suficiente para o enquadramento do conceito e perquirir se este é um debate já devidamente exaurido. A pretensão do artigo limita-se a identificar o problema e apontar um caminho para solução.

A pesquisa pautou-se em uma análise exploratória com a aplicação do método dedutivo. Fez-se uso da doutrina jurídica brasileira, da legislação atinente ao objeto do estudo, bem como de um levantamento jurisprudencial empírico para verificar como o STF tem aplicado o princípio da eficiência em suas decisões.

## **2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA SEGUNDO A DOUTRINA BRASILEIRA**

O princípio da eficiência repousa em um dever da Administração Pública que vai além do princípio da legalidade e que é intimamente ligado à noção econômica deste termo.

A doutrina brasileira define este princípio de diversas maneiras. Há os autores que confundem eficiência com eficácia, mesmo implicitamente. Segundo eles, o princípio da eficiência impõe uma obrigação de agir de modo eficaz, satisfatório (MODESTO, 2000, p. 113-114). Neste sentido, Moraes (2004, p. 319) afirma que a Administração Pública eficiente é aquela que produz o efeito desejado.

Outros autores, utilizam este princípio como sinônimo de economicidade. É o caso de Justen Filho (2014, p. 222-223), o qual afirma que o princípio da eficiência impõe a obrigação de evitar gastos, de maneira que

as finalidades buscadas pela Administração sejam realizadas com um menor custo econômico possível. Nobre Júnior (2005, p. 220) compartilha esta compreensão quando conclui que a eficiência se refere ao vínculo do administrador público à ideia de economicidade.

Por seu turno, Medauar (2007, p. 117) e Custódio Filho (1999, p. 213) entendem que o princípio da eficiência obriga a celeridade. É assim que a primeira aduz que, segundo este princípio, o administrador público deve agir de maneira rápida e precisa, enquanto o segundo defende que a eficiência administrativa supõe uma ação útil e rápida.

Di Pietro, Aragão e Cereijido propõem uma definição mais científica que advém de uma leitura dos conceitos de eficiência econômica. Eles enfatizam a noção de otimização dos resultados. O alcance dos melhores resultados está no centro do conceito fixado por Di Pietro (2014, p. 84), segundo o qual a Administração Pública e seus agentes devem apresentar a melhor performance possível para obter os melhores resultados.

Aragão (2004, p. 1) defende que a eficiência administrativa significa a realização máxima e prática das finalidades jurídicas ao menor custo possível, seja para o Estado, seja para as liberdades dos cidadãos. Por fim, Cereijido (2001, p. 232) afirma que o princípio da eficiência serve para guiar os agentes públicos na seleção dos melhores meios para promover, no final das contas, o interesse público.

Há também definições vagas e imprecisas que dificultam a distinção do princípio da eficiência de outros princípios que norteiam o direito administrativo. É o caso da definição trazida por Bugarin (2001, p. 48), segundo a qual a eficiência administrativa se apresenta, de um ponto de vista constitucional, como um direito subjetivo essencial à existência de uma gestão pública honesta, competente, participativa e transparente, cuja motivação é racionalmente compreensível. Moreira (2000, p. 320), da mesma maneira,

conclui que a Administração Pública seria eficiente se observasse a lei e a moral, de maneira impessoal e pública.

Tais definições tão variadas demonstram que os autores partem muito mais de uma noção intuitiva do que deveria ser a eficiência do que de uma análise prévia dos principais conceitos de eficiência econômica<sup>2</sup>. Com efeito, a doutrina administrativista raramente analisa o princípio da eficiência à luz da teoria econômica. Mesmo os autores que se aproximam do conceito econômico não realizam uma construção argumentativa de fundo, de modo que não esclarecem como eles chegaram nas conclusões demonstradas.

Assim, os autores se referem a noções de economicidade, otimização, eficácia, moralidade ou mesmo de impessoalidade sem as contextualizar, de maneira que a interpretação do dito princípio permanece vaga e ambígua. A eficiência econômica não é talvez o ponto de chegada para compreender o princípio da eficiência, mas é certamente o ponto de partida.

Gico Jr. (2020), por sua vez, autor ligado à análise econômica do direito, em seu artigo “Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência” identificou o problema da inexistência de um conceito jurídico de eficiência, ressaltando que o próprio Supremo Tribunal Federal encontra dificuldades na construção de um conceito de eficiência e em como operacionalizá-lo (GICO Jr., 2020, p. 4). Diante disso, o próprio autor sistematiza os conceitos científicos de eficiência produtiva, alocativa e dinâmica e os critérios de Pareto e Kaldor-Hicks, mas esquivava-se de definir e delimitar o conteúdo jurídico próprio do princípio da eficiência e os limites à sua aplicação.

Sem dúvidas, desde a inserção do princípio da eficiência no sistema constitucional brasileiro, a doutrina apresenta reservas à sua aplicação,

---

<sup>2</sup> Rodrigues (2021, p. 212) enfatiza que a noção de escolha racional pelos melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades que se pode extrair de definições de administrativistas revela o viés econômico intrínseco deste conceito.

seja negando sua natureza jurídica<sup>3</sup>, seja mitigando a sua força normativa. Pereira Júnior (1999, p. 41) coaduna com esta visão ao dizer que o princípio da eficiência é apenas uma figura de estilo, um reforço argumentativo para enfatizar aquilo que é inerente à Administração Pública.

De fato, este princípio não foi levado a sério desde a Emenda Constitucional 19/98. Os autores que não se debruçaram sobre o seu conteúdo jurídico acabaram por relativizá-lo em face dos outros princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a impessoalidade e etc.

Ou seja, para definir o princípio da eficiência, os autores recorrem a outros princípios constitucionais ou administrativos como se ele não fosse um princípio autônomo. Disso resulta a mitigação da sua força normativa, pois sua aplicação só é considerada legítima se relacionada com outros princípios da Administração Pública. Seu conteúdo e sua natureza jurídica dependeriam de outras normas jurídicas. Ocorre que, de fato, o princípio da eficiência não se confunde com a proporcionalidade, a moralidade, a economicidade, a impessoalidade, a celeridade e etc., como parecem querer uma parte da doutrina.

Uma questão importante daí decorrente remete à possibilidade de anulação de um ato administrativo sob fundamento de violação do princípio da eficiência. Para França (2000, p. 175), os juízes não podem anular um ato administrativo sob o argumento de que ele é ineficiente, pois isso seria uma intervenção indevida no âmbito de discricionariedade do administrador público. Desta feita, se um ato é legal, ele não pode ser anulado em razão de uma escolha técnica ineficiente.

---

3 É o caso de Lopes (1998, p. 108-109) que defende que a eficiência jurídica não terá jamais o status de princípio norteador da Administração Pública e Moreira (2000, p. 326), segundo o qual, o princípio da eficiência não se trata nem de um princípio jurídico, nem de uma norma constitucional, por conseguinte, sua inserção na Constituição Federal não gera nenhum benefício.

Um ato administrativo discricionário poderia ser invalidado em razão da falta de isonomia, proporcionalidade, impessoalidade, publicidade ou violação da moralidade administrativa, mas nunca em razão de sua ineficiência.

Este problema de definição afeta a eficácia da norma. Desta feita, Rodrigues (2021, p. 221) constata que a conjuntura que acabamos de explicitar demonstra que a eficiência como princípio constitucional resta em um estado de fragilidade ou “em coma”.

### **3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PELO STF**

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e possui por função pronunciar-se sobre a constitucionalidade dos atos administrativos e das leis. Ele tem o dever de aplicar o texto constitucional e dar a última palavra no que concerne à sua interpretação. Daí a razão de limitar esta análise às decisões desta Corte.

A pesquisa foi feita a partir da jurisprudência do STF, disponível no seu site oficial, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Escolheu-se as decisões proferidas pelo plenário desde 04 de junho de 1998, data da aprovação da Emenda Constitucional 19/98 até 25 de julho de 2019. Ademais, descartou-se os julgamentos que se limitaram a apenas mencionar o princípio da eficiência sem os utilizar como elemento importante da argumentação jurídica.

O estudo verificou que em nenhum caso os ministros do STF discutiram de maneira clara, detida e elaborada, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência. Um recente estudo realizado pela Universidade de Brasília também constatou que o STF em nenhum momento debateu propriamente o princípio da eficiência. Os juízes o aplicam intuitivamente em alguns casos, mas a articulação jurídica desse conceito não goza de tecnicidade e é, às

vezes, contraditória (GICO JUNIOR et al, 2018, p. 116).

Com efeito, os ministros cometem os mesmos erros que os administrativistas. Eles não definem claramente o conceito do princípio da eficiência e, algumas vezes, o utilizam como sinônimo de economicidade ou produtividade, outras vezes como um conceito equivalente à celeridade processual.

Este estudo identificou cinco decisões onde o conteúdo do princípio da eficiência foi exposto mesmo de maneira mínima na argumentação jurídica dos ministros. A intenção foi de compreender o raciocínio adotado pelo STF e de poder identificar a atual tendência dos juízes, assim como de eventuais problemas de aplicação.

O Recurso Extraordinário 837.311 Piauí foi interposto pelo Estado do Piauí em face de uma decisão do Tribunal de Justiça do Piauí que havia determinado a nomeação de candidatos aprovados em um concurso público fora do número de vagas previsto no edital. Esta decisão justificou-se em razão do governo do Piauí ter aberto um novo concurso público dentro da validade do anterior.

Os magistrados rejeitaram o recurso, aplicando o princípio da eficiência no sentido de economicidade. Eles apontaram a existência de um direito subjetivo à nomeação quando a Administração Pública não apresenta justificativas suficientes para realizar um novo concurso público, havendo candidatos aprovados em concurso anterior dentro do prazo de validade. A ideia é que a Administração alcançará os mesmos resultados e gastará menos recursos públicos com a nomeação dos candidatos já aprovados.

Um ponto importante no julgamento é a afirmação de que o poder discricionário do administrador está ligado ao dever de boa fé e ao respeito aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência. Ou seja, seria possível controlar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos através do critério da eficiência.

A ADI 3059 diz respeito à constitucionalidade da Lei 11.871/02, do estado do Rio Grande do Sul, a qual estabeleceu a preferência de aquisição de *free softwares* pela Administração Pública. Este tipo de *software* seria preferencialmente utilizado nos equipamentos e sistemas dos órgãos públicos do estado. A Corte decidiu pela constitucionalidade da lei.

O princípio da eficiência foi um dos argumentos suscitados para se chegar a tal decisão. Segundo os ministros, a aquisição de *free softwares* é menos custosa e preserva a segurança dos dados públicos. Ademais, a lei não impedirá a aquisição de outros tipos de *softwares* se a Administração Pública demonstrar que eles são mais apropriados para atender o objetivo determinado. Neste caso, o tribunal não se limitou a estabelecer uma ligação entre eficiência e economicidade, relacionando-a com outras vantagens para a Administração Pública.

No Recurso Extraordinário 579.951/RN, o estado do Rio Grande do Norte requereu a anulação de um ato administrativo que havia nomeado membros da família de algumas autoridades públicas em cargos de confiança. Segundo o STF, a proibição do nepotismo funda-se nos princípios constitucionais da economicidade, da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e da eficiência.

A opinião majoritária tentou definir este último princípio afirmando que a nomeação pelas autoridades de membros de suas famílias violaria a eficiência, já que estas pessoas não estariam aptas ao exercício da função pública e isto constituiria um desvio de finalidade. Entretanto, mais à frente, os ministros afirmam que a decisão de anulação não depende da análise da performance das pessoas nomeadas ou da qualidade dos seus trabalhos, mas da maneira pela qual eles foram nomeados.

Com efeito, é possível identificar uma contradição neste raciocínio e o conceito de eficiência permaneceu indefinido. A ministro relator tentou defi-



nir este preceito, afirmando que a eficiência se opõe à negligência, à omissão e à demora. Trata-se de uma definição por negação, a qual, por conseguinte, permanece pouco esclarecedora.

Na ADI 3.386/DF, o Ministério Público requereu ao STF que a Corte declarasse inconstitucional a Lei 8.745/93 que previa a possibilidade do IBGE contratar empregados temporários a fim de responder à necessidade de realizar trabalhos em períodos específicos. A Corte utilizou o princípio da eficiência dentre os argumentos para rejeitar a ação. Segundo ela, como os censos são renovados a cada dez anos, tornar permanente uma despesa que pode ser provisória seria uma afronta a este princípio.

Note-se que no voto vencedor, a ministra Carmén Lúcia usa o dicionário Aurélio para definir eficiência. Ela sublinha que eficiência significa “ação, força, a virtude de produzir um efeito, eficácia”. A seguir, a ministra cita Ubirajara Custódio que afirma que o princípio da eficiência remete à utilidade, à celeridade e à economicidade. Ou seja, além de confundir eficiência com eficácia, a ministra aponta somente noções vagas de eficiência sem construir um conceito.

Finalmente, na ADC 41/DF, a Corte debruçou-se na análise da constitucionalidade da Lei 12.990/14, a qual fixou quota de 20% para negros em concursos públicos. A parte autora argumentou que tais quotas ferem o princípio da eficiência, pois atenuam ou descartam a noção de meritocracia. De acordo com esta noção, é o candidato que atinge a nota mais elevada que deve ocupar o cargo público, de maneira a conferir eficiência à ação pública.

No entanto, este argumento não prevaleceu. Com efeito, o STF decidiu que, em respeito ao princípio da eficiência, a noção de democracia deve sofrer nuances. Além da competência técnica e da capacidade de apresentar uma boa performance em um concurso público, a análise da eficiência deve levar em consideração a pluralidade e a diversidade no serviço público.

A análise de todas essas decisões nos permite concluir que: i) o STF reconhece a força normativa do princípio da eficiência; ii) a eficiência pode ser utilizada para anular um ato administrativo discricionário; iii) o STF veicula uma compreensão intuitiva de eficiência, decorrente da constatação de que, em um contexto de recursos raros, a Administração Pública deve ser eficiente.

Efetivamente, esta noção intuitiva verdadeiramente seria a mesma que guiou o legislador quando ele decidiu incluir a eficiência no texto constitucional. Esperava-se, no entanto, que, após vinte anos, o STF pudesse contribuir efetiva e tecnicamente na construção deste conceito.

A Corte chegou à conclusão de que um ato respeita o princípio da eficiência (no sentido de economicidade) sem mesmo fazer um levantamento de dados empíricos que possam sustentar a ideia de que uma decisão é mais ou menos custosa. É de toda evidência que a Corte não apresenta nenhum método para aplicar este princípio.

Outros tribunais brasileiros aplicaram este princípio de maneira intuitiva, sem o conceituar ou apresentar um raciocínio metodológico para sua aplicação. Pode-se mencionar os julgamentos seguintes: a decisão do REsp 1.695.964/DF, segundo a qual a acumulação de dois cargos públicos de modo a ultrapassar 60 horas semanais por profissionais de saúde violaria o princípio da eficiência, isso porque é necessário que o funcionário goze de um bom estado físico e mental para o bom exercício das suas atribuições; ii) o julgamento do REsp 1.145.692/RS, onde o tribunal fixou a possibilidade dos juízes estabelecerem um prazo para a Administração Pública concluir um processo administrativo diante de um atraso injustificado. Aqui, a decisão relaciona o princípio da eficiência com o princípio da duração razoável do processo e da moralidade administrativa. Este raciocínio é retomado um considerável número de decisões judiciais.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de o princípio da eficiência figurar em nosso ordenamento jurídico há mais de vinte anos, o seu conteúdo jurídico ainda não é bem compreendido pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Desde a sua inserção na Carta Magna parece haver uma resistência ideológica a buscar seu fundamento último em conceitos científicos de eficiência econômica.

O estudo demonstrou que a concepção doutrinária permanece vaga e indefinida, sendo que uma parte da doutrina confunde o princípio com a ideia de economicidade, proporcionalidade, impessoalidade, moralidade e etc. Mesmo que se trata de um termo com uma certa carga de indeterminação, faz-se necessário diferenciar sua aplicação daquela dos demais preceitos constitucionais.

A dificuldade em estruturar uma metodologia própria de aplicação do princípio ou de compreender como o conceito econômico deve ser operado no mundo jurídico resta presente mesmo em autores que fazem uso dos conceitos encontrados na análise econômica do direito.

No geral, a jurisprudência brasileira liga o princípio da eficiência à economicidade e ao princípio da duração razoável do processo. O precedente estabelecido pela ADC 41/DF parece querer estender tal conceito além da análise da economicidade, mas a decisão ainda resta pouco clara. De fato, a Corte não aproveitou a oportunidade de esclarecer o que é o princípio da eficiência administrativa, sua aplicabilidade e limites.

Destaque-se aqui que várias decisões não foram levadas em consideração por este trabalho porque elas limitaram-se a mencionar que tal medida respeitou o princípio da eficiência, sem acrescentar nenhuma justificativa. Ou seja, não havia construção argumentativa para ser analisada.

A fim de melhor racionalizar suas decisões, os tribunais devem abandonar o exercício meramente retórico e a superficialidade na análise do princípio, voltando-se aos conceitos de eficiência econômica para encontrar fundamentos suficientes à estruturação metodológica do preceito em comento e esclarecer como o sistema jurídico deve operar um conceito originário da economia. Deve-se, assim, lançar mão dos aportes conceituais e metodológicos que a ciência econômica pode ofertar ao direito e não limitar-se a buscar o significado de eficiência no dicionário Aurélio.

Ressalte-se que a eficiência econômica não é um conceito unívoco na análise econômica do direito, de modo que ainda há um vasto campo de estudo concernente a entender como os vários conceitos de eficiência podem contribuir no enquadramento jurídico do princípio da eficiência, suas fronteiras e pressupostos de eficácia.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de direito administrativo**, v. 237, p. 1-6, 2004.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência: um enfoque doutrinário multidisciplinar. **Revista do TCU**, n. 87, p. 39-50, 2001.

CRUZ CERELJIDO, Juliano Henrique da. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, p. 231-242, 2001.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio

da eficiência na administração pública. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: 2014.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na constituição federal. **Revista de Direito constitucional e internacional**, n. 35, p. 1953-2002, 2000.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. **Revista Brasileira de Direito**, v. 16, n. 2, p. 1-43, 2020.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Eficiência na Jurisprudência do STF (The Efficiency Principle at the Supreme Court's Case Law). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 107-148, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUNIOR, Edilson Pereira Nobre. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 209-240, 2005.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa: de acordo com as emendas constitucionais 18. de 05/02/1998 e 19, de 04/06/1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, v. 51, n. 2, p. 105-119, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. *In*: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.), **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

# DEMOCRACIA DIGITAL E ESCOLHA PÚBLICA: UM VISLUMBRE SOBRE A CIBERDEMOCRACIA BRASILEIRA

*Vinícius Freire Amorim<sup>1</sup>*

*Katiano Renato Alves de Medeiros Junior<sup>2</sup>*

## **Resumo**

O presente trabalho objetiva fazer uma breve análise sobre a legitimidade das decisões e participações na Administração Pública através dos instrumentos ciberdemocráticos, que são apoiadas pelas TICs – Tecnologias da Informação e Comunicação. A problemática se apresenta no próprio aspecto participativo e de acesso às TICs na formação da legitimidade do sistema decisório da/na Administração Pública, quando se observar o contexto socioeconômico e de acesso no Brasil. Para tanto, se utiliza do método de abordagem sistêmico, aplicando a Teoria de Sistemas e a investigação da legitimidade pelo procedimento, elaborados pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, como marcos teóricos para observação geral de como se estrutura

---

<sup>1</sup> Advogado. Formado pelo Centro Universitário de Patos (Patos/PB). Pós-graduado em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Damásio Educacional.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos (Patos/PB).



e se legitima o Direito e as decisões administrativas. Em seguida, com o apoio da Teoria da Escolha Pública, que deriva da teoria política, analisa-se as posturas dos indivíduos na busca daquilo que os beneficiam; síntese que rompe um ideário de interesse público. E, como último ponto abordado no trabalho, lança-se luz sobre a realidade sociodigital brasileira, a qual vem a ser a variável que em primeiro momento busca responder sobre as decisões administrativas apoiadas pelas TICs em um contexto de exclusão digital. Nesse sentido, com a convergência dos marcos teóricos, é perceptível que os incluídos digitalmente podem utilizar-se das estruturas de democracia digital para busca de benefícios, definindo e participando de pautas que lhes são caras; situação que pode minar a legitimidade das escolhas democráticas. Outrossim, em momento de considerações finais, imprudente é uma definição de modo a generalizar a legitimidade de todas as decisões e participações na ciberdemocracia, pois cada decisão demanda uma análise sobre a legitimidade de seu procedimento.

**Palavras Chaves:** Ciberdemocracia. Teoria da Escolha Pública. Teoria dos Sistemas. Exclusão Digital.

## **Abstract**

This paper aims to make a brief analysis of the legitimacy of decisions and participation in Public Administration through cyberdemocratic instruments, which are supported by ICTs – Information and Communication Technologies. Therefore, the work uses the systemic approach method, applying the Systems Theory and the investigation of legitimacy through the procedure, elaborated by the German sociologist Niklas Luhmann, as theoretical frameworks for the general observation of how the Law and decisions are structured and legitimated. Then, with the support of Public Choice Theory, which derives from political theory, the attitudes of individuals are analyzed in search of what benefits them; a synthesis that breaks an ideal of public interest. And

as the last point addressed in the work, light is shed on the Brazilian socio-digital reality, which is the variable that, in the first instance, seeks to answer about administrative decisions supported by ICTs in a context of digital exclusion. In this sense, with the convergence of theoretical frameworks, it is noticeable that those included digitally can use the structures of digital democracy to seek benefits, defining and participating in agendas that are dear to them; a situation that can undermine the legitimacy of democratic choices. Furthermore, at the moment of final considerations, imprudent is a definition to generalize the legitimacy of all decisions and participations in cyberdemocracy, since each decision demands an analysis of the legitimacy of its procedure.

**Keywords:** Cyberdemocracy. Public Choice Theory. Systems Theory. Digital Exclusion.

## 1 INTRODUÇÃO

A administração pública apoiada por instrumentos de governança como consultas públicas, referendos, plebiscitos, orçamentos democráticos, entre outros, teve seu aprimoramento de gestão e eficácia a partir da rede de internet. Como um amálgama, a sociedade em rede permitiu uma estrutura social construída ao redor das redes digitais de comunicação ao tempo que os usos e produções das ferramentas de tecnologia de informação e comunicação pela sociedade, também chamada de sociedade da informação, fossem absorvidos pela Administração, fazendo surgir o que vem sendo chamado de democracia digital ou ciberdemocracia.

Com isso, no primeiro capítulo do artigo aborda-se a ciberdemocracia brasileira, conceituando-a e com o pressuposto que todos apresentam as

mesmas condições de participar, possuindo acesso, informação e disposição (no sentido de dispor) a opinar, ponderar ou intervir no processo de tomada de decisão.

No entanto, em capítulo sequencial, com as concepções de Luhmann (1980; 1983; 1985) de uma sociedade complexa, nega-se que todos têm as mesmas circunstâncias de reconhecimento da sua função de controle participativo, situação que impacta na validação e na legitimidade da ciberdemocracia. A validação para Luhmann (1980) se dá através de um processo no qual são estabelecidas etapas e os participantes influenciam na formação da decisão. Com maiores meios de participar de consultas públicas, ao cidadão é oportunizado que este venha a ter maior gerência sobre a Administração Pública. Todavia, por que o sujeito demandaria seu tempo para acompanhar os atos e escolhas da administração?

Em vista disso, a teoria da Escolha Pública, utilizada no segundo capítulo, aduz que o indivíduo participa na medida em que busca ter seus interesses consolidados, agremiando-se quando for vantajoso e sugestionando ao longo da pauta de decisão. Então, surge o questionamento sobre os resultados da Administração Pública quando se utiliza de instrumentos da ciberdemocracia, pois qual a legitimidade desses meios em um contexto de influências externas como a exclusão digital e o poder econômico?

Em busca de noções à problemática, utiliza-se o método de abordagem sistêmico, que reúne um conjunto de variáveis e os inter-relaciona; bem como, em conjunto com o método de procedimento estruturalista, há a visualização dos elementos que influenciam a racionalidade social e o comportamento do indivíduo. E, para além do procedimento estruturalista como método, é utilizado o hermenêutico para estabelecer um diálogo e reflexão com a teoria dos sistemas e Escolha Pública que são aplicadas no trabalho. Ademais, a pesquisa valida-se na exploração bibliográfica e na pesquisa de levantamento, coletando

dados da população brasileira a respeito do acesso à internet e interesse participativo a partir de informações fornecidas pelo IBGE.

## **2 A CIBERDEMOCRACIA BRASILEIRA**

Os aprimoramentos democráticos a partir do digital permitiram uma maior participação social e transparência na prestação de contas pela Administração, caracterizando-se a democracia digital. Esse aproveitamento do aporte tecnológico, baseado na implementação das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) efetivada em projetos, experimentações e usos sociais é o que comumente vem a ser chamado de democracia digital (GOMES, 2018, p. 15).

Evocar o termo “eletrônico” ou “digital” a qualquer conceito já traz consigo concepções, relações e dimensões, referindo-se a aspectos da vida contemporânea, carregada pela hiperconectividade produtora de uma cibercultura. A vida digital permite uma abertura da expressão pública (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 10). Essa acessibilidade da expressão pública tem força motora e capacidade de influenciar o debate político, pressionando ou turvando a esfera pública que impacta no sistema político-decisório.

É em meados dos anos 2000, que as transformações a um governo digital começam a ser germinadas dentro da Administração Pública brasileira, havendo a institucionalização da Política de e-Governo, Programa Sociedade da Informação, com a criação do Comitê Executivo do Governo Eletrônico (CEGE), responsável por estudos sobre a implementação/construção de pareceres sobre um governo eletrônico no Brasil. E, decorridos 16 anos após as primeiras tratativas, havendo normativas ao longo desse percurso, como a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil, o Portal da Transparência, Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), o portal “Participa.br”, o

marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014), entre outros, sempre houve a busca de sistemas de aumento de eficiência e digitalização dos processos da administração. Em 2016, com o decreto 8.638, há a instituição da Política de Governança Digital, com finalidades favoráveis à prestação de serviços públicos, estímulos de participação da sociedade na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital, e em garantias de obtenção de informações pela sociedade (BRASIL, 2016).

Para Silva, Bragatto e Sampaio (2016, p. 17), a democracia digital trata-se de uma inspiração empírica, usando da experiência prática, versando sobre *design*, aplicação e efeitos de ferramentas que visam solucionar problemas reais. É a aplicação de tecnologias digitais de comunicação, para fazer e aprimorar o processo político democrático. “O Governo Digital alinha-se aos objetivos da comunicação de governo, como fortalecimento da democracia, prestação de contas à sociedade, comunicação aos cidadãos (...)” (BRASIL, 2018, p. 13).

Para acessar essas novas práticas democráticas há de se ter acesso à internet. No entanto, a mera garantia de acesso à internet não significa a assunção de uma condição participativa na ciberdemocracia. Consubstanciado com caráter positivo que produza os efeitos pretendidos, que vão além da conexão, como aborda o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI, 2016; 2019), fica demonstrado que acesso potencial não é sinônimo de acesso efetivo, onde disponibilidade de infraestrutura e dispositivos para acessar o ambiente digital não significa posse e uso pessoal desses dispositivos.

Trabalhos empíricos têm demonstrado que os indivíduos historicamente desfavorecidos socioeconômica e culturalmente apresentam menores chances de engajamento com as TICs (CGI, 2016; 2019). Assim, a efetividade também deve estar atrelada ao saber e possibilidade de engajamento de acesso às redes. Isto posto, os gastos sociais promovidos pelo Estado são

fundamentais no combate à pobreza e desigualdades, inclusive de acesso (OXFAM, 2018; HESPANHA, FERREIRA, PACHECI, 2014, p. 194). A título exemplificativo, 40% dos mais pobres dependem fortemente do Estado para incrementarem suas rendas, bem como acessarem serviços essenciais, como o acesso digital.

### **3 A TEORIA DOS SISTEMAS E A ESCOLHA PÚBLICA**

Levantadas as variáveis como ciberdemocracia e capacidade socioeconômica dos indivíduos, adentra-se na teoria dos sistemas, a qual observa o mundo em sua complexidade, com infinitas variáveis, e, por esse caso, reduz a complexidade em um sistema que lhe permite estabelecer classificações, restringindo as variáveis existentes na desordem do mundo em uma complexidade estruturada.

Assim, um sistema social tem por função regular a complexidade do mundo e fechar-se às influências externas, para que não perca sua estrutura de diferenciação com o mundo externo. Como exemplo, tem-se o direito como subsistema, atuando com o código lícito/ilícito; a política, como o código governo/oposição. Assim, entende as ordens econômica, política, social, administrativa, em subsistemas - esses integrantes de um ambiente chamado sociedade.

A comunicação é o grande meio de promover as modificações na sociedade, é o modo como o sistema evolui sem desestruturar-se. Sua influência reverbera como no movimento físico de ressonância, podendo este ser assimilado ou isolado pelo sistema social. Com isso, a abordagem do Estado Democrático de Direito por Luhmann (1980; 1983; 1985) necessita de comunicação que é imprescindível para os processos de validação da decisão.

A validação para Luhmann (1980) dá-se através de um procedimento no qual são estabelecidas etapas e os *stakeholders* participam influenciando a moldação da decisão. E, para além disso, há necessidade de que não haja um resultado pré-definido desde o início do procedimento de decisão; visto que a dúvida sobre o resultado final estimula os *players* a se envolverem no processo. Assim, a legitimidade da decisão final não se dá pela construção do consenso, este para Luhmann abstrato e irreal, mas por mecanismos que envolvam a aceitação e assimilação da norma - através da participação dos agentes.

O presente marco teórico desenvolve-se para a visualização do procedimento que os processos da democracia digital, sustentados por instituições administrativas, têm, também, por função aumentar o grau de legitimidade das decisões administrativas, como consequência da ampliação da participação cidadã.

Nesse sentido, os movimentos de influência de sistemas sociais sobre os sistemas decisórios como o jurídico e administrativo já estavam previstos quando Luhmann elaborou sua teoria, como exemplo, o sistema econômico pode influenciar o sistema político ou administrativo. Porém, alerta-se quanto à ocorrência de sobreposição de um sistema sobre o outro, como o econômico sobre o político e administrativo; circunstância que deve ser evitada ante a possibilidade de destruição da autoreferencialidade do sistema, bem como a perda da incerteza de resultado, afetando e provocando uma deslegitimação da decisão.

Sobre o movimento de influência de um sistema sobre o outro, Neves (2006, p. 97) denomina essa ocorrência de acoplamento funcional, momento em que um sistema irrita o outro, e é absorvido em parte por este. Porém, não se pode permitir que os sistemas econômicos, políticos, atuem diretamente nos sistemas decisórios como o jurídico, administrativo ou legislativo.



vos, estes, centros de tomada de decisão, pois essa atuação tende a alterar as bases sistemáticas (regramento) e os fragmentarem.

Os movimentos de irritação de um sistema social sobre um sistema decisório (administrativo, legislativo) devem estar limitados até o limite de sua não captura, pois, o acontecimento de sobreposição de um sistema sobre outro é possível e indesejável, visto promover uma destruição da autopoiese do sistema e deslegitimar as decisões ali tomadas.

Quando pressionado por outros sistemas, ante a complexidade do ambiente, ele [sistema jurídico] “não pode focar-se em distúrbios particulares, em expectativas cognitivas de um só grupo, classe ou indivíduo, sob pena de não lograr realizar a generalização congruente de expectativas” (BERBEL, 2015, p. 161).

O movimento de captura de um sistema sobre o outro, interrompendo a sua autopoiese, é chamado de *alopoiese*, viciando o código lícito/ilícito, e trazendo consequências para a legitimação pelo procedimento, bem como causando instabilidade social/normativa (NEVES, 2006, p. 242). Portanto, na análise de cada processo de tomada de decisão, há de se ter cuidado sobre os aspectos de influência de um sistema sobre o outro, evitando-se permissividades de captura, situação na qual o regulador político é corrompido economicamente e manipula o ambiente para beneficiar um grupo de interesse (AGRA, 2019, 178); dado que isso tende a deslegitimar o procedimento, bem como causar instabilidade no sistema.

Teorizado sobre sistemas sociais, o direito como sistema social e o procedimento de legitimidade a partir das obras de Niklas Luhmann, lança-se no momento o panorama à teoria da Escolha Pública (TEP), visto esta dar um enfoque no indivíduo como componente fundamental para a tomada de decisão.

Pode parecer um contrassenso acoplar a teoria dos sistemas e a teo-

ria da escolha pública, pois, enquanto essa primeira admite e foge de uma estrutura demasiadamente racionalista, incluindo o homem como um ser também de  $n$  possibilidades e feições, a Escolha Pública, com derivações das ideias contratualistas de Hobbes, se baseia no indivíduo como base para fenômenos políticos, e que esse em virtude de sua racionalidade, é denominado como *homo economicus*, um sujeito que procura maximizar sua felicidade e escolhas de maior benefício. Estas escolhas partem do eu, e não do nós, e age na política a sustentar seus interesses.

Porém, esse paralelismo escolhido entre as duas teorias, ajuda a ver o todo e o micro: o todo a partir da teoria dos sistemas e o subsistema do direito e sua legitimidade, e o micro a partir da Escolha Pública, pois, se a comunicação é decorrente da interação dos indivíduos, essa modelagem baseada no indivíduo tende a ajudar a visualizar a influência dos indivíduos (e suas associações) até o todo, bem como das decisões tomadas coletivamente. É um modelo que permite generalizações quanto ao comportamento humano, e uma observação crítica dos mecanismos de tomada de decisões.

A Escolha Pública ganha maior relevo e *status* de ramo econômico com a obra de *James*

*M. Buchanan Jr. e Gordon Tullock - The Calculus of Consent (1962)*, livro que usa o

individualismo metodológico e o instrumental matemático na ciência política com fins de analisar o objeto da Constituição e as decisões ali posta, compreensão postulada a partir de um modelo focado na ação humana individual; essa, que deve ser anterior à modelação de teorias de explicação coletiva, rejeitando, ainda, uma ideia de interpretação orgânica do Estado e de uma elite dominante.

Essa rejeição a uma organicidade do Estado, evoca uma recusa ao “Graal” do interesse público como aspiração, sendo este em verdade um mito

abstrato e irreal, pois, para a TEP o interesse público, é a soma dos caracteres individuais.

A abordagem da teoria da escolha pública é sobretudo processual. Cada escolha coletiva, no processo político, é resultado das preferências dos agentes envolvidos (cidadãos num referendo, autarcas numa câmara municipal, deputados no parlamento) e das regras e procedimentos que permitem passar de preferências diversas de cada indivíduo para uma única escolha coletiva. (PEREIRA, 1997, p. 424)

Outrossim, dentre as premissas da formação da sociedade, o homem se reúne voluntariamente a fim de melhorar sua performance de organização e máxima de eliminação de riscos para si. Dessa forma, a ação coletiva possivelmente elimina custos externos e pode prover benefícios coletivos e individuais.

O conhecimento do mundo político na TEP [Teoria da Escolha Pública] baseia-se no indivíduo. Isso quer dizer que toda modelagem institucional que se queira fazer deverá, de alguma forma, levar em conta que os fenômenos políticos são reduzidos, explicados pelo fato de que indivíduos são seu componente fundamental. Assim, ainda que no desenvolvimento da teoria noções como partido, grupo, família, classe ou outra agregação qualquer de seres humanos possa aparecer, todas elas deverão ser encaradas não organicamente, com o todo maior do que a soma das partes, mas como uma composição de um número qualquer dos indivíduos modelados pela teoria (BERNABEL, 2009, p. 10).

Em linhas gerais, a Escolha Pública proporciona a possibilidade de visualizar que as escolhas coletivas têm falhas, pois as decisões coletivas não necessariamente vão em prol da coletividade. Isso porque as decisões tomadas sob regras menos inclusivas que a de unanimidade vão contra os interesses de uma parte da população. Ora, porque então as pessoas não tomam decisões que sempre irão beneficiar a todos? Justamente porque assim como no mercado, os indivíduos quando tomam decisões em política estão auto interessados, não procurando o benefício dos outros, mas o próprio benefício. No caso de uma decisão tomada sob a regra da maioria, os interesses da minoria não seriam alcançados pelo simples motivo de que a maioria agiu de forma a satisfazer suas próprias vontades, e não uma suposta vontade geral (*Idem*, p.15).

Concatenando a ideia da escolha pública com o processo de legitimação da tomada de decisão, percebe-se que o campo político decisório é um constante embate de ideias, de trocas, onde os indivíduos buscando maximizar seu auto interesse, devem estar aptos a realizar concessões e se exporem a frustrações no campo decisório, sentido que “o consenso deve ser obtido do dissenso inicial expresso pela variação das preferências individuais” (LEISTER, 2005, p. 85).

Se dois ou mais indivíduos concordam em uma única decisão, cada um deles deve esperar “Melhor situação” ou pelo menos “pior situação” como resultado da decisão, com Definição de “melhor e melhor” e “pior” em termos de preferências reveladas no processo político. No entanto, se todas as partes de um acordo esperam melhorar suas posições individuais, por que a tomada de decisão é cara? Os custos de tomada de decisão surgem aqui porque normalmente existe uma faixa de negociação e, reconhecen-

do isso, cada indivíduo procurará garantir o máximo de ganhos possíveis, mantendo a rede ganhos para seus parceiros no acordo ao mínimo. Cada indivíduo será levado a tentar esconder suas próprias preferências verdadeiras dos outros, a fim de garantir uma maior parte do “excedente” que se espera criar a partir da escolha realizada. (BUCHANAN; TULLOCK, 1962, p. 77).

Esse grau de interesse (especificação) e motivação dos grupos de pressão são o grande diferencial destes, influenciando a pauta pública e os processos decisórios constitucionais.

Um aspecto ainda possível de ser visualizado através da Escolha Pública, é o *rent seeking*, expressão que significa ‘busca por renda’, conceito para ilustrar a busca por vantagens para um grupo ao custo de valores negativos à coletividade. “A tragédia é que os ganhos de curto prazo de alguns acabam por instaurar uma lógica paralisadora para todos no longo prazo” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 178), a exemplo, incentivos a uma indústria. Protegendo-a, todavia, esse movimento tende a reverberar nos consumidores e no preço pago por esses, visto uma menor concorrência e um menor incentivo à inovação.

Em outra percepção teórica, parte dos *players* estão em paridade de armas, de poder, de influenciar o debate e de fazer/pedir concessões, ficando demonstrado que a diferença de poder é algo que desequilibra a disputa e diminui a legitimidade da decisão.

Os que detêm maior poder de barganha influenciam mais a tomada de decisão. Aqueles que se organizam em pouca quantidade, tendem a influenciar melhor o processo decisório; enquanto que a dispersão individual tende a ter pouca expressividade no debate.

Em retomada ao raciocínio de Luhmann, não se deve confundir que os sistemas econômicos, políticos, entre outros, atuam diretamente no sistema jurídico ou da administração - centros de tomada de decisão (normativa e administrativa). Pode-se entender que há uma irritabilidade proveniente desses sistemas sobre estes, porém não o suficiente para alterarem as bases sistemáticas (regramento) e o fragmentarem. Sobre esse processo, chamado de acoplamento funcional por Luhmann:

Com os acoplamentos estruturais um sistema pode se ligar a condições altamente complexas do ambiente sem necessidade de absorver ou reconstruir sua complexidade. Como pode ser reconhecida na estreita faixa de percepção apenas uma parte extremamente reduzida do ambiente. Tudo o que não está ali incluído não pode irritar ou estimular, só apenas agir destrutivamente sobre o sistema (LUHMANN *apud* BERBEL, 2015, p. 130).

Nesse sentido, os movimentos de influência sobre demais sistemas sociais decisórios como o jurídico e administrativo já estavam previstos quando Luhmann elaborou sua teoria. Porém, alerta-se quanto à ocorrência de sobreposição de um sistema sobre o outro, como o econômico sobre o político, o religioso sobre o administrativo etc, circunstância que deve ser evitada ante a possibilidade de destruição da autopoiese do sistema, bem como, a perda da incerteza de resultado, influenciando na deslegitimação da decisão. Como bem aborda Berbel:

Em relação ao direito, estando o sistema condicionado à complexidade da sociedade, submetido, portanto, às pressões sociais, ele não pode focar-se em distúrbios particulares, em

expectativas cognitivas de um só grupo, classe ou indivíduo, sob pena de não lograr realizar a generalização congruente de expectativas. Outrossim, direito e política devem estar condicionados apenas às suas próprias operações, laborando conforme sua racionalidade sistêmica, sob pena de retirar o compromisso da positividade com o futuro e a percepção de que é possível agir para sua atualização, ou seja, sob pena de se gerar a corrupção sistêmica. (2015, p. 161)

Assim, situações que interesses pessoais individuais sobreponham à coletividade devem ser evitadas, pois o direito não pode ser capturado por uma mínima parcela/sistema social, desfigurando e tornando-o instrumento de dominação e controle. “Deve-se, deste modo, combater qualquer forma unilateral de legalismo e de impunidade, vinculando-se o direito e a política apenas, e tão apenas, e tão somente, às próprias estruturas” (*Ibidem*, p. 163).

Mas o problema não se restringe à “violação” de Têmis pela sociedade desestruturada em virtude da insuficiente diferenciação funcional e da carência de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania, mas abrange também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política. São relevantes aqui as invasões dos procedimentos eleitorais e legislativos pelo código econômico e por particularismos relacionais. Repetindo o que afirmei em relação ao direito, não se trata aqui de abertura cognitiva do sistema político para as exigências da economia e para os valores, as expectativas e os interesses presentes na esfera pública, mas antes de quebra do fechamento operacional da política, pressuposto sistêmico para a sua abertura em face de um ambiente social supercomplexo. (NEVES, M., 2016, p. 242)

Sob a ótica da possibilidade da ocorrência da alopoise/captura do sistema, nas análises de cada processo de tomada de decisão, há de se ter cuidado sobre os aspectos de influência de um sistema sobre o outro, evitando-se permissividades de capturas explícitas ou implícitas, pois isso tende a deslegitimar o procedimento, bem como causar instabilidade no sistema.

Feita a construção teórica, partindo da ideia inicial que os indivíduos (não) têm igual poder de influência, será apresentado a seguir a realidade digital brasileira, na qual a ciberdemocracia busca como resultado uma aproximação entre a Administração e administrados. Contrastando a Escolha Pública com a real, resta a dúvida se a democracia digital aumentará a participação democrática e sua consequente legitimidade decisória.

Logo no início do livro “O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária”, os autores André Lemos e Pierre Levy (2010, p. 28) afirmam que “o que está em jogo é o alcance planetário para questões locais; a livre expressão para publicação de informações; a colaboração e participação; a inclusão digital”. Diante desse contexto, focar-se-á agora na inclusão digital, sob a ótica de sua exclusão, principal empecilho para o desenvolvimento de uma cidadania digital - e talvez da ciberdemocracia.

Em relatório à ONU (2011), Frank La Rue, então relator especial à época das Nações Unidas na promoção e proteção dos direitos de liberdade de opinião e expressão, considerou a internet a principal ferramenta de nosso século para o aumento de transparência do poder, acesso à informação e facilitação de participação da atividade cidadã na construção democrática. Ele destacou que essa ferramenta permite aos indivíduos a troca de ideias e informações de forma instantânea e econômica, de modo nunca imaginado antes. Entretanto, reconheceu que a exclusão digital é uma preocupação que “grupos marginalizados e Estados em desenvolvimento continuam presos



em uma situação de desvantagem, perpetuando assim a desigualdade dentre e entre os Estados” (*Ibidem*, p. 11).

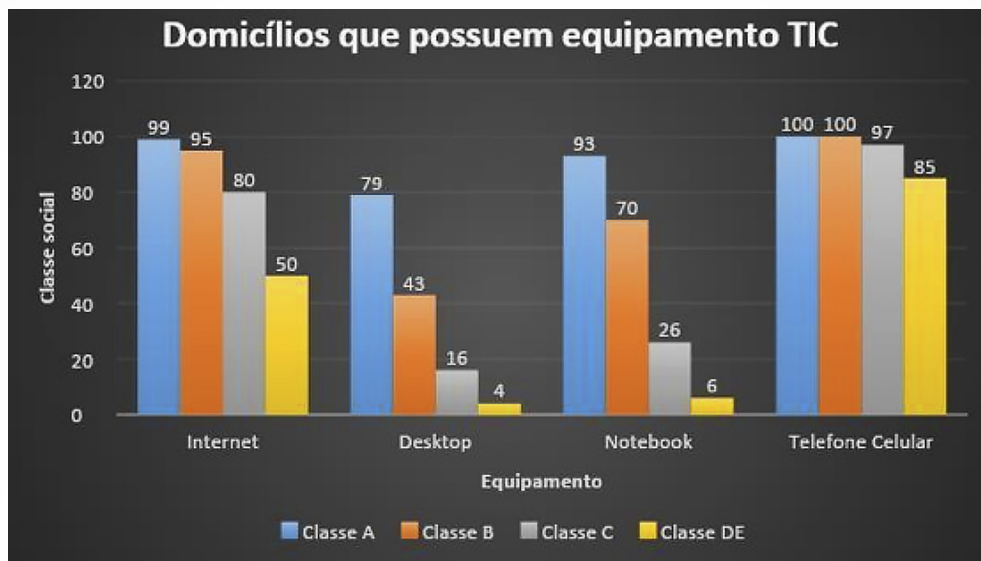
O então relatório foi um marco ao afirmar que o acesso à internet é um direito humano, e que qualquer forma não motivada e que restrinja o acesso e propagação da informação é uma violação aos direitos humanos. Pois, se a internet é o principal meio de comunicação, qualquer restrição a ela viola direitos consagrados internacionalmente; devendo os Estados se empenharem para garantir o acesso universal à internet.

A exclusão digital – ou *digital divide* (termo em inglês) - define a falta de acesso à tecnologia digital, bem como a capacidade de utilizar efetivamente essas ferramentas; é um termo que pode abarcar muitas facetas. Pois, ter acesso não é sinônimo de estar incluído. Em leitura às diferentes conceitualizações de inclusão digital, há aspectos que utilizam a perspectiva econômica atribuindo o caráter de aumento de oportunidades no mercado. Já sobre o aspecto social, é a aposta no poder da tecnologia em catalisar mudanças sociais; e, por fim, há a abordagem de inclusão digital como garantia de direitos de cidadania, a qual o uso das TICs empodera os indivíduos (ROSA, 2013, p. 37).

No contexto brasileiro, a pesquisa TIC Domicílios 2019 (Cetic.br, 2020) demonstrou que 134 milhões de brasileiros têm acesso à internet, representando 74% da população brasileira; a qual mais da metade da população rural – 53% - declarou utilizar a internet. Em transformação de percentuais em números: 47 milhões de brasileiros ainda seguem desconectados (representando 1/4 da população) – 35 milhões em áreas urbanas e 12 milhões em áreas rurais.

No recorte econômico, 57% da classe DE é usuária da internet, enquanto a classe A – 99% dos entrevistados declararam ter acesso à internet, percentual próximo da classe B – que possui 95% com acesso à internet.

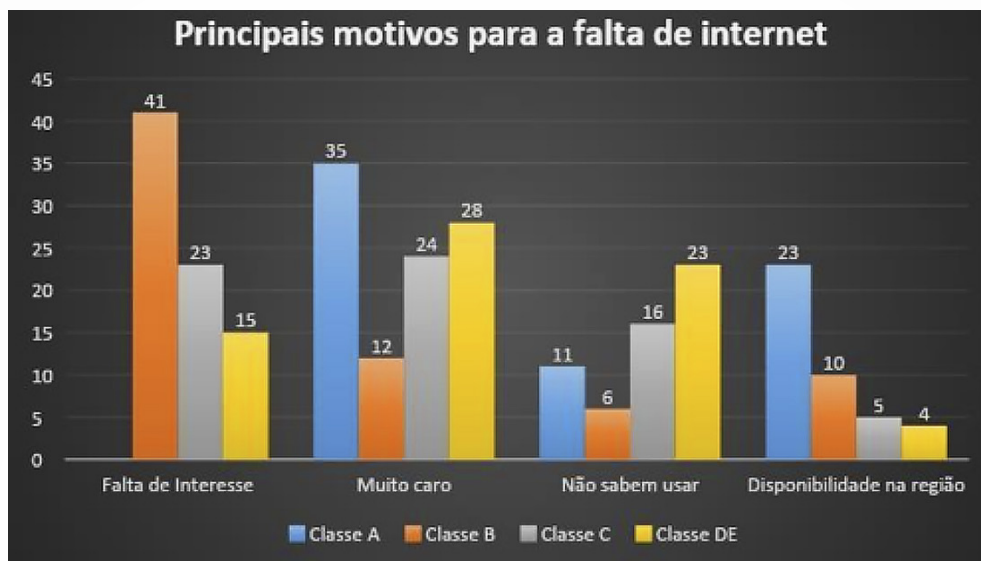
Em visualização a pesquisa TIC 2019, é o gráfico:



É destaque na pesquisa que o celular é o principal dispositivo para acessar a Internet, e que 58% dos brasileiros acessam a rede exclusivamente pelo celular – proporção que chega a 85% na classe DE.

Em referência à conexão domiciliar, 71 % dos domicílios brasileiros estão conectados à Internet; contra 20 milhões de domicílios que não possuem conexão à internet.

Quando observados os percentuais de domicílios sem acesso à internet, estes são os principais motivos:



Outrossim, na pesquisa TICs Domicílios 2019, as atividades de comunicação são as mais comuns no uso da rede: “sendo o envio de mensagens instantâneas realizado por 92% dos usuários de Internet, seguido pelo uso de redes sociais (76%) e chamadas por voz ou vídeo (73%), em crescimento nos últimos anos” (*Ibidem*, 2020).

Quanto à referência ao governo eletrônico, a pesquisa mostrou que 68% dos usuários de internet com 16 ou mais de idade utilizaram algum serviço governamental eletrônico. “O perfil de quem utilizou serviços governamentais *online* no período da pesquisa apresenta variação: a proporção é de 46% entre pessoas com 60 anos ou mais e, no recorte por classe socioeconômica, chega a 88% na classe A e 48% nas classes DE” (*Ibidem*, 2020).

A pesquisa mostra variados fatores de infraestrutura da exclusão digital, como simples atos de vontade de indivíduos não se integrarem à cibercultura, até questões de preço e disponibilidade de internet na região geográfica.

Compostos em sua maioria por usuários de segunda classe, os internautas brasileiros “usam ferramentas que potencialmente limitam suas oportunidades *online*, tais como telefones móveis, acesso discado, acesso por equipamentos públicos etc” (*Ibidem*, 2019, p. 75). E, em geral a estratificação socioeconômica brasileira reflete na geografia digital do Brasil: quanto maior a renda do estado, maior o tamanho de conectados.

Os números em questão, são uma demonstração válida da distância entre a idealização no uso das TICs para os processos de validação democrática, asseverando a existência da exclusão digital, bem como da exclusão dentro da exclusão, quando se relaciona o acesso à internet para o uso de instrumentos de governo digital.

Sentido que faz valer o uso da Teoria dos Sistemas e da Escolha Pública para a observação e indagações sobre a legitimidade, validação e a influência nos processos de participação, quando existem grupos mais organizados, com mais acesso e com mais informação sobre o uso das TICs.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, há a consciência que os traços de legitimidade devem ser analisados caso a caso, quando se utiliza os meios digitais para o processo de escolha. Cenário que deve evitar ser capturado por grupos com discrepante poder de influenciar a pauta da Administração, ao ponto de desestabilizarem o sistema e sua legitimidade. E, concomitante a isso, deve haver a busca à promoção e inserção dos excluídos digitais, por questões de direitos

humanos, e para aumentar a legitimidade do sistema.

No que se refere aos grupos de pressão organizados na seara digital, esses sim têm vantagens sobre os que são carentes de uma cidadania digital. A desigualdade digital é reflexo da desigualdade socioeconômica e sua superação é também uma superação das desigualdades que se impõem no real.

Não obstante, dificultoso estabelecer um veredito sobre o legítimo ou ilegítimo nas tomadas de decisões estatais via meios de ciberdemocracia quando de início é possível até mesmo questionar se de fato existe uma CIBERdemocracia, visto sua existência prescindir de uma democracia sadia que necessita de instituições e grupos democráticos que funcionem. Ou seja, a cultura governamental democrática é a pedra basilar de uma ciberdemocracia. Um estudo mais aprofundado nessa questão se faz mais necessário para correlacionar com a democracia digital e estabelecer um juízo mais assertivo.

Nesse sentido, por mais que seja difícil tomar uma posição quando se há a necessidade de observar caso a caso, percebe-se que o uso pelas TICs nos processos democráticos ainda necessita de uma maturação quanto à oportunidade de acesso, bem como da própria estabilização democrática por parte das instituições brasileiras. Posto que um mal balanceamento por parte dos instrumentos digitais participativos podem provocar decisões não legítimas e não democráticas.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A política econômica como instrumento para realização da Constituição Econômica. Belo Horizonte. **Revista Forum de Direito Financeiro Econômico** - RFD FE, Editora Forum, 2019, p. 161-184.

BERBEL, Vanessa Vilela. **A legitimação da Democracia**: observações do cinema na modernidade brasileira. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BERNABEL, Rodolpho Talaisys. **Teoria da Escolha Pública**: uma introdução crítica. Dissertação (Dissertação em ciência política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BRASIL. Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016. **Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8638.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8638.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018. **Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital**.

CETIC. **Três em cada quatro brasileiros já utilizam a Internet aponta pesquisa TIC domicílios 2019**. Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet-aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/>. Acesso em 20 ago 2020.

CGI.br. Comitê Gestor da Internet do Brasil. **A era da interdependência digital**: relatório do Painel de Alto Nível sobre Cooperação Digital do Secretário-Geral da ONU. São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

\_\_\_\_\_. Comitê Gestor da Internet do Brasil. **Panorama Setorial da Internet:** Acesso à internet no Brasil: desafios para conectar toda a população. Ano 8, n. 1., 2016. Disponível em: [https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/6/Panorama\\_Setorial\\_11.pdf](https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/6/Panorama_Setorial_11.pdf). Acesso em 20 de set. 2020.

GOMES, Wilson. **Democracy in the digital world:** history, issues and themes. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

HESPANHA, Pedro; FERREIRA, Sílvia; PACHECO, Vanda. O Estado Social, crise e reformas. REIS, José (coord). **A economia política do retrocesso. crise, causas e objetivos.** Lisboa: Almeida, 2014, p. 189-182.

LEISTER, Ana Carolina Corrêa da Costa. **Social choice e Public Choice:** o problema da agregação e o cálculo das regras de decisão coletiva como fórmulas de alocação-distribuição de recursos. Tese (Tese em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

LEMOS, André; PIERRE, Levy. **O futuro da internet:** em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Legitimidade pelo procedimento.** tradução de Marua da Conceição Corte Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito I.** tradução de Gustavo Bayer. Biblioteca tempo universitário: Rio de Janeiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II.** tradução de Gustavo Bayer. Biblioteca tempo universitário: Rio de Janeiro, 1985.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ONU. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, Frank La Rue. 2011b. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/706200>. Acesso em 24 de set. 2020.

OXFAM BRASIL. **A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras**. São Paulo. 2018.

PEREIRA, Paulo trigo. **A teoria da Escolha Pública (public choice): uma abordagem neoliberal?** *Análise Social*, vol XXXII (41), 1997 (2º), p. 419-442.

ROSA, Fernanda Ribeiro. **Inclusão digital como Política Pública: Disputas no Campo dos Direitos Humanos**. In.: SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v. 10, n.18, jun. 2013 – São Paulo.

SILVA, Sivaldo Pereira; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso. **Concepções, debates e desafios da democracia digital**. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016.



# ANÁLISE ECONÔMICA DOS IMPACTOS DA LEI Nº 10.820/03 COMO INSTRUMENTO DE BARATEAMENTO DO CRÉDITO

*Rafael Mendes Cunha Barroso<sup>1</sup>*

*Heloisa Santos Souza<sup>2</sup>*

*Alecia Franciane Alves Barros<sup>3</sup>*

## Resumo

Diante do cenário de superendividamento no Brasil, bem como a finalidade proposta pela Lei n. 10.820/03 para barateamento do crédito, o presente trabalho busca identificar os impactos da promulgação da lei no barateamento do crédito e de seu maior acesso e concessão. Sendo assim, parte-se da hipótese de que a Lei de 2003 conseguiu seu objetivo como modalidade de crédito mais barata, mas também pode ter trazido outras consequências

---

1 Possui graduação em Economia (UFC) e mestrado em Economia (PIMES/UFPE). Atualmente é graduando em Direito (IDP) e analista do Banco Central do Brasil. E-mail: sir\_rafaelmendes@hotmail.com.

2 Aluna especial do Mestrado em Economia (IDP), pós-graduanda em Direito Econômico e Regulatório (PUCRIO), advogada de Direito Antitruste, Comércio Internacional e Regulatório, graduada pelo Mackenzie e técnica em Serviços Jurídicos (ETEC/ZL – CPS/SP). E-mail: heloisa0206@hotmail.com.

3 Mestranda em Economia pelo IDP, pós-graduada em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes e Economista pela Universidade Federal do Pará. Atua como Economista no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E-mail: aleciabarros@gmail.com.

indesejadas. Para testar a referida hipótese, realiza-se uma pesquisa quantitativa e uma pesquisa bibliográfica a partir dos indicadores de crédito de antes e de após a promulgação da lei e da comparação dos indicadores de crédito entre as três modalidades de crédito consignado com as do não consignado. Ademais, questiona-se, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a carência de avaliações de impacto das decisões judiciais que eram proferidas após o advento da lei de 2003 sobre o comportamento dos agentes financeiros. Os resultados encontrados demonstram que, apesar das significativas melhoras nos indicadores de crédito de modo que o tornem mais atrativo, há certa distorção nos incentivos, em especial por parte do ofertante, o que resultou em exageros cometidos por parte dos emprestadores, podendo a lei não contribuir da forma originalmente esperada para uma maior inclusão do mercado de crédito nacional.

**Palavras-Chave:** Crédito Consignado; Lei nº 10.820/03; Superendividamento.

### **Abstract**

Given the scenario of over-indebtedness in Brazil, as well as the purpose proposed by Law n. 10.820/03 to make credit cheaper, this paper seeks to identify the impacts of the enactment of the law on cheaper credit and its greater access and concession. Therefore, it is assumed that the 2003 law achieved its objective as the cheapest credit modality, but it may also have had other unintended consequences. To test this hypothesis, a quantitative research and a bibliographical research are carried out, based on credit indicators from before and after the enactment of the law and the comparison of credit indicators between the three payroll-deductible loan modalities and the non-deductible loan modalities. Furthermore, from the perspective of the Economic Analysis of Law, it is questioned the lack of impact assessments of

judicial decisions that were rendered after the enactment of the 2003 law on the behavior of financial agents. The results found show that, despite the significant improvements in credit indicators in order to make it more attractive, there is a certain distortion in the incentives, especially on the part of the offeror, which resulted in exaggerations committed by the lenders, so that the law may not contribute as originally expected to a greater inclusion of the national credit market.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, também chamada de “Lei do Crédito e do Empréstimo Consignado”, foi criada com o objetivo de promover a inclusão financeira de pessoas que, até aquele momento, não possuíam formas de garantir a aquisição de qualquer modalidade de crédito que as instituições financeiras pudessem ofertar. Devido a uma série de fatores como a baixa poupança interna, o mau funcionamento de algumas instituições - o que faz com que seja difícil para o credor receber o valor emprestado em caso de não pagamento - e a conseqüente distorção dos incentivos, os altos juros - o que torna o crédito pouco atraente para o tomador e outras formas de investimento mais atraentes para o poupador -, a baixa confiança entre os agentes da economia, o baixo nível de renda da maioria da população e muitos outros, o acesso ao crédito sempre foi muito restrito no Brasil, o que motivou a promulgação da lei.

Todavia, ao longo dos anos, a norma passou por alterações e gerou impactos socioeconômicos diversos, alguns benéficos, mas outros completamente prejudiciais para a continuação da oferta de crédito no país, já que esta ocorreu de forma excessiva e, de certo modo, indiscriminada.

Faz-se, assim, necessário analisar esses diversos impactos que a lei do crédito consignado, enquanto instrumento de barateamento do crédito, ocasionou. A análise econômica e descritiva de séries de indicadores de crédito disponíveis para um período que abrange o momento da promulgação da lei e para o período mais recente poderá mostrar seus impactos imediatos e o estado atual do mercado de consignado, principalmente em comparação ao crédito não consignado, de modo que se possa ter uma ideia de como a modalidade de crédito introduzida pela lei foi benéfica para os tomadores em termos de condições de concessão de crédito. Além disso, outro impacto da lei que deve receber atenção é quanto à capacidade de pagamento do tomador e o comprometimento desta com o consignado, já que essa modalidade diminui a liquidez imediata do tomador, e como isso tem sido tratado na jurisprudência mais recente.

Após esta seção introdutória, o artigo segue com a apresentação das três modalidades de consignado. Em seguida, analisa-se os impactos imediatos da lei em algumas séries concernentes ao crédito. A seção seguinte traz a comparação entre as séries de indicadores de crédito das três modalidades que compõem o consignado com as do não consignado. Na última seção, tecem-se algumas críticas à forma como o consignado tem sido concedido, sem atenção à capacidade de endividamento dos agentes econômicos, tendo como ponto de partida a jurisprudência do Superior tribunal de Justiça (STJ). Logo após, vêm as conclusões.

## **2 AS MODALIDADES DE CRÉDITO CONSIGNADO**

### ***2.1 Consignado para Trabalhadores do Setor Público***

A possibilidade de consignação em folha para servidores públicos está prevista no art. 45, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/90. O total de consignações não

excederá 35% da remuneração mensal, sendo 5% reservados exclusivamente para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou utilização com finalidade de saque por meio de cartão de crédito. O Decreto nº 8.690, de 11 de março de 2016, que regulamenta o art. 45 da Lei nº 8.112/90, traz o limite de 96 parcelas a empréstimos concedidos por instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, limite de taxas de juros de acordo com o determinado pelo Ministério da Economia, além de outras regras como as hipóteses de suspensão por inadimplência.

O Documento 3050 do BCB assim define esta modalidade:

Operações de crédito a servidores públicos federais, estaduais ou municipais, ativos ou inativos, com retenção, por parte do órgão público ao qual o servidor está vinculado, de parte do salário ou rendimento de aposentadoria para o pagamento das parcelas do empréstimo – desconto em folha de pagamento – nos termos da legislação em vigor. Essas operações não devem estar vinculadas a aquisição de bem ou serviço.

## ***2.2 Consignado para Trabalhadores do Setor Privado***

Os empregados regidos pela CLT passaram a ter a possibilidade de consignação em folha com a promulgação da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Em seu art. 1º, caput e §1º, a lei determina que o desconto em folha ou na remuneração disponível será até o limite de 35%, sendo 5% destinados exclusivamente para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou utilização com finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

O Documento 3050, do BCB, assim define esta modalidade:

Operações de crédito a empregados do setor privado, com retenção de parte do salário do contratante pelo empregador para o pagamento das parcelas do empréstimo – desconto em folha de pagamento – nos termos da Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Essas operações não devem estar vinculadas a aquisição de bem ou serviço.

### ***2.3 Consignado para Aposentados e Pensionistas do INSS***

Seus critérios e procedimentos gerais estão definidos na Instrução Normativa do INSS nº 28, de 16 de maio de 2008. Os descontos não poderão ultrapassar o limite de 35% do valor do benefício, sendo até 30% para operações de empréstimo pessoa e até 5% para operações de crédito. A Instrução Normativa traz outros limites<sup>6</sup> como o de 2,08% de taxa mensal de juros, o limite de idade do tomador de 79 anos completos, entre outros.

O Documento 3050, do BCB, assim define esta modalidade:

Operações de crédito a aposentados e pensionistas do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), com retenção de parte do benefício do contratante pelo INSS para o pagamento das parcelas do empréstimo – desconto em folha de pagamento – nos termos da Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Essas operações não devem estar vinculadas a aquisição de bem ou serviço.

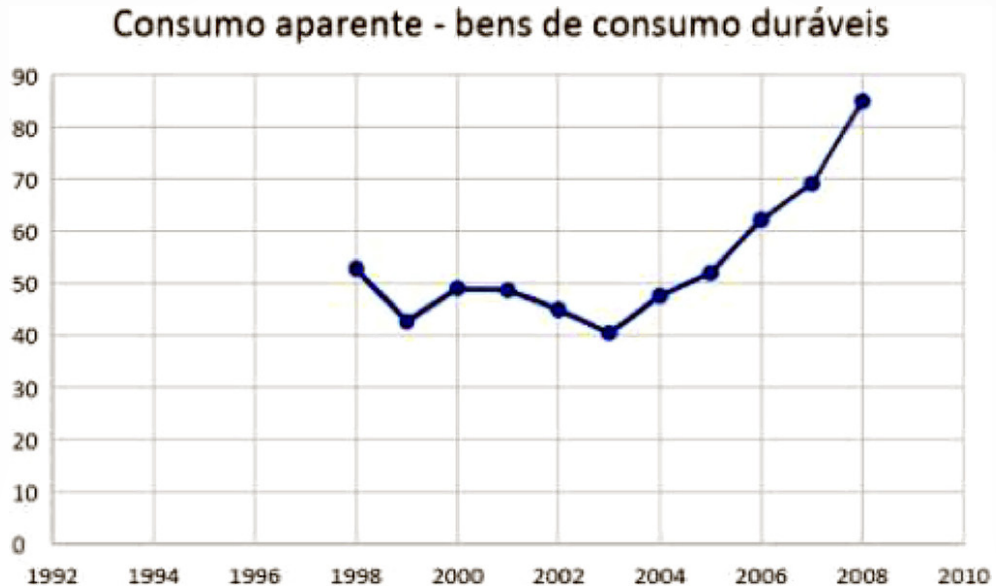
### 3 O SPREAD BANCÁRIO, AS TAXAS DE JUROS E A TAXA DE INADIMPLÊNCIA

Em setembro de 2003, momento em que a política pública de ampliação do crédito através do crédito consignado foi implementada, os seguintes aspectos conjunturais foram identificados através do relatório de Juros e *Spread* Bancário no Brasil do Banco Central do Brasil (BCB) : (i) baixo nível de crédito como limitador do crescimento econômico; (ii) as instituições financeiras podem colaborar objetivando o crescimento econômico, em razão das limitações do Estado; (iii) o BCB distinguiu os componentes do *spread* bancário – despesas administrativas, impostos, inadimplência e compulsório (componente incluído no relatório de Economia e Crédito Bancário do Bacen, de dezembro de 2005) – ressaltando que o custo da inadimplência é um fator relevante para o *spread* bancário; (iv) o nível da taxa básica de juros, SELIC, de 25% à época; e (v) a taxa de crescimento e o nível de consumo da economia estavam abaixo do ideal. Dentre os objetivos dessa política expansionista de crédito, o relatório do BCB expõe: para as instituições financeiras, a possibilidade de linhas de crédito com garantia, implicando, assim, em menores riscos e menores taxas e, para o tomador, a redução da taxa de juros e o aumento do volume de crédito à pessoa física.

Diante desse cenário, esta seção busca observar através do relatório de Juros e *Spread* Bancário no Brasil do BCB os resultados da política pública, analisa-se a evolução do consumo aparente, a evolução do *spread* bancário e a evolução da taxa de no período de 1998 até 2008.

Desta forma, pode-se verificar como se comportava o mercado antes e depois da implementação da Lei 10.820/03.

**Gráfico 1 – Evolução do consumo aparente no período de 1998 até 2008.**

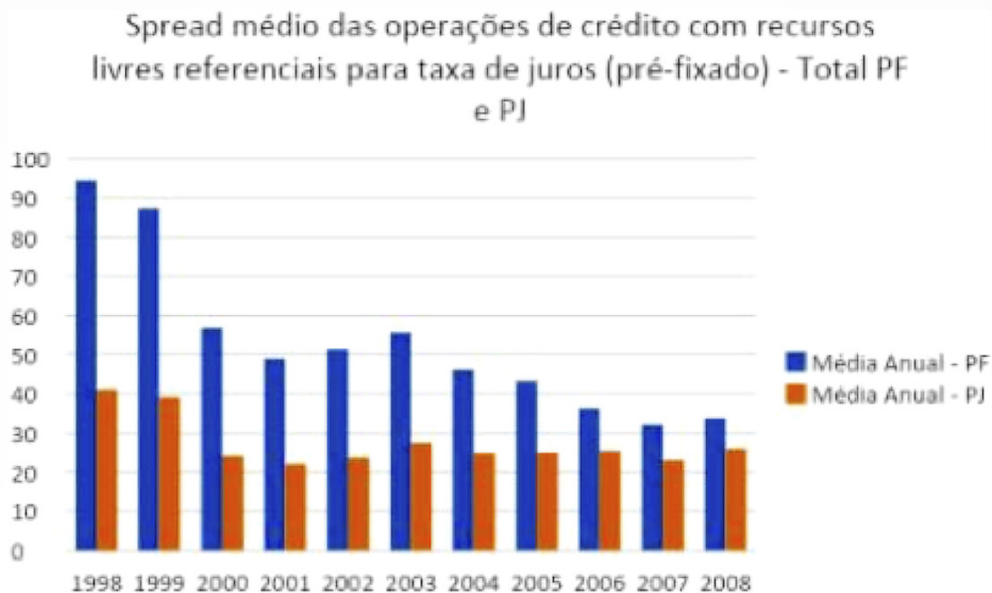


**Fonte:** Adaptado das séries temporais do IPEA.

Claramente, pode-se observar que a partir de 2003 houve evolução no segmento de móveis, eletrodomésticos, bens duráveis em geral. Pode-se associar este crescimento à maior disponibilização do crédito consignado como fator de impulsionamento deste setor (GOMES e ISSLER, 2005).



## Gráfico 2 – Evolução do *spread* bancário no período de 1998 até 2008.

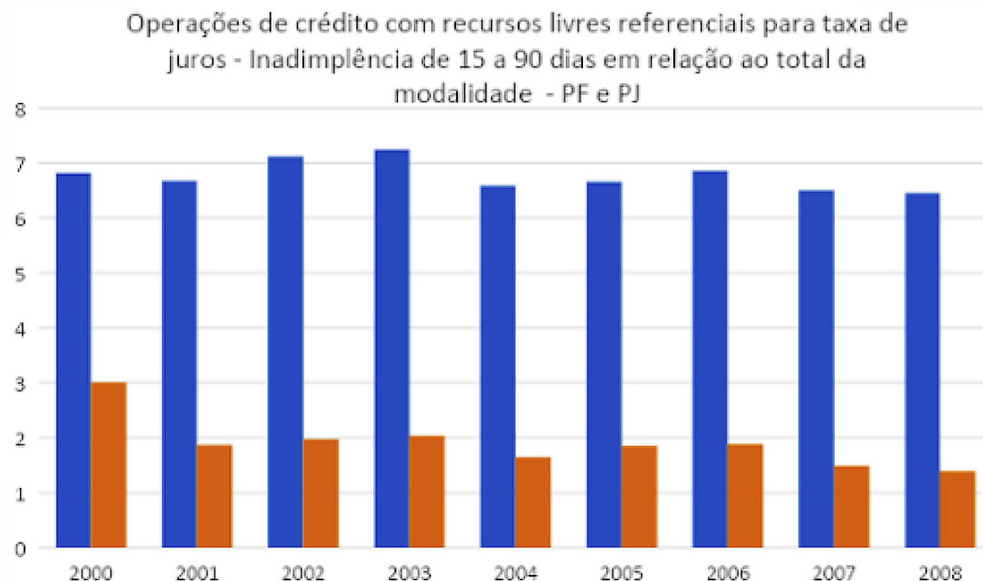


Fonte: Adaptado das séries temporais do BCB.

Verifica-se que houve diminuição gradativa do *spread* bancário da pessoa física a partir da edição da Lei. O *spread* em 2003 correspondia a 55,59% e, no ano seguinte, passou para 46,21%, ou seja, apresentou uma redução de 17% no ano seguinte à implementação da referida lei. Quando se compara ao *spread* da pessoa jurídica, afere-se que, ainda assim, o *spread* da pessoa física continua alto. Essa diferença de comportamento entre a pessoa física e a pessoa jurídica pode representar, no entanto, um indício de que a queda no *spread* bancário da pessoa física se deu em função do advento da lei, já que a mesma queda não foi observada no *spread* relativo à pessoa jurídica.

Os dados utilizados são de operações de crédito com recursos livres para o crédito pessoal extraídos da base de dados do BCB. É importante esclarecer que o *spread* do crédito consignado está incluído no *spread* do crédito pessoal.

### Gráfico 3 – Evolução do volume de inadimplência no período de 1998 até 2008.



Fonte: Adaptado das séries temporais do BCB.

A partir de 2003, pode-se observar discreta redução da inadimplência. Mas, no geral, ela se manteve estável. Além disso, verifica-se que, mesmo após o início da política pública, a inadimplência da pessoa física (escopo do presente estudo) continua sendo elevada quando comparada à inadimplência da pessoa jurídica. Desta forma, somente a partir dos dados apresentados

não se pode aventar que a política pública tenha conseguido atingir seus objetivos em relação a esta variável.

O *spread* bancário, a taxa de juros e a taxa de inadimplência nas transações de crédito consignado são fatores que propiciam aumento no custo empréstimo, dificultando, assim, o barateamento do crédito em questão. Os procedimentos para diminuir essas variáveis são necessários para haja fatores estimulantes para a queda da taxa de juros, objetivando proteger o consumidor do superendividamento.

## **4 COMPARAÇÃO ENTRE AS SÉRIES DE CRÉDITO: CRÉDITO PESSOAL CONSIGNADO EM SUAS TRÊS MODALIDADES X CRÉDITO PESSOAL NÃO CONSIGNADO**

Nesta seção, faz-se a comparação entre as séries de indicadores de crédito das três modalidades de consignado, detalhadas na seção 2 anterior, e as do crédito pessoal não consignado.

O fato de o crédito consignado ser uma modalidade em que a quitação do empréstimo vai acontecendo por descontos em folha de pagamento com o repasse direto do empregador ou agente pagador à instituição credora, faz com que ele funcione como um empréstimo com garantia no sentido de diminuição da assimetria de informação<sup>4</sup> entre as partes credora e devedora. Assim, quanto menor a incerteza acerca da remuneração do tomador/devedor,

---

4 O problema da assimetria de informação pode fazer com que o custo do crédito aumente e surja uma distorção pelo lado dos tomadores de crédito no sentido de que o mercado seria sobrecarregado pelo lado da demanda de maus tomadores (os chamados “lemons”). Ver o artigo clássico sobre o tema: AKERLÖF, G. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. Oxford University Press, 1970. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=3#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=3#metadata_info_tab_contents)>. Acesso em: 09 ago. 2021.

melhores tendem a ser as condições de pagamento. Isso se reflete claramente, como será visto mais a frente nesta seção, na melhora das condições de crédito quanto a, por exemplo, taxas, prazos e montante quando se compara os indicadores do não consignado com os do consignado (não importando sua modalidade) e até mesmo entre as modalidades do consignado, por exemplo, nas séries para os servidores públicos em relação às demais, já que estes possuem maior renda média e maior certeza quanto à sua remuneração em relação a trabalhadores do setor privado e a aposentados e pensionistas.

Vale citar ainda duas importantes características do consignado. A primeira é que ele se trata de uma modalidade com recursos livres. Ou seja, o tomador tem liberdade de escolha de seu uso, não há vinculação contratual, como seria no caso de um financiamento<sup>5,6</sup>. A segunda é que o consignado é uma modalidade altamente regulada por normas legais e infralegais<sup>7</sup>. A normatização atinge os mais diversos aspectos da concessão, como se pôde ter uma ideia na seção 2 anterior, e muitas vezes ocorrem mudanças em tais regras como resposta em termos de política econômica à conjuntura, como aconteceu recentemente com a crise do Coronavírus<sup>8</sup>.

---

5 Seguimos a classificação adotada pelo Banco Central do Brasil. Ver: <<https://www.bcb.gov.br/ftp/infecon/notaempr.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2021.

6 As instituições financeiras que ofertam consignado costumam trazer em seus websites explicações básicas acerca da modalidade, em que se pode conferir essas informações. Como um exemplo, segue a do Banco do Brasil: <[https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/voce/produtos-e-servicos/emprestimo/emprestimo-pessoal/emprestimo-consignado#/>](https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/voce/produtos-e-servicos/emprestimo/emprestimo-pessoal/emprestimo-consignado#/). Acesso em: 09 ago. 2021.

7 O Banco Central do Brasil em seu website faz referência às mais importantes delas. Ver: <[https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq\\_emprestimosconsignados](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_emprestimosconsignados)>. Acesso em: 09 ago. 2021.

8 Uma análise de mudanças no consignado para aposentados e pensionistas do INSS como resposta de política econômica à conjuntura sob o Coronavírus pode ser encontrada em: CAMPOS, Marcel. Mudanças no Empréstimo Consignado. Disponível em: <<https://conteudos.xpi.com.br/acoes/relatorios/mudancas-no-emprestimo-consignado/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

#### **4.1 Análise da Evolução de Indicadores de Crédito das Três Modalidades de Consignado e do Não Consignado**

Nesta seção, avaliamos a evolução das séries temporais de saldo, concessão, inadimplência, taxa de juros, prazo médio de concessão e Indicador de Custo do Crédito (ICC) para o não consignado e para as três modalidades de consignado acima apresentadas. As séries estão disponíveis no Sistema de Séries Temporais do Banco Central (SGS)<sup>9</sup>. As séries vão de mar/11 a jun/21, exceto as de saldo, que iniciam em mar/07<sup>10</sup> e as referentes ao ICC, que começam em jan/13<sup>11</sup>.

O Gráfico 4 mostra as séries de saldo do não consignado e para cada modalidade de consignado em termos reais a preços de junho de 2021.

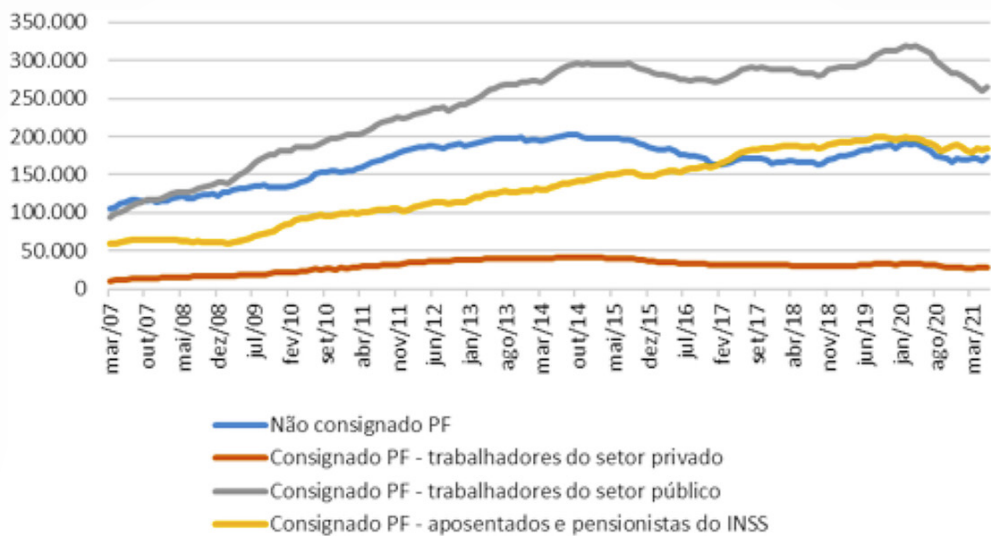
---

9 Mais informações sobre as séries podem ser encontradas nos metadados de cada uma delas no SGS e no Documento 3050, vide: BANCO CENTRAL DO BRASIL. Documento 3050 - Estatísticas Agregadas de Crédito e de Arrendamento Mercantil: Instruções de Preenchimento. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Leiaute\\_de\\_documentos/scrdoc3040/Instru%C3%A7%C3%B5es%20de%20preenchimento%20-%20Documento%203050.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Leiaute_de_documentos/scrdoc3040/Instru%C3%A7%C3%B5es%20de%20preenchimento%20-%20Documento%203050.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2020; e BANCO CENTRAL DO BRASIL. SGS: Sistema Gerenciador de Séries Temporais. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

10 Em 2011 houve uma alteração no cálculo das séries, quando se iniciou o cálculo das três modalidades de consignado atuais. No SGS estão disponíveis as antigas séries de saldo de consignado, que eram calculadas apenas nas modalidades trabalhadores públicos e trabalhadores privados, além da série relativa ao saldo concedido por cooperativas. As séries antigas vão de jan/04 a dez/12.

11 Procurando dar uma visão mais longa das séries, todas estas inseridas no período de vigência da Lei nº 10.820, optou-se por utilizar as séries completas disponíveis no SGS até a data mais recente quando da confecção deste trabalho, mesmo que alguns períodos difiram entre si. Mudanças de metodologia de cálculo sem que haja a projeção para trás com a nova metodologia e a introdução de novas séries são fatores comuns para essa diferença entre os períodos disponíveis.

**Gráfico 4: saldo (R\$ milhões) a preços reais de jun/21 - pessoas físicas – mar/07 a jun/21.**



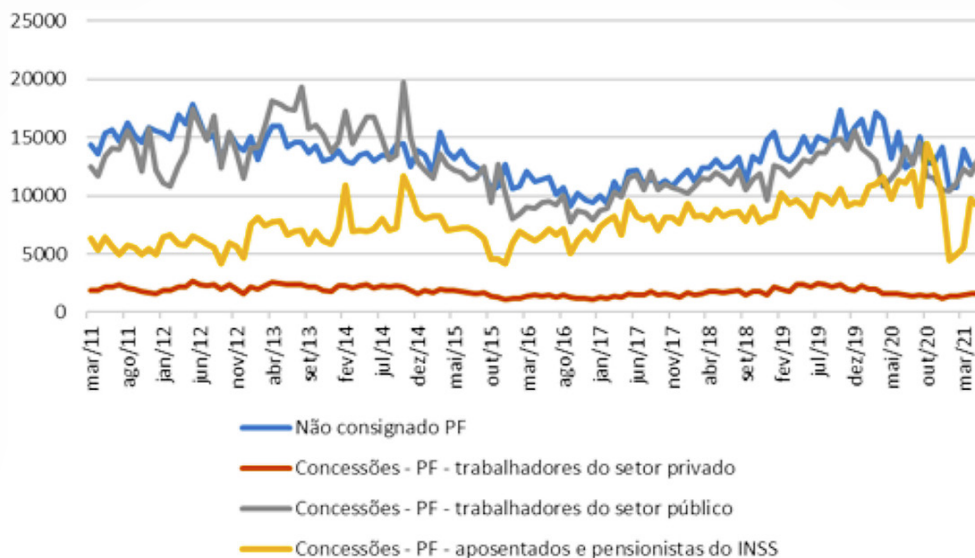
**Fonte:** dados do SGS. Elaboração própria.

Houve crescimento em termos reais dos saldos de consignado nas modalidades trabalhadores do setor privado, do setor público e aposentados e pensionistas respectivamente de 169%, 179% e 214%. O consignado total cresceu 191% e o não consignado, 64%. A partir de fev/mar de 2020 deu-se o início do período pandêmico, causando perturbações em algumas das séries analisadas nesta seção. As séries acima, por exemplo, apresentam tendência de queda nesse período de pandemia<sup>12</sup>.

O Gráfico 5 mostra as concessões mensais de não consignado e de cada modalidade de consignado em termos reais a preços de junho de 2021.

<sup>12</sup> De fato, a queda do saldo entre fev/20 e jun/21, respectivamente, do não consignado e do consignado total foi de 17% e 43%.

**Gráfico 5: concessões mensais (R\$ milhões) de a preços reais de jun/21 - pessoas físicas –mar/11 a jun/21.**



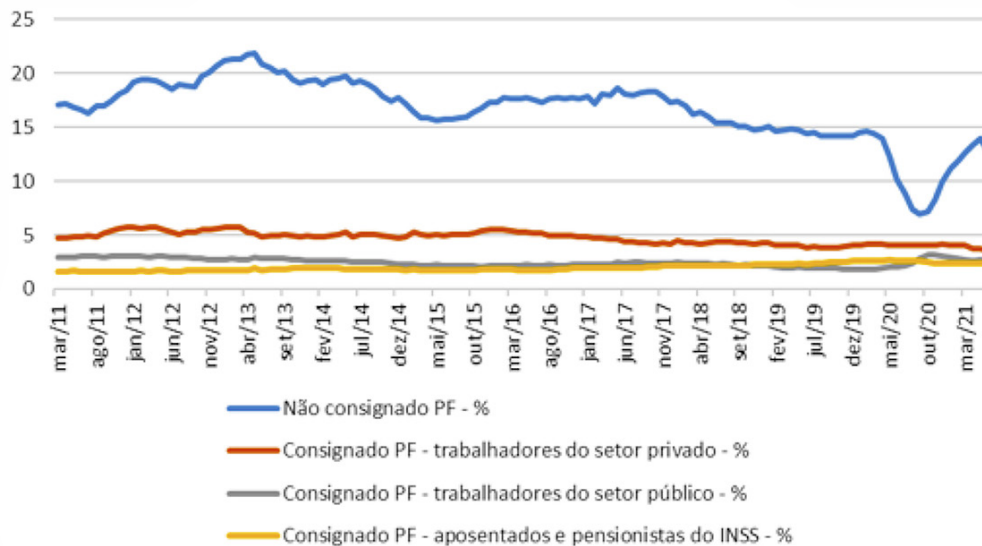
**Fonte:** dados do SGS. Elaboração própria.

As séries de concessão dos trabalhadores do setor privado e do setor público apresentaram queda de 11% e de 0,22%, respectivamente, no período. Mas as concessões para aposentados e pensionistas tiveram crescimento de 31%, mesmo com a queda no período pandêmico, o que acabou resultando no crescimento da concessão do consignado total de 8,5%. Já o não consignado teve queda de quase 2%. Chama atenção o fato de que a maior das modalidades de consignado, a dos trabalhadores do setor público apresentou, sozinha, concessões mensais bem próximas às do não consignado, como pode ser observado pelos níveis das curvas das duas séries. No último mês da série, a concessão de não consignado foi de R\$14.128 milhões e do consignado total de R\$22.432 milhões. Assim, o consignado teve concessão média superior à

do não consignado em todo o período, demonstrando ser a modalidade de crédito livre para pessoa física mais concedida do mercado.

O Gráfico 6 traz as séries de inadimplência do não consignado e de cada uma das três modalidades de consignado.

**Gráfico 6: inadimplência - mar/11 a jun/21.**



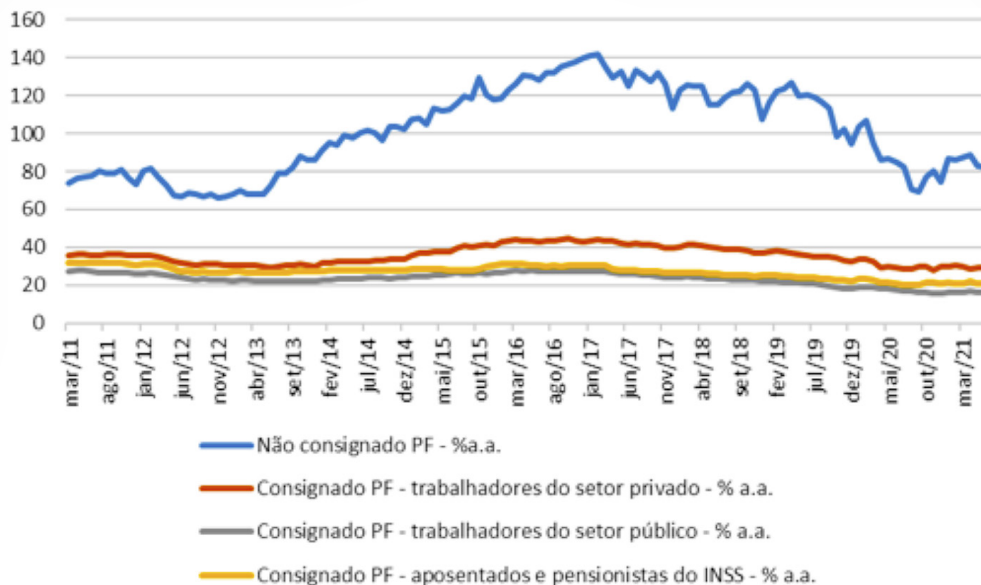
**Fonte:** dados do SGS. Elaboração própria.

Como era de se esperar, a taxa de inadimplência do não consignado foi superior a qualquer das modalidades do consignado, com média no período de 16,6%, enquanto a dos trabalhadores do setor privado foi a maior entre as três modalidades do consignado, com uma média para o período de 4,7%. A inadimplência dos aposentados e pensionistas teve média de 2% e a dos trabalhadores do setor público apresentou média de 2,5%.



O Gráfico 7 apresenta as taxas médias anuais de juros das operações de concessão para cada uma das três modalidades e para o não consignado.

**Gráfico 7: taxas médias anuais de juros - mar/11 a jun/21.**

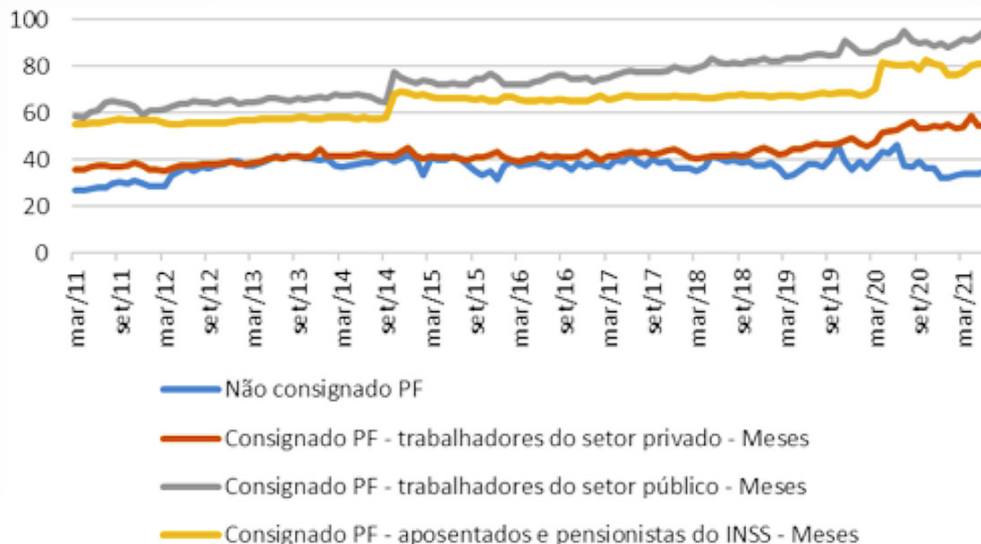


**Fonte:** dados do SGS. Elaboração própria.

Como esperado, as taxas médias do não consignado teve a maior média no período (101,5%), bem superior a dos trabalhadores do setor privado, a maior dentre as modalidades de consignado (35,8%). Para as modalidades setor público e aposentados e pensionistas, as médias foram de 23,3% e 27%, respectivamente.

O Gráfico 8 apresenta os prazos médios de concessões das três modalidades e do não consignado.

**Gráfico 8: prazo médio das concessões - mar/11 a jun/21.**



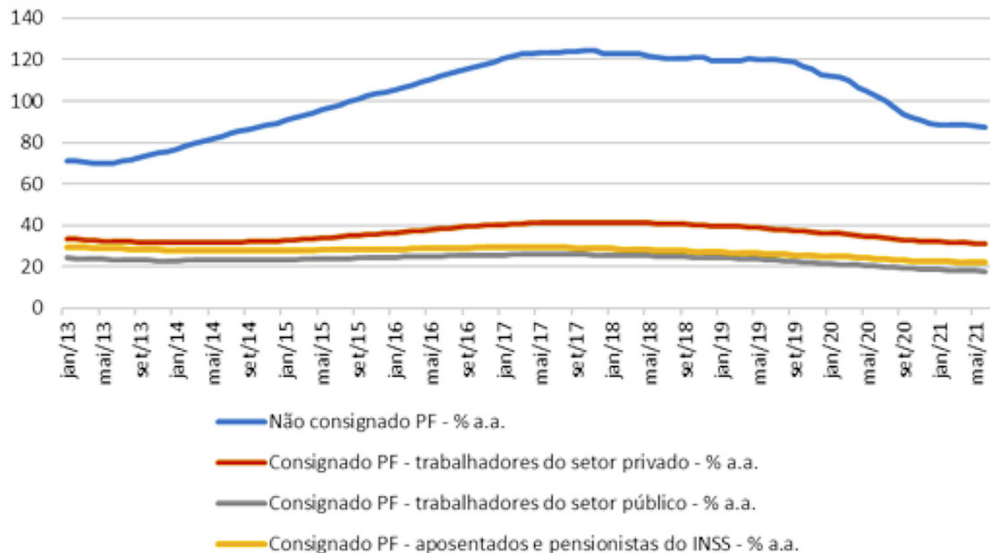
**Fonte:** dados do SGS. Elaboração própria.

As três modalidades de consignado tiveram prazos médios de concessão crescentes no período. A média da série para a concessão dos trabalhadores do setor privado foi de 42,7 meses. Para as modalidades setor público e aposentados e pensionistas, de 74,9 meses e de 64,9 meses, respectivamente. Já a média do não consignado foi a menor, de 37 meses, e apresentou o menor crescimento no período.

Nota-se alta correlação entre as três modalidades do consignado no gráfico das taxas médias de juros (Gráfico 7). Do mesmo modo, nota-se essa correlação entre as três no gráfico dos prazos médios de concessão (Gráfico 8). Isso deve ser resultado não só de alterações conjunturais da economia, como também da alta regulação do crédito consignado, como explicado acima.

Por fim, o Gráfico 9 a seguir mostra a evolução do ICC (Indicador de Custo do Crédito) do crédito não consignado e das três modalidades de consignado. Pode-se observar como o custo de crédito do consignado<sup>13</sup>, em especial para os trabalhadores do setor público (média de 23,4%), é mais baixo do que aquele do não consignado (média de 102,7%). Ou seja, o objetivo do consignado como uma modalidade mais barata de crédito foi atingido.

**Gráfico 9: Indicador de Custo do Crédito (ICC) - % a.a. – jan/13 a jun/21.**



**Fonte:** dados do SGS. Elaboração própria.

Como visto nas seções anteriores, o crédito consignado foi uma tentativa de baratear o crédito e, assim, aumentar sua concessão em termos de *quantum* e de acesso no Brasil. Ao compararmos os indicadores de crédito

<sup>13</sup> A média do consignado total no período foi de 25,5%.

nos gráficos acima, vimos que de fato isso foi conseguido, pois o consignado possui menores custos e melhores condições de crédito para o tomador, como prazos e taxas, e para o ofertante, pois sua inadimplência é menor. Além disso, o saldo para pessoas físicas do consignado já supera o do não consignado, sendo aquele em junho de 2021, último mês da base utilizada, de R\$476.952 milhões, enquanto este foi de R\$172.687 milhões. Isso mostra como o consignado tem se revelado uma opção mais atrativa em relação às demais modalidades de crédito.

#### **4.2 O Desafio do Acesso ao Crédito Ainda a Ser Vencido**

O grande desafio imposto ao segmento de crédito ainda é seu acesso às camadas menos favorecidas da população. Para termos uma ideia do tamanho deste desafio, segundo o Relatório de Cidadania Financeira – 2018<sup>14</sup>, do Banco Central, analisando o triênio 2015-2017 e utilizando dados com cartão de crédito à vista<sup>15</sup>, uma modalidade já bastante popular em comparação com as demais, a penetração do crédito é menor nas faixas mais baixas de renda. As faixas até 1 salário-mínimo e de 1 a 2 salários mínimos representaram 11% e 32% dos tomadores, respectivamente, embora essas faixas abarcassem cerca de 2/3 da população do país. Ainda segundo o mesmo Relatório, em 2017, 54% da concessão total da modalidade no seguimento pessoas físicas se destinou à faixa acima de 5 salários-mínimos, correspondentes a apenas 6,2% da população à época.

---

14 O Relatório de Cidadania Financeira – 2018 encontra-se disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos\\_cidadania/RIF/Relatorio%20Cidadania%20Financeira\\_BCB\\_16jan\\_2019.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio%20Cidadania%20Financeira_BCB_16jan_2019.pdf)>. Acesso em: 25/03/2021.

15 Infelizmente, não encontramos dados do consignado classificado por faixa de renda.

## 5 ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DA LEI DO CRÉDITO E DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

A Lei nº 10.820/2003 foi responsável pela autorização do desconto de prestações diretamente em folha de pagamento, por meio do disposto em seu art. 1º. Isto é, a legislação dispõe acerca de uma modalidade de crédito pessoal em que o valor de cada parcela é descontado de forma automática, diretamente no contracheque ou no benefício oriundo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Esse crédito pessoal pode ser disponibilizado de duas maneiras: sob a forma de empréstimo consignado ou sob a forma de crédito consignado.

A Lei do Crédito e do Empréstimo Consignado derivou da Medida Provisória nº 130, de 17 de setembro de 2003, que surgiu com a finalidade de se promover uma medida de facilitação de crédito e de inclusão financeira no país, já que as pessoas que viviam em condições financeiras precárias possuíam dificuldades de comprovar renda para a obtenção de crédito junto às grandes instituições financeiras (SCHERAIBER, 2008). A lei, portanto, englobava em seu art. 1º a inclusão financeira especificamente dos empregados celetistas, que, geralmente, eram as pessoas que possuíam renda baixa, e, em seu art. 6º, dos aposentados (MEDEIROS et. al, 2018), com vistas a igualá-los aos funcionários públicos, políticos, militares e pensionistas, que já possuíam direito ao crédito consignado desde o advento da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Após a popularização da oferta de crédito e de empréstimo consignado no país por meio da Lei, diversas ações foram ajuizadas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, dado que, ao invés de garantir a inclusão financeira, o sistema nacional concedeu crédito de forma excessiva para a população e sem qualquer dependência de um sistema condicionante de garantias, levando

a um aumento exponencial nos índices de superendividamento do consumidor que adquire o crédito (v. BORGES, 2018). Contudo, não se contava com a realização de avaliações de impacto das decisões judiciais que eram proferidas após o advento da lei de 2003 sobre o comportamento dos agentes financeiros. Dessa forma, a questão da avaliação de impacto de tais decisões judiciais em relação à oferta excessiva de crédito por parte desses agentes foi pacificada somente com a vigência da alteração normativa promovida pela Lei nº 13.172, de 21 de outubro de 2015<sup>28</sup>, que foi responsável pelo estabelecimento de um limite de margem para a concessão do desconto referente ao crédito consignado.

Tendo em vista o cenário apresentado anteriormente, no que tange às decisões judiciais, necessário se faz esclarecer que, somente em 3 de outubro de 2017, o Poder Judiciário foi capaz de realizar, por conta própria, uma análise econômica das decisões judiciais relativas a um caso que envolvia discussão sobre o sistema creditício impulsionado pela Lei nº 10.820/03. No julgamento, o Recurso Especial nº 1.586.910, o Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), realizou uma análise econômica do processo e identificou que a limitação ao desconto, nos moldes da Lei nº 13.172/15, resultaria, matematicamente, no aumento do saldo devedor do consumidor adquirente do crédito na medida em que implicaria na amortização negativa do débito. Segundo o Ministro, a consequência dessa dinâmica seria a eternização da obrigação do consumidor junto ao sistema financeiro, ideia esta que se afasta dos objetivos da Lei, bem como não contribui para a oferta eficiente do crédito e, tampouco para o aumento da capacidade de consumo da população e para a persecução do desenvolvimento nacional (BORGES, 2018).

Para além da questão do saldo devedor, o Ministro Luis Felipe Salomão identificou que a limitação autorizada pela lei de 2015 geraria consequências como a possibilidade de restrição do crédito concedido aos consumidores de

baixa renda, bem como a possibilidade de elevação das taxas de juros para os adquirentes que não conseguem demonstrar que possuem renda compatível com a capacidade de pagamento do crédito pretendido (BORGES, 2018).

Em que pese a robusta análise elaborada por parte do Ministro do STJ quando da análise do Recurso Especial nº 1.586.910, verifica-se que alguns aspectos de alta relevância para uma a realização de uma análise econômica eficaz do processo foram desconsiderados. A decisão do Tribunal não abordou a capacidade que a publicidade enganosa, a falta de informações e a ausência de transparência sobre os produtos de crédito, por exemplo, possuem de levar o consumidor munido de boa-fé a uma impossibilidade de honrar todo o conjunto de suas dívidas consideradas como não profissionais, exigíveis e vincendas. De igual modo, a decisão não tratou da questão da possibilidade de uma concessão irresponsável do crédito por parte da instituição financeira, mesmo após o advento da limitação permitida pela lei de 2015 (BORGES, 2018). Por fim, ressalta-se que o aspecto mais importante da análise, que consiste nas peculiaridades da modalidade do empréstimo contraído pelo consumidor superendividado, isto é, o cheque especial não consignado, também não foram desconsideradas, motivo pelo qual a análise econômica do processo, realizada por meio da decisão do Recurso Especial em questão, restou prejudicada em relação a esses fatores.

Diante desse contexto, frisa-se que, embora haja complicações jurídico-institucionais, sociais e econômicas na concessão de crédito no Brasil, nota-se que esse tipo de oferta, que só foi permitida devido à criação da Lei nº 10.820/03, é extremamente importante para o contexto socioeconômico nacional, pois gera impacto no bem-estar social e, conseqüentemente, na atividade econômica, em virtude da expansão das condições de crescimento econômico que são promovidas a partir de uma espécie de aumento do poder de compra da população.

O crédito, sob a ótica da análise econômica do Direito, é um fator notadamente responsável pela geração de algum grau de desenvolvimento, propulsão do investimento e acumulação de capital, o que contribui para toda uma formação de expectativas por parte dos agentes financeiros. Isto porque, concedido de forma eficaz, ele permite, inclusive, com que a capacidade de consumo da população seja aumentada. Ademais, observa-se que o emprego de recursos, quando realizado de forma adequada, coaduna-se com o aumento do poder de compra da população e gera o aumento do bem-estar social, que leva à redução dos conflitos. Sendo assim, todo e qualquer grau de elevação nos índices de superendividamento em razão de uma oferta excessiva de crédito deve ser bem analisada e combatida. Sobretudo, mediante o estabelecimento de um sistema de garantias bem estruturado (MEDEIROS et al.), para que haja a liberalização da concessão do crédito sem que se incorra na ineficiência do propósito da Lei do Crédito e do Empréstimo Consignado, ou seja, a inclusão financeira.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A promulgação da Lei nº 10.820/03 veio como mais uma tentativa de barateamento do crédito, tornando-o mais acessível aos seus tomadores. As avaliações dos indicadores de crédito mostram que houve melhora significativa com a promulgação da lei em 2003. Além disso, como visto quando da comparação entre as modalidades de consignado e não consignado, o intento de introduzir no mercado uma modalidade mais barata, com melhores condições de crédito, consequência da menor assimetria de informações e do menor risco para o ofertante, foi conseguido de modo que o consignado é atualmente a modalidade de crédito livre para pessoas físicas mais utilizada.



No entanto, a alta regulamentação e o descuido por parte da instituição concedente do crédito quanto à real capacidade de endividamento e pagamento do tomador são dificuldades ainda a serem superadas. Há um componente comportamental nesse ponto que pode ser explorado por futuros trabalhos.

Resta ver ainda qual a real capacidade de acesso ao consignado por parte das classes de mais baixa renda da população, já que são elas as mais afetadas pela informalidade e pelo alto comprometimento do salário, já que muitas vezes, o que estas famílias ganham é apenas o suficiente para seu sustento imediato.

Deve-se reconhecer que a Lei do Consignado foi exitosa quanto aos seus impactos no mercado de crédito brasileiro, principalmente no que tange o barateamento do crédito. Entretanto, os dados analisados ao longo deste texto, que não possuem classificação por faixas de renda ou outras categorias socioeconômicas, não permitem verificar se o consignado está beneficiando mais grupos da economia que já tinham acesso mais fácil ao crédito, ou seja, aqueles com renda e garantias de mais fácil comprovação, especialmente os aposentados, pensionistas e trabalhadores do setor público. Deixa-se aqui a recomendação ao Banco Central do Brasil que disponibilize séries de saldo, concessão e outros indicadores de crédito por faixas de renda em seu SGS, de modo a possibilitar o estudo de impactos de políticas econômicas voltadas ao crédito, como a promulgação da lei em tela, nas diferentes camadas de renda da população.

Resta ainda o desafio de popularizar ainda mais o crédito, alcançando as camadas de renda mais baixa da população, justamente aquelas que, devido às dificuldades em comprovar renda e apresentar garantias, são as menos beneficiadas pelo mercado de crédito.

## REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Documento 3050** - Estatísticas Agregadas de Crédito e de Arrendamento Mercantil: Instruções de Preenchimento. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Leiaute\\_de\\_documentos/scrdoc3040/Instru%C3%A7%C3%B5es%20de%20preenchimento%20-%20Documento%203050.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Leiaute_de_documentos/scrdoc3040/Instru%C3%A7%C3%B5es%20de%20preenchimento%20-%20Documento%203050.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Juros e Spread Bancário no Brasil**: Avaliação de 1 Ano do Projeto – Novembro de 2000. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/ftp/juros-pread112000.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Relatório de Cidadania Financeira – 2018**. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos\\_cidadania/RIF/Relatorio%20Cidadania%20Financeira\\_BCB\\_16jan\\_2019.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio%20Cidadania%20Financeira_BCB_16jan_2019.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BORGES, J. P. R. **O Superendividamento no Brasil**: Um Estudo sob a Ótica da Análise Econômica do Direito. In: Revista da PGBC, v. 12 – n. 2, p. 95-109, Dez./2018. Disponível em: <<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/download/972/22>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

GOMES, F. A. R.; ISSLER, J. V.; SALVATO, M. A. **Principais Características do Consumo de Duráveis no Brasil e Testes de Separabilidade entre Duráveis e Não- Duráveis**. In: Rev. Bras. Econ., Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, p. 33-60, Mar./2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rbe/v59n1/a02v59n1.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

MEDEIROS, A. P. de; OLIVEIRA, G. X. de; BENDER FILHO, R. **Crédito Consignado: Segmento e Efeitos Econômicos.** In: RACE, Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 783-810, maio/ago 2018. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/race/article/view/16604/pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PEREIRA, E. P. de C. **Uma Análise do Crédito Consignado no Brasil com Ênfase no Impacto da Crise Financeira de 2008.** Monografia de Final de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <[http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Eduardo\\_Prochnik\\_de\\_Carvalho\\_Pereira.pdf](http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Eduardo_Prochnik_de_Carvalho_Pereira.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SCHERAIBER, C. E. **O Crédito e o Empréstimo Consignado.** Revista de Direito do Consumidor, Ano 17, n. 68, out-dez/2008. Disponível em: <<https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/CiroExpedito.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

# ANÁLISE ECONÔMICA DO CARTEL EM LICITAÇÃO: ESTRATÉGIAS PARA REGULAÇÃO EFICIENTE E O DESENVOLVIMENTO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

*Vivian Gabriella Barroso da Silva<sup>1</sup>*

## **Resumo**

Este trabalho objetiva fazer uma análise sobre a política pública Antitruste, baseando-se nos métodos da Teoria Econômica e Análise Econômica do Direito. Através de pesquisa bibliográfica, define-se os contornos e o enquadramento legislativo da prática de cartel em licitações, identificando ainda formas de investigação e repressão. A abordagem proposta guarda extrema relevância por analisar a legislação e seus comandos versados no combate à cartelização e demais ilícitos associados, tão comuns no contexto brasileiro, apresentando a eficácia dos dispositivos legais para desbaratar e

---

<sup>1</sup> Bacharel em de Direito pela Universidade Potiguar, campus de Natal/RN. Pós graduanda em Direito Administrativo e Gestão Pública. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais (GPerim Unp) e do Grupo de Pesquisa em Compliance e Governança Corporativa- Educompliance.

reparar os danos causados por organizações envolvidas em casos de corrupção. Inicialmente, segue-se uma introdução sobre o que é Análise Econômica do Direito, sua metodologia e uma apresentação sobre as teorias microeconômicas aplicáveis. Posteriormente, passa-se à análise do texto legislativo. Por fim, busca-se possíveis estratégias para regulação do mercado e o desenvolvimento da livre concorrência.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Cartel em Licitações. Políticas Antitruste e de Combate à Anticorrupção.

### **Abstract**

This paper aims to analyze the assumptions of economics, applied to the hypothetical-deductive approach of Antitrust Public Policy related to the detection, investigation and repression of cartels. The following microeconomic theories to be analyzed from the standpoint of the Economic Law Analysis stand out: opportunity costs (trade off), rational maximization, rational choice theory, balance efficiency, market failures, informational asymmetries and other external factors. For that, the contours and the legislative framework of the cartel practice in bids are defined, also identifying ways of identifying the conduct. Finally, we seek to identify possible strategies for market regulation and the development of free competition with a trade-off between antitrust policies and anti-corruption policies essential for the prevention of cartelization, especially CADE and its role in identifying bid fraud.

**Keywords:** Economic Analysis of Cartel em Bids. Antitrust and Anti-Corruption Policies.

# 1 INTRODUÇÃO

A prática de cartel através de conluio entre empresas é considerada prejudicial à livre concorrência da economia, constituindo-se em um grande obstáculo à política regulatória do estado. Quanto ao cartel em concorrências públicas, a lesão é ainda maior, principalmente por prejudicar também o erário e o processo de inovação e desenvolvimento tecnológico por impedir que as demais concorrentes desenvolvam novos produtos e serviços no mercado. Isso resulta em perda de inovação, riqueza e, em longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo.

Nesse sentido, a regulação antitruste surgiu no final do século XIX, nos Estados Unidos, ainda que com motivações distintas daquelas que hoje balizam a regulação antitruste. A partir da revolução industrial e do desenvolvimento de novos setores industriais impulsionados pela tecnologia, a preocupação com a concorrência ganhou força nos países desenvolvidos. Por não existir homogeneidade nas teorias econômicas e ausência de regulação, as grandes empresas começaram a formar setores oligopolizados, gerando enorme instabilidade macroeconômica.

Por sua vez, o cartel na sua forma tradicional como associação de empresas do mesmo setor, tabela de preços e valor de participação. A monopolização do mercado mediante a prática de cartel teve como consequência a interferência negativa na livre concorrência e na regulação estatal, bem assim nos lucros que passaram a ser manipulados conforme seus interesses.

No âmbito econômico, a defesa da competitividade é a ferramenta que permite a sustentabilidade dos mercados. As políticas antitrustes constituem instrumento indispensável para garantir a competitividade. A defesa da concorrência pretende assegurar a sustentabilidade e autorregulação dos mercados, buscando a intervenção estatal em último caso, considerando a teoria liberal do estado mínimo.

Como marco da política antitruste, no Brasil houve edição da Lei Federal nº 12.259, de 30 de novembro de 2011, a qual disciplina o conceito de cartel como sendo acordos irregulares que visam combinar preços, quantidades, clientes, fornecedores, regiões ou quaisquer outras divisões mercadológicas.

Em diversos países tem se adotado a cartelização como prática condenável per se, sem que se observe outras práticas nocivas que podem estar associadas. E é nesse ponto que o presente trabalho pretende se debruçar, principalmente em razão da combinação de práticas ilícitas, com diversos bens jurídicos e valores a serem protegidos, devendo haver uma união entre os órgãos reguladores e demais autoridades competentes.

Destaca-se a necessidade de examinar qual a alternativa mais eficiente no combate à cartelização e demais ilícitos associados, tão comuns no contexto brasileiro, apresentando a eficácia dos dispositivos legais para desbaratar e reparar os danos causados por organizações envolvidas em casos de corrupção, a partir da utilização teorias microeconômicas e os incentivos anticorrupção que se extraem.

Busca-se difundir e ampliar a relação entre Direito e Economia, assim como explicar e também prever as consequências de determinada norma e ação estatal. Assim, é possível verificar o impacto que terá determinada estrutura de incentivos sobre o comportamento dos indivíduos.

O objetivo geral deste trabalho é, portanto, analisar a Lei Federal nº 12.259/93 com relação a prática de cartel em licitações a fim de demonstrar a eficiência dos dispositivos legais com os métodos da Teoria Microeconômica.

No tocante aos objetivos específicos, cumpre destacá-los: discutir e aproximar Direito e Economia buscando racionalizar a intervenção estatal e analisar os meios administrativos e suas sanções com o intuito de verificar se são eficazes na prevenção e no reparo dos danos oriundos da prática de cartel em concorrências públicas.

Com vistas a aprofundar o tema, o método a ser utilizado é o hipotético-dedutivo. Por meio de uma abordagem qualitativa, busca-se aprimorar o conhecimento nas áreas da Economia e do Direito, de maneira a fomentar discussões cada vez mais incisivas sobre os métodos econômicos aplicáveis à ciência jurídica, especificamente a legislação Antitruste e a Anticorrupção. Trata-se de uma pesquisa descritiva, na medida em que explana sobre as teorias econômicas; e também exploratória e bibliográfica, buscando contribuir para o desenvolvimento cada vez maior de pesquisas sobre o tema.

Nesse contexto, este trabalho se torna relevante uma vez que a pesquisa tem por finalidade analisar o conteúdo normativo que subsidia a política regulatória antitruste no Brasil, com destaque a livre concorrência como um bem jurídico para, a partir daí efetivar uma análise econômica coerente no que diz respeito a prevenção destes crimes.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

A disciplina de Direito e Economia tem origem marcada por duas correntes intelectuais: a economia política e o realismo jurídico. A economia política origina-se a partir dos estudos de Adam Smith sobre a influência do Direito no funcionamento dos mercados (SALAMA, 2008).

Por sua vez, o realismo jurídico que surge pelos teóricos norte-americanos e escandinavos na primeira metade do século XX, sustenta a ideia diferentemente das bases kelsianas e da *Teoria Pura do Direito*, esta apartada e isolada de outras áreas do conhecimento. Essa corrente buscou estudar as leis como elas de fato eram aplicadas de acordo com o caso concreto, ao invés de como elas eram escritas nos códigos e livros (GICO JÚNIOR, 2010).



Sobre isso, Bobbio ao estudar as bases da teoria realista justifica que os positivistas levam em consideração apenas o contraste existente entre direito válido e direito justo. Os seguidores dessas correntes [realistas] veem também um contraste entre o direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último, o direito na sua concretude, único objeto possível de pesquisa por parte do jurista que não queira se entreter com fantasmas vazios (BOBBIO, 2001).

Assim, a normativa realista estabeleceu uma nova fonte do direito, além das regras positivistas, favorecendo o surgimento das primeiras obras voltadas à análise econômica, aplicando-se as teorias econômicas (microeconomia) nesta área do conhecimento.

A metodologia da Análise Econômica do Direito (AED) (AGUIAR, 2018) analisa o custo e benefício preocupando-se com uma abordagem analítica e sistemática dentro de um processo interpretativo da norma jurídica. É, portanto, possível avaliar a influência das ações, sejam elas orientadas por incentivos ou obstáculos, que orientam os indivíduos voltando-se para o futuro com o objetivo de determinar de que maneira a atuação estatal deve intervir. O Direito, além de exercer o controle social, passa a determinar o comportamento social segundo análise da relação custo-benefício (RODRIGUES, 2014).

A Ciência Econômica aplicada ao direito oferece uma direção às políticas públicas na medida em que racionaliza a tomada de decisões com base na maximização dos resultados e da eficiência no uso dos recursos de produção.

Fábio Nusdeo entende que “a atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez”.

Pioneiro dos estudos sobre AED, Richard Posner dedicou atenção às ciências criminais em seus trabalhos, especialmente em sua obra *Economic Analysis of Law* (POSNER, 2010) até então isoladas do mercado e da

economia, com a pretensão de otimizar os investimentos públicos, a fim de encarecer a relação de custos e benefícios da criminalidade.

Por essa razão, a reciprocidade que há entre Economia e Direito pode ser reduzida, inicialmente, à seguinte explicação de Fábio Nusdeo (2001, p. 28) sobre o assunto: “quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses” (GICO JÚNIOR, 2012, p. 18).

Nesse sentido, busca-se utilizar as ferramentas teóricas e empíricas para tentar compreender, assim como explicar e também prever as consequências de determinada norma e ação estatal. É possível, assim, verificar o impacto que terá determinada estrutura de incentivos sobre o comportamento dos seres humanos (SEIXAS, 2012).

A otimização de investimentos trata-se de premissa básica da economia. Partindo desse pressuposto, a economia norteia seus estudos na Teoria da Escolha Racional em que os indivíduos orientam seu comportamento em função da maximização daquilo que atribuem valor. Na empresa, por exemplo, a maximização seria dos lucros, ou seja, toma uma decisão que traga maiores resultados com menor esforço e custo (RODRIGUES, 2014). No Estado pretende-se utilizar os recursos escassos de maneira a atingir fins ainda maiores.

Sobre isso, Gary Becker, em sua obra de 1992, intitulada *Crime and Punishment: An Economic Approach*, defendeu a escolha racional do delinquente e sua aversão ao risco como elemento preponderante para sua decisão de delinquir.

Becker defende que o indivíduo é influenciado positivamente ou negativamente, bem assim pelas consequências que podem decorrer da sua decisão. Trata-se para ele de uma escolha econômica e não mais como uma patologia pessoal ou social.

Desse modo, a política criminal deve pensar de que maneira pode combater e prevenir o crime, com o menor custo possível. Neste sentido, diz Marie (2013) que a questão econômica não se limita a ‘o quê funciona?’ no controle do crime, mas em ‘o quê vale a pena?’. Análise do custo-benefício fornece uma série de regras para responder esta questão e, mais genericamente, encoraja uma abordagem compreensiva para valoração.

Ainda segundo o autor, é preciso pensar no custo da possível apreensão ou condenação sob a ótica do agente delinquente. Parte-se, portanto, das seguintes premissas (*Ahmres College, Economics 66, 2007*):  $O$  = Número de Ofensas;  $p$  = Probabilidade de Apreensão;  $f$  = Valor monetário do custo a ser pago quando apreendido (e condenado)..

O Estado deve observar, dentro da política criminal, de que forma poderá diminuir o número de ofensas investindo ou na probabilidade de apreensão ou através do aumento do valor monetário quando apreendido. Assim, torna-se economicamente mais desvantajoso o cometimento do ato ilícito. Em relação ao custo social e o reflexo na sociedade, deve-se pensar, segundo Becker, nos crimes econômicos, em sanções (GOULART e SCHALANSKI, 2016) .

### 3 CARTEL E LICITAÇÃO

As barreiras de acesso ao mercado impedem que empresas concorrentes disputem lugar no setor empresarial. Nesse sentido, podemos citar o controle dos recursos estratégicos, patentes, direitos autorais e superioridade tecnológica (WESSELS, 2010)

A concorrência perfeita é a estrutura ideal em razão de garantir maior bem-estar econômico. Nos mercados que concentram suas estruturas e propõe barreiras competitivas, é necessário que o Estado adote medidas em busca da

ordem econômica através de estímulos fiscais ou financeiros, fomento às atividades empresariais, devendo analisar a eficiência desta medida (ELALI, 2010).

Esse monopólio ou oligopólio ficou conhecido como cartel. Conforme o conceito atual trazido pelo anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica –CADE, consistem em acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

A prática de cartel é uma prática horizontal que pode restringir de forma parcial ou absoluta à livre concorrência através de empresas do mesmo setor ou similares que buscam lucrar e ter domínio sobre o mercado em detrimento das outras.

O direito antitruste tem o papel de restabelecer a concorrência que via de regra deve ser natural.

Destarte, a Constituição Federal estabelece em seu art. 37, inciso XXI, que o processo de licitação deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade. Nesse contexto, deve-se manter um ambiente de livre concorrência para que a Administração escolha a proposta que mais atenda ao interesse público.

Seguindo o mesmo entendimento, a Lei Federal N.º 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art. 3º dispõe que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

É defeso à Administração instituir nos atos de convocação condições restritivas que frustrem o caráter competitivo do certame, bem assim estabelecer preferências ou distinções irrelevantes ou impertinentes ao objeto do contrato. O bem ou o serviço é padronizado para que muitos concorrentes possam participar com base no que foi especificado.

Ocorre que a ausência de incentivos facilita a prática de cartel, o que faz que a Administração muitas vezes contrate empresas em valor superior ao mercado ou empresas que forneçam os bens de serviço de péssima qualidade. Esses efeitos atingem proporções ainda maiores uma vez que a lesão ao erário tem consequência para além das partes, já que toda a sociedade é afetada.

O cartel em licitação consiste na apresentação de propostas em conluio que é o ajuste entre as empresas com o intuito de aumentar os preços ou reduzir a qualidade da prestação dos serviços, conseqüentemente aumentando os lucros. A ausência de competição nessas concorrências públicas através desses ajustes é cada vez mais comum e por isso este trabalho pretende se debruçar nas causas e possíveis soluções, sem esgotar o tema.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o mercado de contratações governamentais corresponde, em média, a 13% do produto interno bruto (PIB) brasileiro, totalizando aproximadamente R\$ 850 bilhões somente no exercício de 2017, considerando os dados fornecidos pelo IBGE. O Relatório Econômico da OCDE (2018), publicado em fevereiro de 2018, recomendou a mudança nas leis que se referem às contratações públicas brasileiras para trazer mais dinamicidade e concorrência aos certames, especialmente quanto a complexidade e isenções que afetam a integridade dos processos de licitação e a concorrência.

Ao considerar a prática de cartel que tende a superfaturar os preços e os serviços, a lesão e o prejuízo aos cofres públicos chegam a ser ainda maior.

A Lei Federal 12.529 de 30 de novembro de 2011, nos termos do art. 36, dispõe que o cartel pode ser de diversas formas, como por exemplo limitar, falsear ou de qualquer frustrar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inciso I), dominar mercado relevante de bens ou serviços (inciso II), aumentar arbitrariamente os lucros (inciso III) e exercer de forma abusiva posição

dominante (inciso IV). Ou seja, acordar, combinar ou manipular preços, serviços, vantagens e abstenções com os concorrentes.

A manipulação realizada no certame é de difícil detecção, principalmente pela falsa aparência de concorrência em razão dos valores serem próximos. Pelo sucesso desse tipo de cartel, o fraude acontece em diversas licitações e assim ocorrer por anos lesão ao erário.

Por fim, e como consequência de vários tipos surgiu a proposta tipo rodízio, em que os cartelistas alternam entre os membros o escolhido para vencer determinadas licitações. É preciso combinar esse tipo com outros para garantir o sucesso. É mais comum associar as propostas de cobertura com o rodízio. Essa alternância dos participantes do cartel também se configurar em alternância entre os cartelistas de vencedores, ou seja, sempre é garantido que um deles esteja lucrando diretamente em detrimento da Administração, enquanto que os demais recebem compensações.

## **4 ECONOMIA DO CARTEL EM LICITAÇÕES**

Após entender o conceito, as causas e o funcionamento dos cartéis, cabe entender de que forma a estrutura de incentivos à livre concorrência nas licitações públicas acaba que por muitas vezes causando o efeito contrário do pretendido.

Como falado anteriormente, a prática de conluio de empresas com intuito de fraudar os certames traz inúmeros danos à Administração Pública, concentração e monopólio com a burla da concorrência. O poder de mercado concentrado nesse grupo de empresas desvia recursos públicos, repassa as demais participantes, além de praticar demais ilícitos que veremos adiante.

Todavia, por empregar estratégias sofisticadas de colusão, as autoridades antitrustes encontram barreiras à identificação, repressão e punição, sendo necessário a utilização do aparato repressivo estatal no combate aos efeitos danosos que decorrem dessa prática.

A legislação que versa sobre cartelização no Brasil prevê punições civis, criminais e administrativas, sendo esta última, do ponto de vista econômico, a mais severa.

A Constituição Federal de 1988 prevê a proteção à Ordem Econômica e Financeira e estabelece no art. 170, IV, a livre concorrência como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. O art. 173, §4º, afirma que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Em 2012, entrou em vigência a Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, nova regulamentação Antitruste, que tem por objeto alterar o sistema de controle da concorrência, trazendo mudanças inclusive na estrutura e critérios de atuação do CADE através da criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

Entre suas principais inovações pode-se citar: a) a exigência de autorização prévia do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) dos atos de concentração realizados pelas empresas; b) modificação do que seria ato de concentração; e c) a criação da Superintendência-Geral(SG) do CADE, com autonomia para aprovar operações sem passar pelo Tribunal.

A condutas anticoncorrenciais e suas respectivas punições estão previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 e consistem em ações que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de: a) limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar o mercado de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; e d) exercer a posição dominante de forma abusiva.

A Lei Federal N.º 8.666/93 que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, tipifica a conduta de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório” como crime no artigo 90 da Lei 8666/93, cuja pena cominada é de detenção de 2 a 4 anos e multa.

Além disso, comprovada a intenção de prejudicar os objetivos do certame público podem ser ainda aplicadas as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, pelo prazo de até 2 anos, com a respectiva declaração de inidoneidade.

A repressão e combate aos cartéis precisa ser entendido sob o ponto de vista do Direito Concorrencial e de medidas para além do antitruste. O equilíbrio da concorrência necessita de um *enforcement* por parte do estado em busca de uma regulação estatal eficiente.

Antes de tudo, a intervenção estatal precisa almejar a proteção a um bem jurídico e propor uma sanção necessária e eficiente para incidir sobre a conduta do agente para desestimular a prática, sob pena de grave ofensa às liberdades individuais.

Para Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013), a regulação do ponto de vista da eficiência econômica tem o papel de “promover o equilíbrio das atividades econômicas num ambiente de concorrência livre e fair entre os operadores e de assegurar os bens e serviços essenciais”.

No momento que o cartel em concorrências públicas tem a capacidade de prejudicar diretamente a lisura e licitude do certame, desviar recursos públicos, lesar ao erário, por tabela interfere na livre concorrência e equilíbrio, bem jurídico consagrado pela constituição e essencial para o mercado permanecer saudável.

O Direito Concorrencial permite que o comportamento anticompetitivo seja corrigido através de mecanismos próprios. A regulação estatal



deve regular a economia para fins de corrigir as falhas de mercado, externalidades e assimetrias informacionais, decorrentes de conluio, colusão e demais medidas anticompetitivas, seja por incentivos ou por meio do controle de preços abusivos.

Com as inovações trazidas pela nova Lei Antitruste, especialmente no que se refere ao cartel em licitações, se percebe que a nova infração a Ordem Econômica passou a ter às penalidades estabelecidas no artigo 3º, que permeiam a criminalização dos envolvidos até a aplicação de penas pecuniárias e restritivas. Estas últimas com o escopo de diminuir ao máximo as vantagens econômicas extraídas da prática ilícita.

Dito isso, e analisando o custo-benefício dessas sanções, percebe-se que as empresas envolvidas em conluio se recuperam rapidamente da responsabilização criminal, enquanto que nas penas pecuniárias e restritivas perde-se a posição dominante e os lucros exorbitantes, retornando-se a vantagem ilícita aos cofres públicos.

A tutela penal prevista na Lei de Licitações pretende desestimular a prática de cartel e as práticas anticompetitivas, todavia há um enorme descompasso entre o texto legal e a prática no momento que a probabilidade de punição é baixíssima. Isso ocorre pela ausência de expertise das autoridades na identificação. O legislador preferiu aumentar o custo social com a persecução penal do que com a reparação do dano decorrente dessa prática, que já prejudicou e prejudica o erário totalizando milhares de reais que poderiam ser ressarcidos com uma pena pecuniária.

Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se grave falha no sistema processual. As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos

O estado deve observar dentro da política criminal de que forma poderá diminuir o número de ofensas investindo ou na probabilidade de apreensão ou através do aumento do valor monetário quando apreendido.

Assim, defende-se neste trabalho que a melhor solução para o aumento dos custos ao agente que é averso ao risco, sob os parâmetros da AED, é justamente a utilização do Direito Antitruste. Ao considerar os altos custos financeiros auferidos pelas empresas através do conluio, a baixa probabilidade de punição e condenação, as medidas administrativas pecuniárias previstas pela Lei n. 12.529/2011, tornam excessivamente onerosa essa prática.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Sabe-se que prática de cartel em concorrências públicas, além de ser considerada prejudicial à livre concorrência, traz custos a Administração Pública e alto prejuízo a sociedade como um todo.

O favorecimento de uma empresa ou um grupo de empresas que, mediante ajustes secretos, controlam os preços e exercem posição dominante no mercado, frustra o processo de inovação e desenvolvimento tecnológico por impedir que as demais concorrentes desenvolvam novos produtos e serviços.

A Política regulatória do Estado no combate e repressão de cartéis surgiu no final do século XIX, nos Estados Unidos, e evoluiu a partir do desenvolvimento de novos setores industriais e do processo de globalização. O poder público passou a se preocupar com o desenvolvimento da livre concorrência e a sustentabilidade dos mercados como direitos fundamentais supraindividuais.

Com o objetivo de analisar a eficiência da legislação e de seus comandos versados no combate à cartelização e demais ilícitos associados, o presente trabalho utilizou os métodos econômicos, relacionados às teorias microeco-

nômicas e os incentivos anticorrupção que se extraem.

A Análise Econômica do Direito (AED) é um método utilizado pelos ju-seconomistas para antever e explicar comportamento das pessoas envolvidas com a lei. Entende-se que, em crimes econômicos, os agentes são racionais e buscam maximizar seus interesses individuais, principalmente dentro de uma estrutura assimétrica. Ao decidir, analisam os custos de oportunidade, o risco e a probabilidade de punição.

Diante dessa problemática, o presente estudo apresentou a evolução histórica da AED, conceitos a partir das suas correntes intelectuais, metodologia, objeto de pesquisa, principais teóricos e teorias. Reconhece-se a AED como área de conhecimento com método e objeto próprio que, a partir dos métodos microeconômicos e da economia do bem-estar social, explica o direito.

Na sequência, foi desenvolvida uma abordagem acerca do contexto de surgimento dos cartéis, seu conceito tradicional e as diversas tipologias empregadas dentro de uma estrutura de mercado. Foi possível verificar que o objetivo dos cartéis consiste em extrair o máximo de lucro possível de maneira a exercer uma posição dominante, fixando preços mais altos sem se preocupar com os preços dos concorrentes. Estabelecem barreiras de acesso ao mercado e impedem que empresas concorrentes disputem lugar no setor empresarial, através do controle dos recursos estratégicos, patentes, direitos autorais e da superioridade tecnológica.

Por fim, o capítulo final buscou entender a estrutura de incentivos à livre concorrência nas licitações públicas, mediante a aplicação das implicações concretas da teoria econômica que é capaz de extrair qual a melhor forma de alocar recursos de forma eficiente no combate à cartelização e demais ilícitos associados. Desse modo, a Teoria da Escolha Racional permitiu entender como os agentes se comportam diante de incentivos, atribuindo valor ao que traz menor risco e maior bem-estar.

Percebeu-se que, enquanto a autoridade antitruste maximiza a concorrência perfeita, com ampla participação de empresas, produtos e serviços homogêneos e sem barreiras de acesso, por outro lado o agente maximiza os benefícios que serão auferidos do cartel.

Com efeito, também foi possível verificar que no ordenamento jurídico brasileiro existem inúmeros órgãos competentes e um catálogo de punições civis, criminais e administrativas aplicadas a cartéis. Não existe um procedimento padrão de atuação e nem comunicação entre as autoridades competentes essenciais para compartilhamento de informações.

A Lei <sup>o</sup> 12.259 (Lei antitruste) juntamente com a Lei anticorrupção devem estar associadas para coibir e responsabilizar as empresas envolvidas em corrupção e em outros crimes contra a Administração Pública.

Este trabalho pretendeu demonstrar que, diante desses crimes econômicos, a responsabilização penal não é eficaz. Nessa perspectiva, a melhor solução são as sanções administrativas, alinhando-se a subsidiariedade do Direito Penal.

A Lei de Licitações ampliou os tipos penais (probabilidade de punição) que na prática não se mostraram efetivos para combater essa criminalidade moderna presente em concorrências públicas. Conforme Gary Becker, deve-se aumentar a probabilidade de apreensão/condenação e considerar sanções pecuniárias que busquem ressarcir os altos custos financeiros auferidos pelas empresas através do conluio.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Júlio Cesar; DAHER, Lenna Luciana Nunes; TABAK, Benjamin-Miranda. **Cartéis em licitações públicas sob o enfoque da Análise Econômica do Direito. Os incentivos legais à livre concorrência são suficientes para desestimular a formação de cartéis?** *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 185-218, set./dez. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.23437

BECKER, Gary Stanley. **Crime and punishment: an economic approach.** Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/becker-1968.pdf>>. BECKER, Gary Stanley. **Crime and punishment: an economic approach.** Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/becker-1968.pdf>> Acesso em 20 de janeiro de 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaor Caffé Alves – Bauru, SP: EDIPRO, 2001

COOL, Philip; MACHIN, Stephen; MARIE, Olivier. **Lessons From The Economics of crime: what reduces offending?** Cambridge, Massachusetts, London, England, , The MIT press 2013. Disponível em: <<https://bityli.com/INXS9>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

ELALI, André. **Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado.** São Paulo: Quartier Latinm, 2010.

GICO JÚNIOR, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p.12.

GOULART, Guilherme de Souza; SCHALANSKI, Mariana Tônico. **Análise da Política Criminal adotada no combate à corrupção em licitações públicas no Brasil e a Teoria de Gary Becker**. XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/16120/4011>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa**. In: GONÇALVES, Pedro et al (Coord.). A crise e o direito público: VI encontro de professores portugueses de direito público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 95-132

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

OCDE. **Relatório Econômico Brasil** - Fevereiro de 2018. Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org), acesso em 25/03/2020

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal.** Belo Horizonte: Dey Rey, 2014.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo; SANTOS, Natália Batista da Costa. **Os Jogos de Leniência: uma Análise Econômica da Lei Anticorrupção.** Revista de Direito Público- v,14, n. 78. ISSN: 1806-8200

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia.** Cader-nos Direito GV, v. 5, n. 2, estudo nº 22, p.49, 2008. Disponível em : <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%-252odireito%2502%202.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro Seixas. **Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: Uma Análise Sob a Óptica do Direito e Economia.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito -PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, 2012, Natal, RN. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13954/1/Tributa%c3%a7%c3%a3oFinan%c3%a7asP%c3%ablicas\\_Seixas\\_2012.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13954/1/Tributa%c3%a7%c3%a3oFinan%c3%a7asP%c3%ablicas_Seixas_2012.pdf). Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

# ANÁLISE DE EFICIÊNCIA DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

*João Paulo Josviak Dresch<sup>1</sup>*

## **Resumo**

A existência de um pretense Estado Social destacado na Constituição da República, cumulada com a realidade econômica e social de 55 milhões de brasileiros vivendo em situação de pobreza e indigência, culminaram na criação do programa Bolsa Família. Trata-se de política pública assistencialista de transferência direta de renda, direcionado às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o Brasil, que busca garantir a essas famílias o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde. Desde sua criação em 2003, o programa tornou-se o principal programa de distribuição de renda do Brasil. O viés de promoção de Direitos Humanos do programa é evidente, de modo que beneficia mais de 13,2 milhões de famílias em situação de vulnerabilidade, distribuídas em todos os 5.570 municípios brasileiros, mas o principal objetivo do presente artigo não é fazer uma análise da pertinência do programa, mas sim avaliar o referido programa através de uma perspectiva interdisciplinar, através da Análise Econômica do Direito. Dessa

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED). E-mail: joapdresch@gmail.com.



forma, o artigo analisa se os resultados obtidos através do programa, desde a sua criação, podem ser considerados eficientes para atingir as finalidades propostas, ou seja, concretizar seu objetivo principal de que os beneficiários consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Programa Bolsa Família. Eficiência. Análise Econômica do Direito.

### **Abstract**

The existence of an alleged Social State highlighted in the Constitution of the Republic, combined with the economic and social reality of 55 million Brazilians living in poverty and indigence, culminated in the creation of the Bolsa Familia Program. It is a public welfare policy of direct income transfer, aimed at families in situations of poverty and extreme poverty throughout Brazil, which seeks to guarantee these families the right to food and access to education and health. Since its creation in 2003, the program has become the main income distribution program in Brazil. The program's human rights promotion bias is evident, since it benefits more than 13.2 million families in vulnerable situations, distributed in all 5,570 Brazilian municipalities, but the main objective of this article is not to make an analysis of the pertinence of the program, but rather to evaluate the referred program through an interdisciplinary perspective, through the Economic Analysis of Law. Thus, the article analyzes whether the results obtained through the program, since its creation, can be considered efficient to achieve the proposed purposes, that is, to achieve its main objective that the beneficiaries overcome the situation of vulnerability and poverty.

**Keywords:** Public Policies. Bolsa Familia Program. Efficiency. Economic Analysis of Law.

# 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 traz como um dos seus objetivos a redução das desigualdades sociais, ressaltando, em diversos artigos, a existência de um pretense Estado Social ou, ao menos, uma perspectiva que contemple aspectos a ele relacionados. Essa previsão, cumulada com a realidade econômica e social de 33 milhões de brasileiros vivendo em situação de pobreza e 22 milhões em indigência (WEISSHEIMER, 2010), impôs ao estado o dever de criar políticas de distribuição de renda, assegurando, assim, uma vida minimamente digna para estes cidadãos em situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, foram criados pelo governo federal diversos programas de distribuição de renda. Em uma tentativa de unificação e ampliação dos programas já existentes foi editada a Lei n. 10.836/2004, responsável por instituir o denominado Programa Bolsa Família, que visa, *a priori*, promover a transferência direta de renda para socorrer os indivíduos que se encontram em situação econômica vulnerável, sob algumas condicionantes de cunho educacional e de saúde.

Trata-se de uma política pública, evidentemente baseada sob perspectivas como a dos direitos humanos, inclusão econômica, direitos fundamentais econômicos, dentre outros aspectos. Todavia, é cabível a realização de uma análise dessa política sob a perspectiva da teoria denominada de *law and economics*, para compreender se a medida aqui tratada é, de fato, eficiente. Não se trata, portanto, de uma análise da pertinência ou não da política pública instituída pelo Estado, mas de uma avaliação acerca da confirmação ou não do atendimento aos seus objetivos.

## 2 A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ASSISTENCIALISTAS COMO FORMA DE DESENVOLVIMENTO

A Constituição da República Federativa do Brasil determina que o desenvolvimento nacional é objetivo fundamental do país e, para que o país caminhe em direção ao atingimento desse objetivo, o texto constitucional estabelece diversos fatores que devem ser considerados, dentre eles a diminuição das desigualdades sociais.

O conceito de desenvolvimento trazido pela Constituição não se limita, portanto, ao crescimento econômico. Enquanto o crescimento econômico é uma questão meramente quantitativa, que diz respeito à elevação do produto nacional em um determinado período, pelo incremento da eficiência do sistema produtivo (HACHEM), a noção constitucional de desenvolvimento em que pese pressuponha o crescimento econômico, não se limita a acumulação de riquezas e crescimento do PIB.

Nas palavras de Sen, “o desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que disfrutamos” (2010). O desenvolvimento efetivo implica na eliminação das diferentes formas de privação da liberdade, como a fome, o pouco acesso à serviços públicos de saúde, saneamento, água tratada, de modo que igualar o desenvolvimento econômico ao crescimento econômico é uma medida inadequada, pois ignora as questões relativas à qualidade de vida da população e inclusive pode permitir que direitos fundamentais fossem violados ou preteridos em prol do exclusivo aumento do PIB (HACHEM).

Dessa forma, no âmbito constitucional, o desenvolvimento ultrapassa o mero crescimento do PIB, que não pode ser considerado como um fim em si mesmo, mas sim como um meio para o desenvolvimento. O atingimento do desenvolvimento consiste em um processo de longo prazo que pode

ser motivado por políticas públicas de três setores interligados, quais sejam, econômico, político e social (KALIL, 2018).

O elemento econômico do desenvolvimento se manifesta com o aumento na produção e na capacidade produtiva do país. O elemento político se manifesta com a maior participação do povo no processo democrático. O elemento social, por sua vez, se manifesta pelos avanços na igualdade de condições básicas à existência da população (KALIL, 2018), e é dentro desse elemento que a atuação do estado através de políticas públicas assistencialistas visando garantir a dignidade da pessoa humana pode ser um fator de desenvolvimento.

Foi no período pós segunda guerra mundial que os primeiros juristas passaram a defender que a concretização plena do princípio da dignidade humana não poderia depender apenas da defesa e preservação da liberdade, mas também de um mínimo de segurança social através da garantia de recursos materiais que permitissem ao indivíduo viver adequadamente (HACHEM). A Alemanha foi pioneira no reconhecimento do dever do Estado em garantir condições materiais aos necessitados, através do reconhecimento pelo Tribunal Federal Administrativo alemão, do direito subjetivo de um cidadão em situação precária de receber recursos materiais do Estado capazes de lhe garantir uma vida digna sob o aspecto financeiro. Em 1975, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu o direito ao mínimo existencial como um direito Fundamental (HACHEM).

No âmbito brasileiro, considerando o cenário em o Brasil figura como uma das principais econômicas globais, ao mesmo tempo que o país é marcado pela distribuição irregular de renda e baixa efetividade dos direitos fundamentais (KALIL, 2018), políticas de distribuição de renda passaram a ser adotadas para reverter essa situação.

A distribuição de renda tornou-se parte da realidade brasileira na década de setenta, momento no qual era fornecida uma ajuda monetária aos

idosos e pessoas com deficiência que não possuíam rendimentos suficientes para garantir sua subsistência (ROCHA, 2011). Tratava-se, entretanto, de um programa com uma população alvo limitada, mas que, com a Constituição da República de 1988 e com a promulgação da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), foi ampliado substancialmente (ROCHA, 2011).

Em 1991, com o advento da Lei n. 2.561/1991, os governos municipais passaram a contar com o apoio financeiro, no importe de 50%, do Governo Federal para desenvolver o programa de distribuição de renda intitulado Bolsa Escola. Por representar um ônus financeiro para os municípios, foram poucos os que implementaram o programa (ROCHA, 2011).

Durante a gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, o Programa Bolsa Escola foi relançado, desta vez cobrindo 100% dos gastos, deixando aos municípios apenas a função de cadastramento e seleção dos beneficiários, além de investimentos na área da educação para que os beneficiários pudessem cumprir a condicionante de frequência na escola (ROCHA, 2011). Trata-se, como se vê, da ideia de Distribuição de Renda Condicionada, que exige das famílias beneficiárias a inscrição e frequência das crianças pertencentes ao núcleo familiar em instituições de ensino.

Concomitantemente com o programa Bolsa Escola, outros programas de distribuição de renda foram criados a partir da década de 90, dentre os quais se destacam; o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, criado pela Lei n. 10.689/2003; o Bolsa Alimentação instituído pela Medida Provisória nº 2.206-1/2001; o Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102/2002; assim como o Cadastramento Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001 (BRASIL, 2004).

Em 2003 foi lançado o “Programa Bolsa Família” que obteve êxito na unificação dos programas de distribuição de renda já existentes, tornando-se, assim, o principal programa de distribuição de renda do país (ROCHA,

2011), com o objetivo de contribuir para a superação da pobreza, melhorando a condição de vida da população e, conseqüentemente, servindo como um fator social da promoção do desenvolvimento no país.

### **3 A SISTEMÁTICA DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA (PBF)**

A promoção da assistência social a todos aqueles que necessitarem é um dos grandes objetivos do Brasil como país, não estando limitado a um governo específico (SCHMIDT, 2016). A Constituição prevê em seus artigos 203 e 204 que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, sendo que dentre os seus objetivos destacam-se a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

É nesse cenário que o Programa Bolsa Família foi instituído pelo Governo Federal, através da MP 132/2003, que se converteu na Lei n. 10.836/2004, e regulamentado pelo Decreto nº 5.209/2004.

O Ponto central do assistencialismo no âmbito da Constituição brasileira é justamente de que a assistência só deve ser prestada a quem realmente necessitar (SCHMIDT, 2016), de modo que o programa tem como público alvo famílias com renda mensal por pessoa de até R\$ 89,00 (oitenta e nove reais) e com renda mensal por pessoa de R\$ 89,01 a R\$ 178,00, consideradas, respectivamente, extremamente pobres e pobres, sendo que o último grupo só faz jus ao benefício caso tenham crianças ou adolescentes de 0 a 17 anos (BRASIL, 2020).

Sua criação se deu em um cenário de unificação e ampliação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal existentes na época, como o Bolsa Escola, Cartão Alimentação da Fome-Zero, Bolsa Alimentação e Auxílio Gás (Art. 3º, par. 1º, Decreto nº 5.209/2004).

O programa foi criado com o objetivo de: (i) promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social; (ii) combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; (iii) estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza; (iv) combater a pobreza; e (v) promover a intersetorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público.

O pagamento de uma quantia à pessoa em situação de necessidade é a forma de assistência social por meio da qual o Programa Bolsa Família opera, através da concessão de benefícios sociais aos desamparados, em proporções correspondentes a necessidade de cada família beneficiária (HACHEM). Desde que foi instituído o PBF sofreu diversas alterações legislativas e, atualmente, os benefícios concedidos em razão do programa são o benefício básico, o benefício variável, o benefício variável ao adolescente e o benefício para a superação da extrema pobreza (Art. 2º da Lei n.10.836/2004).

O benefício básico, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de extrema pobreza é de R\$ 89,00 (oitenta e nove reais) mensais. O benefício variável, destinado a famílias que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças e adolescentes até quinze anos. Tal benefício não pode exceder um limite de cinco por família e consiste na quantia de R\$ 41,00 (quarenta e um reais) (BRASIL, 2020).

O benefício variável ao adolescente, destinado as famílias que se encontrem em situação

de pobreza ou extrema pobreza e que tenham em sua composição adolescentes com idade entre 16 (dezesesseis) e 17 (dezessete) anos, sendo pago até o limite de 2 (dois) benefícios por família, sendo que seu valor é de R\$ 48,00 (quarenta e oito reais) (BRASIL, 2020).

O benefício para superação da extrema pobreza, no limite de um por família, destinado às famílias beneficiárias do Bolsa Família e que, cumulativamente tenham em sua composição crianças e adolescentes com até 16 anos de idade e apresentem soma da renda familiar mensal e dos benefícios financeiros previstos nos incisos I a III igual ou inferior a R\$ 89,00 (oitenta e cinco reais) per capita, mesmo após o recebimento dos outros benefícios listados acima; valor necessário para que a soma da renda familiar mensal supere o valor de R\$ 89,00 (oitenta e nove reais) per capita, sendo limitado a R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais) (BRASIL, 2020).

O Programa Bolsa Família foi instituído não apenas com a intenção de garantir uma simples sobrevivência física, através da garantia do mínimo existencial em seu aspecto fisiológico, mas também a fruição de demais direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, através da garantia de um mínimo existencial sociocultural (HACHEM), possibilitando a inserção do titular de direitos na vida social e superação da condição de pobreza e extrema pobreza.

É nesse contexto que o PBF opera como um programa de distribuição de renda condicionado, de modo que as famílias beneficiadas devem cumprir exigências previstas na Lei

n. 10.836/2004 para fazerem jus ao benefício. As exigências se dividem em exigências de acompanhamento da saúde, inclusive pré-natal, e do estado nutricional de todos os integrantes da família e exigência de matrícula no ensino fundamental e a frequência de 85% à escola de todas as crianças em idade escolar.

Como se nota, o objetivo da política pública do PBF não se limita ao seu aspecto distributivo, mas possui também um claro enfoque na formação de capital humano e na quebra do ciclo da pobreza, ampliando as perspectivas das crianças beneficiadas (SCHMIDT, 2016).



Em que pese o PBF tenha unificado políticas públicas de diferentes Ministérios, a gestão do programa ficou a cargo do Ministério do Desenvolvimento social na época e, atualmente, sob a gestão do Ministério da Cidadania. A realização do programa demanda, contudo, de uma atuação de diversos órgãos em conjunto, como a Caixa Econômica Federal que atua como o agente operador do programa e os Ministérios da Educação e Saúde atuam garantindo os meios para que os beneficiários possam cumprir as condicionantes do programa.

As sanções decorrentes da falha em cumprir as exigências demandadas pelo governo variam desde uma mera advertência até o cancelamento do benefício. Como decorrência da primeira inadimplência as condicionantes do programa, a família é apenas advertida. Se no período de seis meses da última advertência ocorrer um novo descumprimento, o benefício é bloqueado por um mês, podendo ser retirado junto com a parcela do mês seguinte. Se no período de seis meses após o bloqueio houver um novo descumprimento, este acarretará a suspensão do benefício pelo período de 60 dias, sanção que não dá o direito de retirar o valor após este período de tempo e pode ser reiterada caso novos descumprimentos continuem ocorrendo. Em último caso o benefício pode ser cancelado se a família estiver na fase de suspensão e continuar descumprindo as condicionalidades por um período maior do que doze meses (CALGARO, 2015).

O PBF foi idealizado em 2003 e, três anos depois, atingiu sua meta de cobertura, tornando-se o principal programa de distribuição de renda do Brasil (ROCHA, 2011). Quando da criação do programa sua abrangência era de 3,6 milhões de famílias beneficiadas, dependendo de um orçamento anual de R\$4.3 bilhões para o seu funcionamento.

Segundo o último demonstrativo de gastos com o programa disponibilizados pelo Ministério da Cidadania, referente ao mês de janeiro de 2020,

o programa conta com um total de 13.228.015 famílias beneficiárias, dependendo de um orçamento de R\$ 2.526.570.558,00 mensais para a distribuição de renda (BRASIL, 2020). Considerando que 3,97 é a média de habitantes por domicílio no Brasil, uma média de 52,5 milhões de pessoas são atualmente beneficiadas com o programa.

## **4 O PBF SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Os dados de atingimento e abrangência do Programa Bolsa Família são, indiscutivelmente, expressivos. Seu caráter de distribuição de renda cumulado com o alto alcance que possui não implica, contudo, na confirmação ou não do atendimento dos objetivos da política pública, tampouco demonstra se a política pública é a mais eficiente, produz os resultados mais eficazes ou é capaz de efetivar os direitos a que se propõe a tutelar.

Dessa forma, a Análise Econômica do Direito apresenta o ferramental adequado para abordar a questão da eficiência da política pública, uma vez que se utiliza da multidisciplinariedade e do instrumental fornecido pela economia para compreender os efeitos reais de determinada política pública (SALAMA, 2007).

Essa análise mostra especial relevância considerando que o erro na tomada de decisões implica em um mal-uso dos recursos. Considerando que os recursos são escassos e que as necessidades são potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica em necessidades não atendidas. Dessa forma o erro na tomada de decisões, implica no desperdício de recursos e, conseqüentemente, em uma situação injusta que prejudica alguém desnecessariamente (GICO JÚNIOR, 2009).

Os agentes econômicos devem atuar segundo um conceito de maximização racional, buscando maiores benefícios aos menores custos. A falha nesse dever de atuação implica em uma necessidade de corrigir essa situação, sob pena do agente assumir custos desnecessários (SALAMA, 2007). Não importa qual a política pública que determinado agente deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios (GICO JÚNIOR, 2009). A perseguição de objetivos não eficientes implica em custos elevados à sociedade (SALAMA, 2007), de modo que a perseguição de políticas públicas, como o PBF, deve conduzir à maximização do bem-estar a um menor custo para a Administração Pública (KALIL, 2018).

A Análise Econômica do Direito assume a missão de aprimorar o sistema normativo através de uma análise das consequências de determinada lei, com o viés de identificar se existem consequência indesejadas, seja com relação a eficiência econômica, distribuição de renda ou outros valores (POSNER, 1998). Assim, técnicas de análise habitualmente econômicas são aplicadas a problemas de interpretação jurídica, com o viés de analisar sua eficiência. Isso é motivado pela perspectiva econômica de que o direito é uma instituição encarregada de promover a eficiência e, assim, consequentemente, melhorar o bem-estar social (GONÇALVES e STELZER, 2014, p. 269).

O termo eficiência em questão refere-se à otimização de alguma medida de valor eleita pela sua importância. Assim, devido à sua importância, escolhas e ações devem ser tomadas com o intuito de que tal medida alcance o resultado mais exitoso possível, melhorando, assim, o bem-estar social. Esta medida de valor é comumente abordada pela Análise Econômica, em um sentido geral, como a somatória da satisfação dos indivíduos de uma determinada sociedade em face das consequências de alguma escolha política (PORTO, 2013). Assim, pode-se considerar eficiente uma medida que satisfaça o maior número de indivíduos possível.

Ocorre que, na prática, o nível de satisfação de cada pessoa é uma medida extremamente subjetiva e inaufervel, sendo necessária uma escala alternativa. Usualmente ao fazerem esta análise de eficiência, buscando um critério mais objetivo, a medida adotada é o dinheiro, o que se mostra ainda mais oportuno no presente trabalho, uma vez que a norma legal analisada é justamente uma que determina a transferência direta de renda.

Partindo desta percepção de eficiência, a economia clássica estabelece duas vertentes distintas, quais sejam o critério de bem-estar de Nicholas Kaldor e John Hicks e a teoria de otimização da riqueza de Vilfredo Pareto. Analisando o programa Bolsa Família segundo os critérios destas duas teorias é possível compreender se se trata ou não de uma medida eficiente segundo a teoria.

Segundo Vilfredo Pareto e sua teoria da otimização da riqueza, este compreende que a norma legal em questão só poderia ser considerada eficiente caso melhore o nível de bem-estar de alguém sem que o nível de bem-estar de outrem seja piorado em decorrência (PORTO, 2013). Desse modo, uma situação seria eficiente segundo esse critério quando produz benefícios para uma pessoa, sem que, em decorrência disso, outra pessoa seja prejudicada. Essa teoria possui pouca aplicação prática, uma vez que a maioria das transações possuem repercussões sobre outros indivíduos (KALIL, 2018).

Os economistas Kaldor e Hicks, por sua vez, apresentam a mesma percepção de eficiência, partindo da somatória simples do nível de satisfação, mas que deve ser analisada segundo o chamado critério de compensação. Assim, uma medida é eficiente quando favorece o maior número de pessoas e, em que pesa algumas tenham sido afetadas negativamente no processo, a

medida continua sendo eficiente se o ganho deles é suficiente para compensar a perda dos outros (HICKS). Essa compensação não precisa ser feita, o importante é que haja a possibilidade de fazê-la (NEWMAN).

O critério de eficiência de Kaldor-Hicks pressupõe, portanto, que as normas devem causar o máximo de bem-estar possível ao maior número de pessoas (RIBEIRO, 2009). Desse modo, para atender esse critério, o PBF deve produzir a máxima quantidade de bem-estar possível ao maior número de pessoas, sem que os custos superem os benefícios para outros agentes econômicos.

A partir desses conceitos pode-se analisados os aspectos econômicos e uma relação entre os custos e resultados do Programa Bolsa Família, a fim de averiguar a sua eficiência.

## **5 A MAXIMIZAÇÃO DO RESULTADO DO PBF**

De acordo com os dados oficiais disponibilizados pelo Ministério da Cidadania, conforme ilustrado na Tabela 1, o Programa Bolsa Família beneficiou, em janeiro de 2020, um total de 13.228.015 famílias mediante o repasse de R\$ 2.526.570,00 à título de distribuição de renda. O benefício, cujo valor médio é de R\$ 191,00 por família, atinge todos os 5.570 municípios brasileiros.

**Tabela 1 – Demonstrativo Financeiro do PBF em janeiro de 2020**

REGIÃO	UF	Bolsa Família			
		Mun. Atend.	Famílias	Totais (R\$)	Benefício médio
CENTRO OESTE		467	612.041	103.476.186,00	169,07
NORDESTE		1.794	6.757.583	1.319.897.144,00	195,32
NORTE		450	1.700.986	360.511.756,00	211,94
SUDESTE		1.668	3.366.570	608.050.187,00	180,61
SUL		1.191	790.835	134.635.285,00	170,24
<b>Total Geral</b>		<b>5.570</b>	<b>13.228.015</b>	<b>2.526.570.558,00</b>	<b>191,00</b>

Fonte: (BRASIL, 2020)

Trata-se, como se vê, de um programa que atinge mais de 13 milhões de famílias através do comprometimento de quantia aproximada a 0,5 do PIB nacional (BRASIL), fazendo as devidas proporções.

Uma análise feita pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), publicada em agosto de 2019, analisa os efeitos do PBF nos primeiros 15 anos de existência do Programa (IPEA).

Segundo o estudo, o PBF responde por 10% de redução da desigualdade no Brasil, entre 2001 e 2015. O número de famílias beneficiárias subiu de 6 milhões de famílias em 2004 para 13,3 milhões de famílias em 2017, ano no qual o programa possibilitou que 3,4 milhões de pessoas deixassem a situação de pobreza extrema e outras 3,2 milhões superassem a pobreza. Em contrapartida, o Estudo demonstra aspectos negativos, como que a maior parte dos beneficiários do Bolsa Família, representados por 64% do total, estão em situação de extrema pobreza, não conseguindo ultrapassar para a faixa de pobreza.

Quanto aos impactos das condicionantes impostas pelos programas, os resultados divulgados pelo Ministério da Cidadania em 2018 e 2019, evidenciam um cenário bom, mas não de máxima eficiência no âmbito da saúde e de educação.

Segundo dados oficiais, conforme ilustrado na Tabela 2, do total de famílias beneficiárias do programa que deveriam realizar acompanhamento médico, apenas 77,16% realizaram. Os índices são mais otimistas, contudo, em se tratando da vacinação de crianças e realização de pré-natal em gestantes, cuja percentagem sobe, respectivamente, para 98,85% e 99,56% do total.

**Tabela 2 – Acompanhamento de Saúde Beneficiários PBF em 2018**

Estados	Famílias para acompanhamento	Total de famílias acompanhadas		Crianças acompanhadas		Gestantes acompanhadas	
		Quantidade	(%)	Quantidade	% de crianças com vacinação em dia	Quantidade	% com pré-natal em dia
Centro Oeste	569.658	410.390	72,04	314.551	99,22	19.598	99,28
Nordeste	5.852.816	4.700.726	80,32	2.719.974	99,14	168.191	99,70
Norte	1.536.323	1.192.173	77,60	891.546	98,50	52.350	99,22
Sudeste	2.875.129	2.073.262	72,11	1.428.840	98,52	96.882	99,67
Sul	697.782	520.778	74,63	396.135	98,56	29.324	99,19
<b>Total Brasil</b>	<b>11.531.708</b>	<b>8.897.329</b>	<b>77,16</b>	<b>5.751.046</b>	<b>98,85</b>	<b>366.345</b>	<b>99,56</b>

Fonte: (BRASIL, 2018)

Quanto a condicionante de educação, os dados oficiais, conforme inseridos na Tabela 3, evidenciam que a Administração Pública conseguiu realizar o acompanhamento de 89,81% dos alunos e que desse total de alunos acompanhados, 94,30% cumpriram as condicionantes educacionais e de presença na escola exigidas pelo Programa.

**Tabela 3 – Acompanhamento de Educação Beneficiários PBF em 2019**

Estados	Total de Alunos Beneficiários	Alunos acompanhados*		Cumpriram condicionalidade**	
		Quant.	%	Quant.	%
Centro Oeste	764.375	689.467	90,20	655.235	95,03
Norte	2.258.987	2.009.281	88,95	1.948.532	96,97
Sul	870.528	812.929	93,38	742.600	91,34
Nordeste	6.578.789	5.842.333	88,81	5.623.045	96,24
Sudeste	3.571.899	3.259.263	91,25	2.925.397	89,75
<b>Brasil</b>	<b>14.044.578</b>	<b>12.613.273</b>	<b>89,81</b>	<b>11.894.809</b>	<b>94,30</b>

\* Quantidade de alunos que tiveram informações de frequência cadastradas no Sistema Presença

\*\* Quantidade de alunos que cumpriram frequência entre os que tiveram informações cadastradas no Sistema Presença

Fonte: (BRASIL, 2019)

Quanto ao cumprimento do principal objetivo do programa, qual seja a superação da condição de pobreza e extrema pobreza, a Secretaria Especial do Desenvolvimento Social do Ministério da Cidadania noticiou que, desde a criação do programa, mais de mais de 3,1 milhões de famílias saíram voluntariamente do programa, através da superação da condição de pobreza e extrema pobreza (BRASIL, 2015).

Tais dados, em que pese positivos, evidenciam outro problema do programa, a dificuldade em acabar com o ciclo da pobreza. Isso porque enquanto mais de 3 milhões de famílias deixaram de ser beneficiárias do programa, o número de beneficiários nos últimos anos permaneceu praticamente inalterado, conforme figura 4, demonstrando que enquanto algumas pessoas conseguem superar a situação de pobreza, outras que antes não faziam parte desse grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade, passam a fazer.



**Tabela 4 – Número de Beneficiários do PBF no decorrer dos anos**

<b>Ano e mês de referência</b>	<b>Número de famílias beneficiárias</b>
<b>Janeiro de 2016</b>	<b>13.969.391</b>
<b>Janeiro de 2017</b>	<b>13.560.521</b>
<b>Janeiro de 2018</b>	<b>14.001.339</b>
<b>Janeiro de 2019</b>	<b>13.760.886</b>
<b>Janeiro de 2020</b>	<b>13.228.015</b>

**Fonte:** (BRASIL, 2020)

Todos esses dados demonstram que, apesar de apresentar vários resultados positivos, o Programa Bolsa Família não cumpre todos os requisitos necessários para ser considerado eficiente segundo o critério de eficiência de Kaldor-Hicks.

Em que pese o programa aumente imediatamente o grau de satisfação de aproximadamente 25% da população brasileira (SCHMIDT, 2016), para que uma política pública seja considerada eficiente segundo um critério de Kaldor-Hicks é necessário que o máximo de bem-estar social seja atingido, com a utilização do menor número de recursos possíveis, produzindo a maior quantidade de resultados positivos com a menor utilização dos recursos (CALIENDO, 2008).

A falha da Administração Pública em acompanhar a integralidade dos beneficiários acerca do cumprimento ou não das condicionais de saúde e educação, bem como a manutenção do ciclo da pobreza mesmo após mais de 17 anos da política pública evidenciam que a máxima efetivação dos resultados não está sendo efetiva.

Isso não implica em dizer que a política pública deva ser cancelada, mas sim a Administração Pública deve adotar medidas capazes de reverter esse quadro e garantir a maior efetivação dos resultados, até porque o Programa Bolsa Família se apresenta como um passo certo em direção da concretização dos objetivos constitucionais como igualdade e erradicação da pobreza, além de representar um ganho muito superior aos beneficiários em detrimento das perdas sofridas pelos não beneficiários (PORTO, 2013).

Uma pessoa pobre ou extremamente pobre irá atribuir um valor muito maior a uma pequena quantidade de dinheiro do que uma pessoa com uma renda elevada (PORTO, 2013). Ou seja, mesmo que na teoria a maximização dos resultados não seja atingida, é necessário levar em consideração que, no seu cainho para atingir seus objetivos constitucionalmente previstos, os benefícios do programa ainda superam as suas perdas.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei nº 10.836/2004 criou o Programa Bolsa Família, política pública que envolve a transferência direta de renda, sob condicionantes de saúde e educação, voltado a pessoas vivendo em situação de pobreza e extrema pobreza, com o intuito de superação da fome e conclusão do ciclo da pobreza.

O programa conta com ampla abrangência no Brasil, beneficiando cerca de 25% da população brasileira e desde a sua criação já apresentou resultados positivos é uma alta abrangência atingindo todos os municípios brasileiros.

Este cenário, entretanto, não é suficiente para determinar se a política pública é eficiente ou não, de modo que a utilização do ferramental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito nos possibilita constatar ou não, de forma mais adequada, a eficiência ou não do Programa Bolsa Família.

Segundo o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, em que pese apresente diversos resultados positivos, o PBF não pode ser considerado eficiente para essa teoria, uma vez que apresenta falhas de fiscalização, acompanhamento e dificuldades em atingir seus objetivos que evidenciam a não maximização dos resultados obtidos com o programa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Produto Interno Bruto – PIB**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em 31 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de Janeiro de 2004. Cria o programa Bolsa Família e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Ações e Programas. Bolsa Família. Números. **Pagamentos**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/bolsa-familia/numeros/pagamentos-1>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Ações e Programas. Bolsa Família. Números. Saúde. **Acompanhamento da condicionalidade de Saúde do Bolsa Família – 1º semestre de 2018**. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/bolsa-familia/numeros/pagamentos-1>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Ações e Programas. Bolsa Família. Números. Educação. **Acompanhamento da condicionalidade de Educação do Bolsa Família – Abril e maio de 2019**. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/bolsa-familia/numeros/educacao>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. **Ministério da Cidadania já iniciou pagamento do Bolsa Família de março**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/03/ministerio-da-cidadania-ja-iniciou-pagamento-do-bolsa-familia-de-marco>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. Mais de 3,1 milhões de famílias saíram voluntariamente do programa. Disponível em: <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2015/abril/mais-de-3-1-milhoes-de-familias-sairam-voluntariamente-do-programa>. Acesso em 31 jul. 2020.

CALGARO, Cleide. **O programa Bolsa Família e a Teoria da Justiça de John Rawls**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. São Paulo: Elsevier, 2008.

GICO JR, Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Universidade Católica de Brasília. 2009. p. 24.

GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Princípio da Eficiência Econômico- Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial*. Seqüência (Florianópolis), n. 68, p. 261-290, jun. 2014. p. 269.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 53, n. Abril, p. 133–168.

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

HICKS, J. R. **The Foundations of Welfare Economics**. Disponível em: <http://www.uvm.edu/~jdericks/EE/Hicks.pdf> >. Acesso em 07 jul. 2020. p. 12.

IPEA. Os Efeitos Do Programa Bolsa Família Sobre A Pobreza E A Desigualdade: Um Balanço Dos Primeiros Quinze Anos. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34948&Itemid=444](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34948&Itemid=444). Acesso em 17 maio 2020.

KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu. GONÇALVES, Oksandro Osdival. A primeira década do prouni: estudo sobre a eficiência a partir da análise econômica do direito. **R. Opin. Jur**, Fortaleza, ano 16, n. 22, p.108-129, jan./jun. 2018.

NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Disponível em: [http://www.brown.edu/Departments/Economics/Faculty/Allan\\_Feldman/AMF%20Significant%20Published%20Papers/Kaldor-Hicks%20Compensation.pdf](http://www.brown.edu/Departments/Economics/Faculty/Allan_Feldman/AMF%20Significant%20Published%20Papers/Kaldor-Hicks%20Compensation.pdf). Acesso em 08 jul. 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica Do Direito (AED)*. Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf). Acesso em 12 jul. 2020.

POSNER, Richard. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 53, 1998. p. 190.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.

ROCHA, Sonia. O programa Bolsa Família Evolução e efeitos sobre a pobreza. **Revista Economia e Sociedade**. Campinas, v. 20, n. 1 (41), 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v20n1/v20n1a05.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

SALAMA, Bruno. **O que é direito e economia**. Artigos Direito GV, 2007. P. 9.

SCHMIDT, Albano Francisco; GONÇALVES, Oksandro Osdival. **O Programa Bolsa Família e a acomodação de seus beneficiários na cidade de Joinville – SC: uma análise econômica dos (des)incentivos ao trabalho**. Curitiba, 2016, 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. **Bolsa Família: Avanços, limites e Possibilidades do Programa que está Transformando a Vida de Milhões de Famílias no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010.

# DEVER DE INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E ECONOMIA COMPORTAMENTAL

*Bruno Yudi Soares Koga<sup>1</sup>*

## **Resumo**

O artigo trata do dever de informação nas relações de consumo sob a ótica da Economia Comportamental. O dever de informação se apresenta como solução de consenso entre alternativas de maior ou menor intervenção do Estado nas relações de consumo e visa reduzir os custos de transação. Contudo, a Economia Comportamental tem apresentado situações nas quais o dever de informação não provê aos consumidores as informações necessárias para a tomada de decisão adequada ou ainda é utilizado como meio de explorar vieses e heurísticas dos consumidores. Diante deste quadro, mapeou-se a estrutura do dever de informação na legislação de consumo, os obstáculos comportamentais presentes na literatura e apresentou-se alternativas de substituição ou reforço do dever de informação a fim de auxiliar os consumidores em suas escolhas. Espera-se que o artigo contribua para a discussão da relação entre o Direito do Consumidor e a Análise Econômica e Comportamental do Direito, além do enriquecimento da literatura a respeito do dever de informação. O método utilizado é dedutivo e foi embasado em análise bibliográfica e exploratória.

---

<sup>1</sup> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2809160375296129>



**Palavras-chave:** direito do consumidor; dever de informação; análise econômica e comportamental do direito; modelo heurístico-sistemático; enquadramento.

### **Abstract**

The article deals with the mandated disclosure in consumer relations from the perspective of Behavioral Economics. The mandated disclosure presents itself as a consensus solution between alternatives of greater or lesser intervention by the State in consumer relations and aims to reduce transaction costs. However, the Behavioral Economy has presented situations in which the mandated disclosure does not provide consumers with the necessary information for making appropriate decisions or is still used as a means of exploring consumer biases and heuristics. In view of this situation, the structure of the duty of information in the consumer legislation was mapped, the behavioral obstacles present in the literature and alternatives of substitution or reinforcement of the duty of information were presented in order to assist consumers in their choices. It is expected that the article will contribute to the discussion of the relationship between Consumer Law and Behavioral Law and Economics, in addition to the enrichment of the literature regarding the mandated disclosure. The method used is deductive and based on bibliographical and exploratory analysis.

**Keywords:** consumer law; mandated disclosure; behavioral law and economics; heuristic- systematic model; framing.

# 1 INTRODUÇÃO

A disputa normativa sobre os limites e as formas de regulação do Estado no domínio econômico dificilmente encontrará um fim. Entretanto, há situações nas quais é possível estabelecer consenso a respeito de algumas medidas que compõem um piso mínimo de regulação. Exemplo disto é a positivação do dever de informação (*mandated disclosure*<sup>2</sup>), que se mostra uma medida de baixa interferência no mercado e que amplia o acesso do consumidor a dados<sup>3</sup> relevantes sobre um produto ou serviço (BUSCH, 2019).

Desta maneira, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) impõe aos fornecedores o dever de apresentar: “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”<sup>4</sup>.

Este dever de informação é ainda potencializado pelo acesso à internet, que franqueia ao consumidor a comparação de preços, opiniões de pessoas que adquiriram o produto ou serviço, publicidade contendo imagens, vídeos e áudios etc.

Tomando por base os axiomas da completude, reflexividade e transitividade (GICO JR., 2018, p. 25; JEHLE; RENY, 2011, p. 10; VARIAN, 2014, p. 35), estas informações seriam ordenadas de maneira que os consumidores pudessem realizar a escolha mais eficiente à luz de suas restrições orçamentárias.

---

2 A expressão *mandated disclosure* significaria, ao pé da letra, divulgação obrigatória. Preferiu-se utilizar dever de informação em seu lugar.

3 A rigor, há uma diferença entre dado e informação. Os dados são os elementos brutos que podem ou não se converter em informação após sua coleta e análise. Neste artigo, porém, trataremos as expressões como sinônimas como fazem (SHAPIRO; VARIAN, 1999, p. 3).

4 Cf. art. 6º, CDC.

Entretanto, por mais contraditório que possa parecer, a era da informação amplificou assimetrias informacionais e criou novos problemas relacionados à informação, pois o aumento da quantidade de dados disponível não necessariamente se reflete em maior facilidade para a localização das informações relevantes para uma dada tomada de decisão (SHAPIRO; VARIAN, 1999, p. 6). A quantidade de palha não facilita na busca da agulha (STRUHL, 2017).

Isto se mantém em atividades cotidianas, pois um consumidor que adentra uma na página de um fornecedor pode se sentir perdido quanto às diversas especificidades de modelos diferentes de produtos ou a forma de precificação utilizada pelo fornecedor (LOO, 2015). Além disto, estudos pontuam que o sistema de tarifas de celular norte-americano é moldado especificamente para se aproveitar da racionalidade limitada dos consumidores (BAR-GILL; STONE, 2012) e que os fornecedores preferem tornar evidentes aos consumidores as vantagens percebidas e não as vantagens efetivas dos produtos e serviços (BAR-GILL, 2019).

Neste contexto, o presente artigo busca: (i) apresentar o dever de informação dentro do direito positivo, inclusive em relação aos objetivos de tal obrigação dos fornecedores; (ii) localizar os empecilhos comportamentais à concretização de seus objetivos; e (iii) apontar caminhos regulatórios que podem auxiliar a superar os obstáculos encontrados.

O método utilizado é dedutivo, como análise bibliográfica e exploratória e tem como referencial teórico a Análise Econômica do Direito, especialmente em sua vertente comportamental.

## 2 DEVER DE INFORMAÇÃO: UM MEIO TERMO

A doutrina majoritária destaca que o consumo contemporâneo é massificado, havendo inúmeras transações envolvendo bens homogêneos e contratos de adesão (GRINOVER et al., 2019, p. 520; MARQUES, 2014). Ao mesmo passo, técnicas de persuasão empregadas pelos fornecedores podem levar os consumidores a decisões que não seriam necessariamente as melhores a partir de seus próprios interesses (BAR-GILL, 2019; CALO, 2014; LOO, 2015).

Evidentemente, o aumento das transações resulta em maiores conflitos entre os participantes da relação de consumo e estas desavenças podem ser objeto de diversas formas de regulação por parte do Estado, tais como a adoção de modelos libertários (= interferência menor) ou paternalistas (= interferência maior). Na prática, contudo, os países tendem a adotar modelos híbridos (GRINOVER et al., 2019, p. 5).

As posturas paternalistas tendem a limitar produtos ou serviços disponíveis no mercado ou ainda a restringir modelos de desenho contratual ou precificação, o que Grau veio a chamar de “liberdade de configuração dos contratos” (GRAU, 1979). A rigor, a regulação precisa de um grupo de consumidores homogêneo e alto grau de informação por parte do legislador para que não se torne contraproducente e desvirtue o equilíbrio de mercado (SUNSTEIN, 2011). Assim, a existência de regulação, por si mesma, não é boa ou ruim.

Por outro lado, as posturas libertárias tendem a não intervir nos mesmos itens acima apresentados, o que pode ou não ser positivo aos consumidores conforme o grau de concorrência do mercado. Havendo um cenário mais próximo à concorrência perfeita, espera-se que os preços sejam próximos ao que se chama de Pareto eficiente, não podendo haver melhora de qualquer das partes sem prejuízo da outra (VARIAN, 2014, p. 310). Entretanto, havendo um

cenário de monopólio, a ausência de regulação pode permitir que o fornecedor restrinja sua oferta e, com isto, extraia dos consumidores todo o seu excedente sem que haja repartição dos benefícios sociais decorrentes da transação.

Em um mercado no qual há concorrência, uma das formas de conceder liberdade aos consumidores e evitar a utilização de instrumentos como a proibição de práticas e cláusulas abusivas é a constituição de um dever de informação que deve ser prestado pelo fornecedor ao consumidor (BUSCH, 2019).

Assim, espera-se que o consumidor possa, por si mesmo, selecionar os produtos que irão compor sua cesta de bens de maneira a maximizar a utilização de sua renda. Para tanto, são informados aos consumidores as características gerais de um dado produto ou serviço, o modo de sua utilização, os riscos que dele podem ser esperados, o preço, forma de pagamento e demais elementos necessários para a tomada de decisão.

O CDC arquitetou uma estrutura ampla para a informação a ser fornecida ao consumidor, passando pela informação sobre riscos de contaminação e produtos ou serviços nocivos ou perigosos (arts. 6º, §2º, e 9º do CDC), sendo que a insuficiência de tais informações ou a sua prestação inadequada pode ensejar responsabilidade civil por fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC).

Na parte pré-contratual, a informação é equiparada à publicidade, integra o contrato a ser travado entre as partes (art. 30 do CDC) e pode ser caracterizada como enganosa ou abusiva, nos termos do art. 37, §§ 1º e 2º, do CDC<sup>5</sup>. Note-se ainda que a informação não deve ser tomada como um simples dever formal, sendo necessária a efetiva transmissão de seu conteúdo ao consumidor a fim de que ele possa entendê-la (MIRAGEM, 2020, p. 289).

---

<sup>5</sup> Há ainda outros dispositivos referentes ao dever de informar o consumidor, especialmente em relação aos cadastros abertos com seus dados pessoais. Embora a matéria seja de inegável importância, foge ao recorte deste artigo, motivo pelo qual não será discutida nesta oportunidade.

Dentro deste panorama, a informação determinada pela legislação serve para reduzir os custos de transação<sup>6</sup> e falhas de mercado como a assimetria informacional<sup>7</sup>, pois o fornecedor deverá, sob pena de ser responsabilizado, fornecer ao consumidor todos os dados necessários para a realização de uma transação segura e informada, sendo uma medida que parece exigir poucos recursos de fiscalização e eficiência (BEN-SHAHAR; SCHNEIDER, 2011).

Como pontuado na introdução, um agente racional, munido de tais informações, estaria plenamente preparado para selecionar dentro de uma miríade de bens, modelos de contratos e formas de pagamento aquela que melhor se adequa às suas necessidades.

Contudo, o que se tem observado a partir de pesquisas empíricas é que o consumidor pode ser levado a decisões equivocadas a partir da utilização de vieses e heurísticas no processo de tomada de decisão, sendo que o dever de informação não possui força suficiente para debelar os desvios sistemáticos do comportamento racional (CALO, 2014; EISENBERG, 2014; LOO, 2015).

Em resumo: (i) o dever de informação se apresenta como solução regulatória de consenso a fim de reduzir custos de transação entre consumidores e fornecedores; e (ii) o CDC pontuou em diversos dispositivos a importância do dever de informação e as consequências de seu descumprimento, inclusive podendo resultar em responsabilidade civil por fato do produto ou do serviço.

---

6 Em breve resumo, os custos de transação são referentes à identificação de parceiros para a contratação, negociação do contrato e acompanhamento/execução do pactuado. (COASE, 1960)

7 Por assimetria informacional, deve-se compreender a situação na qual um dos agentes possui informações relevantes não detidas pela outra, podendo tirar proveito de tal situação. A assimetria informacional pode se dar antes (seleção adversa) ou após (risco moral) a contratação.

### 3 OBSTÁCULOS COMPORTAMENTAIS AO DEVER DE INFORMAÇÃO

Os modelos teóricos utilizados pela economia não têm a função de descrever a natureza humana em sua mais íntima conexão com a realidade. Tais modelos são apenas e tão somente simplificações que podem ter maior ou menor utilidade diante das finalidades a que se propõem (FRIEDMAN, 1984, p. 15). Noutras palavras, não se espera que um indivíduo atue como agente racional em todo momento de sua vida.

Entretanto, cumpre notar que, em dadas situações, a utilização de modelos baseados em desvios sistemáticos de racionalidade possui uma importância preditiva suficiente para que sejam levados em consideração a despeito do sucesso do modelo baseado no agente racional. Isto se dá, especialmente, nas análises que levam em consideração o comportamento do consumidor<sup>8</sup>.

A estrutura teórica mais utilizada na Economia Comportamental se baseia no Modelo Heurístico-Sistemático (KAHNEMAN, 2011; MIAO; MATTILA, 2007; SUNSTEIN; JOLLS;

THALER, 1998; THALER, 2015; THALER; SUNSTEIN, 2009). Tal construção pressupõe que o agente atua de dois modos diferentes em sua relação com o mundo. O primeiro, chamado de Sistema 1 ou modo heurístico, utiliza vieses e heurísticas para a tomada de decisões rápidas ou de menor complexidade mental. Desta maneira, um indivíduo pode estar acostumado a comprar produtos de um dado fornecedor, deixando de pesquisar preços em outros concorrentes (viés do *status quo*).

---

<sup>8</sup> A utilização da EC para a análise do Direito não escapa de fervorosas críticas. Para uma análise dos argumentos contrários, veja-se: MITCHELL, 2005; WRIGHT, 2012.

A lista de vieses e heurísticas não corresponde a um cânone fechado, pelo contrário, está sempre aberta a novas descobertas, mas já há um catálogo extremamente amplo de desvios sistemáticos de racionalidade abordados na literatura, tais como: (i) ancoragem (utilização de informação conhecida para elaborar juízos sobre objetos desconhecidos); (ii) disponibilidade (considerar a probabilidade de ocorrência de um evento a partir da maior ou menor facilidade em pensar em exemplos); (iii) representatividade (utilização de estereótipos nos juízos); (iv) otimismo e superconfiança (superestimação das próprias habilidades, competências ou eventos); (v) aversão à perda (dar maior peso às perdas ou ao risco de perda frente aos ganhos);

(vi) viés do status quo (tendência à repetição de comportamentos já praticados); e (vii) enquadramento (alteração no juízo a partir do modo como a informação é apresentada ao agente) (THALER; SUNSTEIN, 2009).

O Sistema 2 ou modo sistemático, por sua vez, pratica atividades mentais mais refinadas, exigindo maior dispêndio de energia, o que lhe reduz a quantidade de utilização em atividades quotidianas. A decisão tomada pelo Sistema 2 é, portanto, mais próxima do comportamento esperado de um agente racional, porém, dado seu elevado gasto de energia, é compreensível que os indivíduos se comportem na maior parte do tempo através do Sistema 1 (KAHNEMAN, 2011).

No que diz respeito à informação, a utilização do Sistema 1 pode tornar inócua ou mesmo contraproducente aos consumidores a divulgação realizada pelo fornecedor. Isto se dá por diversos fatores como: (i) os consumidores ficam sobrecarregados com o excesso de informação apresentado pelo fornecedor (ZAMIR; TEICHMAN, 2018); (ii) os consumidores não têm por hábito ler contratos, políticas de privacidade ou documentos complexos em geral (BEN-SHAHAR; SCHNEIDER, 2011; BERREBY, 2017; BORGESIU, 2014; CIMPANU, 2017; SCHWARTZ, 2019); (iii) mesmo quando lidos, tais documentos podem não ser compreendidos pelos consumidores menos sofisticados, que



mais necessitam da informação (BEN-SHAHAR; SCHNEIDER, 2011).

Além disto, o modo como a informação é apresentada possui efeitos significativos nos juízos realizados pelo consumidor (enquadramento), visto que o fornecedor preferirá enfatizar os benefícios percebidos ao consumidor ao invés dos benefícios efetivos (BAR-GILL, 2014), um exemplo de disto é o fato de que os fornecedores não dizem que o preço será maior se um dado consumidor optar por utilizar o cartão de crédito, mas que o preço será menor por outra forma de pagamento (EZRACHI; STUCKE, 2016, p. 113).

Não bastando a possibilidade de utilização do dever de informação como meio de enquadramento, também é possível que o fornecedor se utilize de mecanismos voltados a fornecer dados em quantidade que dificulte a comparação de produtos ou serviços por parte do consumidor, estabeleça sistema de precificação em camadas a fim de que seja apresentado ao consumidor um preço inicial convidativo que aumenta por conta de acréscimos necessários como frete e seguros ou através da cobrança de valor maior em bens sem os quais um dado produto não pode ser utilizado (p. ex. cartuchos de tinta em impressoras) e o fornecimento de informações customizadas que exploram debilidades de força de vontade (EZRACHI; STUCKE, 2016, p. 105–113). Além disto, pesquisas apontam que documentos menos precisos (GROSSKLAGS et al., 2006) e sites com estética mais refinada interferem positivamente na confiança do consumidor (MOORES, 2005), ou seja, a transmissão das informações possui impacto menor do que palavras vazias ou belos layouts.

Assim, a informação transmitida ao consumidor nem sempre será suficiente para que uma escolha consciente e adequada seja realizada, pois o fornecedor poderá se utilizar de heurísticas e vieses a fim de conduzir o consumidor a conclusões mais próximas aos interesses do comerciante.

Uma evidência da falha do dever de informação é o chamado superendividamento do consumidor, no qual, mesmo quando munido das informações

que deveriam possibilitar ao consumidor a tomada de uma decisão racional, o consumidor termina por adquirir obrigações que são impagáveis diante de sua renda. A título de exemplo, o Serasa Experian estimou que, em janeiro de 2020, havia 63,8 milhões de inadimplentes no país (SERASA EXPERIAN, 2020).

Seria esperado que o agente racional fosse menos afetado pelo inadimplemento, pois não atuaria com viés de otimismo e, ao mesmo tempo, teria maior controle das probabilidades de eventos negativos, resguardando-se do risco da inadimplência. Note-se, não se está aqui a dizer que em uma sociedade de agentes perfeitamente racionais não haveria inadimplemento, mas é razoável supor que havendo mecanismos de *enforcement* dos contratos, a quantidade de endividados seria inferior ao observado.

Em resumo: (i) o modelo de agente racional parece não ser o mais adequado para analisar o comportamento do consumidor em sua relação com a informação recebida dos fornecedores; e (ii) a informação transmitida ao consumidor pode não ser útil por conta de fatores como a sobrecarga cognitiva, ausência de leitura das informações ou até mesmo a utilização de vieses e heurísticas durante para enquadrar a informação de acordo com os interesses dos fornecedores.

No próximo item, pretende-se avaliar as possíveis soluções aos problemas enfrentados pelo dever de informar.

## **4 EM BUSCA DE NOVOS CAMINHOS PARA A TOMADA DE DECISÕES EFICIENTES**

Verificado que o dever de informar não tem obtido o êxito esperado dentro do mercado de consumo, surgem questionamentos naturais a respeito da utilidade de tal instrumento e de mecanismos que possam auxiliar o consumidor em suas decisões. Embora haja pontos de vista extremamente críticos

à divulgação obrigatória de informações, não há consenso sobre qual medida seria a mais adequada para ampliar a liberdade dos consumidores sem prejudicá-los em suas relações contratuais (BUSCH, 2019, p. 230 e seguintes).

Neste item, pretende-se apresentar e discutir as seguintes propostas para a melhora das relações de consumo frente aos deveres informacionais: (i) redução da quantidade de informações obrigatórias; (ii) personalização da informação a ser transmitida; (iii) utilização de meios visuais e audiovisuais na transmissão da informação; (iv) utilização de consumidores algorítmicos; e (v) fortalecimento do direito de arrependimento.

Um dos caminhos que podem ser percorridos para superar os problemas referentes ao dever de informação é a redução das informações a serem transmitidas ao consumidor (BEN-SHAHAR; SCHNEIDER, 2011), privilegiando-se a qualidade sobre a quantidade. Isto recai então novamente sobre a necessidade de que a regulação a ser desenhada possua amplos conhecimentos a respeito dos consumidores e que estes possuam preferências homogêneas (SUNSTEIN, 2011) para que os resultados da informação sejam positivos ou pelo menos não causem distorções no mercado.

Em um universo de constante segmentação, no qual é possível perfilar inúmeros usuários e então inferir suas preferências políticas ou de consumo (EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, 2018; KAISER, 2019; PRUMMER, 2020; TUROW, 2011;

ZAROUALI et al., 2020), mostra-se possível a utilização da mesma tecnologia para a elaboração de deveres de informação personalizados ao menos no ambiente eletrônico (BAR-GILL, 2019).

Assim, competiria aos fornecedores, dentro das hipóteses legais de tratamento de dados, apresentar ao consumidor as informações a ele mais relevantes a partir de seu perfil. Note-se bem, as demais informações não apresentadas devem estar acessíveis ao consumidor, sob pena de que o fornecedor

se torne verdadeiro controlador informacional. Entretanto, a solução parece distante do cenário atual do tratamento de dados e, mesmo que pudesse ser implementada de imediato, poderia acarretar a criação de barreiras de entrada a novos fornecedores. Desta maneira, dificilmente poderia ser implementada com sucesso no curto prazo e sem a necessidade de imposição de regulações diferentes para sociedades com faturamentos e bancos de dados menores.

Outra medida que pode ser utilizada pelos fornecedores é apresentar as informações por meio de instrumentos visuais e audiovisuais a fim de facilitar a cognição dos pontos relevantes. A literatura empírica indica, igualmente, que publicidades narrativas possuem maior poder sobre o consumidor do que publicidades argumentativas (CHANG, 2009), podendo ser utilizada a forma de narrativa para informar os consumidores. Isto, contudo, pode ocasionar problemas igualmente relevantes, dado que o consumidor poderá se considerar munido de todas as informações relevantes e deixar de se atentar a outros pontos que eventualmente influenciariam em suas escolhas.

Outro ponto que toca o futuro das relações de consumo é a inserção dos consumidores algorítmicos, os quais, em tese, são imunes aos vieses e heurísticas, podendo coletar e processar informações muito acima da capacidade humana e, por consequência, tomar decisões teoricamente melhores que os consumidores pessoas naturais. Note-se, contudo, que o afunilamento de escolhas, a opacidade dos algoritmos e a possibilidade de problemas de agência entre o criador do consumidor algoritmo e o consumidor também são farto cenário para novos problemas econômicos (GAL, 2018; GAL; ELKIN-KOREN, 2017).

Por fim, entendemos que as relações de consumo nas quais a informação pode conter elementos nocivos ao consumidor devem ser amparadas pela presença do direito de arrependimento a fim de que o consumidor possa, sem custos, desfazer o negócio jurídico entabulado em um dado pe-

ríodo de tempo, ainda que tenha ocorrido a compra no estabelecimento do fornecedor. Tal medida, evidentemente, deve ser tomada com um grão de sal a fim de evitar práticas oportunistas por parte dos consumidores (WATSON, 2016).

Cada um dos pontos apresentados possui vantagens e desvantagens que devem ser discutidas à luz de casos concretos. Como visto, a redução da quantidade de informações transmitidas ao consumidor não implica, necessariamente, em maior cognição da informação remanescente, a utilização de consumidores algorítmicos pode levar a um aprofundamento das escolhas anteriores do consumidor, mantendo-o afastado de novos produtos e mesmo a utilização de elementos visuais e audiovisuais pode ser nociva a determinados consumidores, os quais se julgarão sabedores de todas as informações relevantes e não buscarão ampliar seus conhecimentos lendo contratos ou demais documentos.

Não há, portanto, uma alternativa perfeita ou ao menos de consenso para que a divulgação de informações venha a ser substituída nas relações de consumo, embora sofra pesadas críticas da academia por conta de não ser um instrumento tão eficiente quanto o esperado.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O dever de informação é uma das figuras centrais do CDC e se apresenta como solução de consenso entre posturas mais ou menos intervencionistas nos contratos travados. Apesar disso, a literatura empírica, esboçada em grande parte na economia comportamental, tem apontado que o dever de informação pode não ser útil ou ainda causar ineficiências nas relações de consumo.

Realmente, as informações podem não ser lidas ou compreendidas pelos consumidores, bem como podem ser apresentadas de modo a priorizar enquadramentos ou se aproveitar de outros desvios sistemáticos de racionalidade dos consumidores.

Ainda que tais pontos sejam amplamente defendidos na doutrina, não há consenso sobre qual medida deveria substituir o dever de informação ou ser utilizado para torná-lo mais eficiente dentro de sua proposta (permitir que os consumidores tomem decisões informadas).

Apresentou-se um quadro geral da literatura a respeito do tema e espera-se que novas contribuições ao debate possam tornar mais rica a literatura disponível em língua portuguesa sobre o papel do dever de informação nas relações de consumo, especialmente sob o enfoque da Análise Econômica e Comportamental do Direito.

## REFERÊNCIAS

BAR-GILL, O. Consumer Transactions. In: ZAMIR, E.; TEICHMAN, D. (Eds.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Londres: Oxford University Press, 2014. p. 465–490.

\_\_\_\_\_. Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions. **The University of Chicago Law Review**, v. 86, n. 2, p. 217–254, mar. 2019.

BAR-GILL, O.; STONE, R. Pricing Misperceptions: Explaining Pricing Structure in the Cell Phone Service Market. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 9, n. 3, p. 430–456, 2012.

BEN-SHAHAR, O.; SCHNEIDER, C. E. The Failure of Mandated Disclosure. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 159, p. 647–749, 2011.

BERREBY, D. Click to agree with what? No one reads terms of service, studies confirm. **The Guardian**, 3 mar. 2017.

BORGESIUS, F. Z. Behavioural Sciences and the regulation of Privacy on the Internet. **Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper** n° 2014-54, 2014.

BUSCH, C. Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law. **The University of Chicago Law Review**, v. 86, p. 309–331, 2019.

CALO, R. Digital Market Manipulation. **The George Washington Law Review**, v. 82, p. 995–1051, 2014.

CHANG, C. “Being Hooked” by Editorial Content: The Implications for Processing Narrative Advertising. **Journal of Advertising**, v. 38, n. 1, p. 21–33, 2009.

CIMPANU, C. **22,000 People Agree to Clean Toilets Because Nobody Reads Terms & Conditions**. Disponível em: <<https://www.bleepingcomputer.com/news/technology/22-000-people-agree-to-clean-toilets-because-nobody-reads-terms-and-conditions/>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

COASE, R. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1–44, 1960.

EISENBERG, M. A. Behavioral Economics and the Contract Law. In: ZAMIR, E.; TEICHMAN, D. (Eds.). . **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Londres: Oxford University Press, 2014. p. 438–464.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **EDPS Opinion on online manipulation and personal data**. Bruxelas: EDPS, 2018. Disponível em: <[https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03-19\\_online\\_manipulation\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03-19_online_manipulation_en.pdf)>. Acesso em: 16 maio. 2021.

EZRACHI, A.; STUCKE, M. **Virtual Competition: A promise and perils of the algorithm driven economy**. Londres: Harvard University Press, 2016.

FRIEDMAN, M. **Essays in Positive Economics**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1984.

GAL, M. Algorithmic Challenges to Autonomous Choice. **Michigan Technology Law Review**, v. 25, n. 1, p. 59–104, 2018.

GAL, M.; ELKIN-KOREN, N. Algorithmic Consumers. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 30, n. 2, p. 309–353, 2017.

GICO JR., I. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, L. B. (Ed.). . **Di-reito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRAU, E. R. Notas Sobre o Ordenamento Jurídico dos Preços. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 22, p. 139–176, 1979.



GRINOVER, A. P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GROSSKLAGS, J. et al. User Choices and Regret: Understanding Users' Decision Process about Consensually Acquired Spyware. **I/S: A Journal of Law and Policy**, v. 2, n. 2, p. 283– 344, 2006.

JEHLE, G. A.; RENY, P. J. **Advanced Microeconomic Theory**. 3. ed. Harlow: Pearson, 2011.

KAHNEMAN, D. **Thinking, Fast and Slow**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KAISER, B. **Targetd: The Cambridge Analytica Whistleblower's Inside Story of How Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and How It Can Happen Again**. New York: HarperCollinsPublishers, 2019.

LOO, R. V. Helping Buyers Beware: The Need for Supervision of Big Retail. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 163, p. 1311–1392, 2015.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIAO, L.; MATTILA, A. S. How and How Much To Reveal? The Effects of Price Transparency On Consumers' Price Perceptions. **Journal of Hospitality & Tourism Research**, v. 31, n. 4, p. 530–545, 2007.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

# O ESTADO SUBSIDIÁRIO E A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

*Giulliana Niederauer Flores Severo de Morais<sup>1</sup>*

*Pollyana Araujo Soares<sup>2</sup>*

## **Resumo**

O presente artigo trata do princípio da subsidiariedade, na ordem econômica brasileira, previsto no art. 2º, III, da Lei de Liberdade Econômica, delimitando seu alcance normativo e as decorrências práticas de sua observância pelo Estado brasileiro, na função regulatória. Partimos do pressuposto de que o Estado Subsidiário é um Estado legitimamente regulador, porém limitado pelas liberdades econômicas, também chamadas de garantias de livre iniciativa. Assim, a pesquisa se propõe a responder o seguinte questionamento: como deve ser exercida a função regulatória do Estado Subsidiário? Concluímos que aplicabilidade do princípio da subsidiariedade, tal como previsto na Lei nº 13.874/2019, é a exigência da análise de impacto regulatório, enquanto procedimento burocrático que se utiliza da análise econômica do direito, para adotar técnicas mais sofisticadas na regulação, de modo a pensar a função regulatória brasileira com base em critérios como racionalidade, utilidade e eficiência.

---

1 Advogada. Mestranda em Direito pela UFRN. Membro da Comissão Law and Economics OAB/RN. giullianasevero@gmail.com

2 Advogada. Mestranda em Direito pela UFERSA. pollyanatas@gmail.com

**Palavras-chave:** Intervenção do Estado no Domínio Econômico. Estado Subsidiário. Princípio da Subsidiariedade. Análise de Impacto Regulatório. Lei de Liberdade Econômica.

## **Abstract**

This article is about the principle of subsidiarity, in the Brazilian economic order, provided for in art. 2º, III, of the Economic Freedom Law, delimiting the normative scope and the consequences of its observance by the Brazilian State, in the regulatory power. We assume that the Subsidiary State is a legitimately regulatory State, but limited by economic freedoms, also called guarantees of freedom. Thus, the research proposes to answer the following question: how should the regulatory power of the Subsidiary State be exercised? We conclude that applicability of the principle of subsidiarity, as provided in the law nº 13.874/2019, is the requirement of regulatory impact analysis, as a bureaucratic procedure that uses the economic analysis of law, to adopt more sophisticated techniques in regulation, in order to think about the Brazilian regulatory power based on criteria such as rationality, utility and efficiency.

**Keywords:** Intervention in the Economic Domain. Subsidiary State. Principle of Subsidiarity. Regulatory Impact Analysis. Economic Freedom Act.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Estado brasileiro a função de regulador da ordem econômica, isso significa intervir no domínio econômico como agente normatizador para concretizar os princípios previstos no art. 170 da Carta. Contudo, nos últimos 30 anos tem se verificado um abuso

do poder regulatório, identificado pelo aumento vertiginoso de produções legislativas, de natureza interventiva na economia, que acabaram por restringir a liberdade econômica dos agentes no mercado.

Em face desse cenário, foi editada a Lei de Liberdade Econômica, nº 13.784/2019, instituindo dentre os seus fundamentos, o princípio da subsidiariedade, ou da intervenção subsidiária e excepcional do Estado. A intenção da criação legislativa foi inaugurar um novo ambiente de empreendedorismo no Brasil, reafirmando o compromisso de que o Estado brasileiro é um Estado Subsidiário no domínio econômico.

A premissa fundamental do Estado Subsidiário, pautado pelo princípio previsto no art. 2º, III, da Lei de Liberdade Econômica, é que se trata de um Estado legitimamente regulador da economia, porém limitado pelas liberdades econômicas, também chamadas de garantias de livre iniciativa, tal como previstas no art. 4º da mesma lei.

Sabe-se que os princípios jurídicos são normas naturalmente dotadas de natureza abstrata e alta carga axiológica. Em face disso, é que se investiga qual o conteúdo normativo do princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado no domínio econômico? E, como efetivamente deve atuar um Estado Subsidiário? Como a regulação pode ser mais eficiente, racional e útil?

As respostas dos questionamentos acima transitam entre a ciência dogmática do direito e o instrumental Law and Economics. Por isso, o artigo, na primeira parte apresentará uma reflexão sobre a relação simbiótica entre o Mercado e o Estado, em sua função regulatória; no segundo momento buscará delimitar o conteúdo normativo do princípio da subsidiariedade, previsto na Lei de Liberdade Econômica; e ao final, se investigará se a análise de impacto regulatório, enquanto instrumento burocrático que utiliza da análise econômica do direito para a produção legislativa, pode ser a chave para que

o Estado brasileiro concretize a sua intervenção subsidiária na economia, regulando de forma eficiente e racional.

## 2 MERCADO, ESTADO E REGULAÇÃO ECONÔMICA

Enquanto ente institucional, o Estado pressupõe uma finalidade<sup>3</sup>: a criação da utilidade pública para a proteção e benefício das próprias instituições, sejam as pessoas jurídicas, empresárias ou não, ou as pessoas físicas em geral.

---

3 No livro *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Rousseau, ao refletir sobre a utilidade da criação do Estado, conclui que a formação em sociedade é natural à espécie humana, assim como a velhice é para cada um dos indivíduos, e o resultado disso é que os povos precisam de artes, leis e governos, tanto quanto os velhos precisam de muletas. Ainda, descreve o processo da formação institucional do poder político na forma de Estado: “Do cultivo das terras seguiu-se necessariamente sua divisão; e da propriedade, uma vez reconhecida, as primeiras regras de justiça. Para dar a cada um o que é seu, é preciso que cada um possa ter alguma coisa. [...] É comente o trabalho, que dando direito ao cultivador sobre o produto da terra que lavrou, lhe dá, portanto, direito sobre a gleba, pelo menos até a colheita, e assim de ano em ano, o que fez com a posse continua se transformasse facilmente em propriedade. [...] As coisas nesse estado podiam ter permanecido iguais se os talentos fossem iguais e se houvesse um equilíbrio exato, por exemplo, no emprego do ferro e no consumo dos gêneros alimentícios. Mas a proporção, que em nada se mantinha, logo se rompeu; o mais forte realizava mais trabalho; o mais habilidoso tirava um melhor partido do seu; o mais engenhoso encontrava meios de abreviar o trabalho; o lavrador tinha mais necessidade de ferro, ou o ferreiro, mais necessidade de trigo, e trabalhando igualmente, um ganhava muito, enquanto o outro tinha dificuldade de viver. E assim que a desigualdade natural se desdobra imperceptivelmente com a desigualdade de arranjo, e as diferenças dos homens, desenvolvidas pelas circunstâncias, tornam-se mais sensíveis, mais permanentes em seus efeitos e começam a influir na mesma proporção sobre a sorte dos indivíduos”. Rousseau continua a sua análise, ao julgar que a diferenças entre os homens passou a despertar os piores sentimentos e violência, o que justificou o “estabelecimento de um corpo político como um verdadeiro contrato entre o povo e os chefes que ele escolhe, contrato pelo qual as duas partes se obrigam à observância das leis nele estipuladas e que formam os laços de sua união. Tendo o povo, a respeito das relações sociais, reunido todas as suas vontades numa só, os artigos no quais essa vontade se expõe tornam-se outras tantas leis fundamentais que obrigam todos os membros do Estado sem exceção. [...] As diferentes formas de governo têm sua origem nas diferenças, maiores ou menores, verificadas entre os indivíduos no momento da instituição. [...] se seguirmos, o progresso da desigualdades, veremos que o estabelecimento da lei e do direito, foi seu primeiro turno [...] Os vícios que tornam necessárias as instituições sociais são os mesmo que tornam inevitável o abuso delas.” (ROUSSEAU, 2009, p.90-167)

O indivíduo, por sua vez, é a menor e a mais importante instituição estatal, de quem deriva a própria razão de existir do Estado<sup>4</sup>, sendo papel do ente político supremo proporcionar o ambiente propício à maximização do bem-estar humano, por meio do estabelecimento de regramentos.

Contudo, as necessidades humanas são infinitas e a lei da escassez é incontornável. A natureza do homem tende sempre à criação de novos desejos e, simultaneamente, de mecanismos de controle e limitação dos recursos insuficientes<sup>5</sup>. A escassez exerce forte influência sobre o comportamento humano porque obriga o ser racional a fazer escolhas. Assim, o que chamamos de atividade econômica é, basicamente, a administração da escassez, ou seja, a aplicação da escolha de determinados recursos para o atendimento das necessidades humanas específicas<sup>6</sup>.

Em toda sociedade, para enfrentar o problema da escassez, é necessário o estabelecimento de relações e instituições que objetivem um padrão decisório. O Mercado, portanto, é uma criação histórica que serve a esse propósito, ele pode ser conceituado como uma instituição jurídica, social e política, que funciona na lógica do maior lucro possível (GRAU, 2008, p28).

---

4 O homem é a única criatura livre e cognitivamente capaz de se autodeterminar e utiliza o Estado como instrumento para o seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual. Razão pela qual, conclui-se que a pessoa humana é a medida, o fim e a razão de existir do Estado. (AZAMBUJA, 2008, p.146)

5 Compreende-se que quanto mais intenso for o processo de interação entre indivíduos e entre sociedades diferentes, maior e mais rápido será esse processo criativo e também destrutivo dos recursos disponíveis (NUSDEO, 2020, p.21-23)

6 “A escassez impõe fazer escolhas. À medida que o ambiente é modificado, o ser humano adapta seu comportamento de forma a tirar partido das mudanças. [...] Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo de escolha racional, faz a pessoas inventariar os resultados desejados (valores), identificar ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribui mais (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem” (MACKAAY, 2020, p.30)

No mercado, os agentes econômicos ponderam, constantemente, desejos, informações e bens disponíveis na tomada de decisões, o que chamamos de racionalidade. Quanto mais escassos os bens e maior o interesse sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses (NUSDEO, 2020. p.25-26).

Por isso, para o seu funcionamento, o mercado exige uma certa regularidade e previsibilidade de comportamento dos indivíduos, sendo imprescindível a existência de regras, sejam elas naturais, como a lei da oferta e procura<sup>7</sup>, ou, sejam elas criadas pelo Estado, como as normas jurídicas.

Nesse contexto, é possível compreender que o Indivíduo, Mercado e Estado são manifestações de uma mesma realidade social. De modo que, não há Estado sem o Mercado capaz de financiá-lo, por meio da arrecadação de tributos sobre as riquezas produzidas pelos indivíduos; e não há mercado se não houver Estado que, através do seu poder, crie normas jurídicas necessárias ao equilíbrio das relações mercantis entre os particulares<sup>8</sup>.

O conceito de regulação econômica<sup>9</sup> se relaciona, portanto, com o poder do Estado de adotar qualquer medida interventiva no mercado, que tenha por objetivo corrigir as falhas do sistema, direcionando ou induzindo

---

7 O processo de formação de preços no mercado é a conjugação de duas variáveis – oferta e procura. A Teoria dos Preços tem fundamento o relacionamento das quantidades ofertadas e procuradas de um determinado produto no mercado. Assim, quando há excesso de oferta ou falta de procura, os preços caem, e voltam a subir quando houver diminuição da oferta ou maior procura. Atinge-se, portanto, a eficiência econômica quando há situação de equilíbrio entre a quantidade que compradores e vendedores estarão dispostos a adquirir e a ofertar no mercado a um dado preço. (BRUNA, 2001. p.16)

8 O Estado, enquanto regulador da ordem econômica e social, atua por meio de políticas públicas, essas conceituadas como estruturas normativas integradas tanto por atos jurídicos, quanto por atos materiais, distribuídos entre os elementos funcionais de fins, propósitos, componentes e atividades, que se relacionam diretamente com o intervencionismo estatal por um liame de necessidade e satisfatividade. (SAAD, 2015. p.73-138)

9 A etimologia da palavra Regulação remete à ideia de movimento de algo em linha reta, o que sugere dois sentidos conceituais: um que encara a regulação como um instrumento que exerce uma ação/força externa sobre um objeto para manter-lhe regulado; ou, como uma característica intrínseca à existência do objeto que apresenta bom funcionamento/estabilidade/regularidade (CAMILO JUNIOR, 2018. p. 3)

o comportamento dos agentes, tendo como parâmetros de sua intervenção as normas jurídicas, especialmente as constitucionais sobre a ordem econômica<sup>10</sup>.

Nas palavras de André Elali (2010, p.54) “*o poder de regular, portanto, abrange o poder de legislar e corresponde ao próprio poder de governar, isto é, o poder de restringir, proibir, intervir, proteger, encorajar, promover e até mesmo tributar*” os agentes econômicos no mercado.

Em 1988, o Estado brasileiro foi legitimado pela Constituição Federal a assumir competências regulatórias, como a de planejamento, ordenação, fomento e gestão, com o principal objetivo de viabilizar o seu desenvolvimento econômico e social. O texto constitucional privilegia o modo de intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social pela mediação de interesses públicos e privados, e deve ser, necessariamente, condicionada à existência de falhas de mercado.

Quando falamos em falhas de mercado, estamos nos referindo às imperfeições ou inoperacionalidades do Mercado, sendo as seis mais comuns: a falha de mobilidade, a falha de transparência, a falha de estrutura, a falha de sinalização, a falha de incentivo, e, a falha analítica quando os custos de transação são desconsiderados (NUSDEO, 2020. p. 113 – 133).

---

10 Eros Roberto Grau, no livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, identifica duas principais formas de intervenção do Estado na economia: a intervenção do Estado NO domínio econômico e a intervenção do Estado SOBRE o domínio econômico. A intervenção estatal NO domínio econômico corresponde à chamada intervenção por absorção ou participação. Nesse caso, estamos tratando de um Estado empresário, o qual é sujeito ativo da atividade econômica, que pode ser por absorção quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor, atuando em regime de monopólio; ou, por participação quando o Estado assume controle parcial dos meios de produção e/ou troca em determinado setor, atuando em regime de competição com empresas privadas. Já a intervenção SOBRE o domínio econômico, o Estado encontra-se fora do exercício da atividade econômica e exerce um papel regulador, através de uma intervenção por direção ou por indução. Quando intervindo por direção, está o Estado exercendo pressão sobre a economia ao estabelecer normas de comportamento compulsório aos entes privados. Diferentemente disso, intervindo por indução, o Estado pretende influenciar certas práticas econômicas através da manipulação de alguns instrumentos econômicos e financeiros.



Não existe nenhum mercado completamente isento de falhas, porém, a extensão e intensidade dessas falhas poder ser responsável por tornar o mercado inoperante, ao ponto de ser necessária a intervenção do Estado<sup>11</sup>. Desse modo, a constatação de falhas de mercado legitima a intervenção do Estado na economia e, para cada uma delas, o poder público adota ações corretivas, exteriorizadas por normas jurídicas.

Contudo a lógica, é de que, prioritariamente, os agentes econômicos busquem, por si mesmo, corrigir as falhas do mercado em que atuam, para só em caso de ineficiência do indivíduo, o Estado intervenha com cautela, agindo sob os limites do que é estritamente necessário para resolver as disfunções do sistema, ao editar normas regulatórias racionais, uteis e eficientes.

Em 1790, Adam Smith já ensinava que “*no grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça tem seu próprio princípio de movimentação, inteiramente diferente daquele que o legislador desejaria ter-lhe imprimido*”. Ou seja, o ser humano pode reagir de forma diversa da prevista pelo Estado ao editar a norma jurídica, pois a ciência jurídica não possui uma teoria própria sobre o comportamento, e para perfeitamente entender o direito e prever os efeitos de uma nova lei, é necessário conhecer o ser humano e compreender suas interações com os demais (MACKAAY, 2020, p.5).

---

11 Após 150 anos de sistema econômico liberal, responsável por um grande desenvolvimento econômico e científico da humanidade, a constatação de falhas de mercado levou a uma reorganização estatal quanto ao seu sistema econômico. Fabio Nusdeo (2020, p.136) afirma que “escorraçado do sistema econômico pelos postulados do liberalismo, o poder público dele saiu pela porta da frente, mas acabou por regressar gradualmente pela porta dos fundos. Ou seja, este reingresso não foi sistemático, nem sempre conscientemente desejado, mas fruto de uma necessidade incontornável [...]. Para esta nova configuração dos sistemas ocidentais foram propostas algumas denominações, como a de capitalismo regulamentar ou de regime de mercado controlado ou ainda, de neoliberalismo para indicar a permanência dos postulados liberais mas modificados para poderem levar em consideração os novos reclamos provocados pelo imperfeito funcionamento dos mercados, o qual, em última análise, implicava tolher a liberdade daqueles sobre quem recaíssem as mesmas imperfeições”.

A história econômica brasileira ostenta diversos exemplos de insucesso de intervenções estatais na economia que foram ineficientes em resolver as falhas do sistema. A exemplo, entre as décadas de 1980 e 1990, foram empreendidas políticas de controle tarifário, de tabelamento de preços e de controle de custos de produção, chamadas de planos de estabilização econômica, ou pacotes econômicos<sup>12</sup>, que visavam o congelamento de preços para conter a inflação galopante, que resultaram em prejuízos profundos à economia brasileira (AGUILLAR, 2019, p. 177).

Por essa razão, é absolutamente necessária a difusão da ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor produzir o direito, oferecendo ao Estado um instrumento de aperfeiçoamento da eficácia e da eficiência da atividade regulatória.

### **3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA**

A Ordem Econômica constitucional brasileira se apresenta como substancialmente capitalista, fundada na livre iniciativa e na livre concorrência. Contudo, quanto mais abertas são as disposições da Constituição e quanto mais abstratas são as declarações economicamente relevantes, tanto mais dependem da interpretação dos dispositivos fundamentais para garantir direitos subjetivos aos agentes econômicos no mercado (STOLBER, 2012. p.263). Além disso, nor

---

<sup>12</sup> Plano Cruzado em 1986; Plano Bresser em 1987; Plano Verão em 1989; e, Plano Collor em 1990.

mas principiológicas podem conduzir ou sugerir o intervencionismo abusivo na economia, distorcendo as diretrizes estabelecidas (GRAU, 2014. p.188).

A partir do delineamento constitucional sobre a ordem econômica, foi editada no ano de 2019, a Lei nº 13.874, chamada de Lei de Liberdade Econômica, ou ainda, de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que dispõe sobre objetivos, princípios, direitos e garantias em espécie que visam privilegiar o fundamento constitucional da livre iniciativa.

A sua elaboração foi precedida por uma investigação a respeito dos fatores determinantes para a falta de dinamismo da economia brasileira. Foram considerados obstáculos ao desempenho dos agentes econômicos brasileiros aspectos relacionados à infraestrutura deficiente, meios de transportes restritos e obsoletos, barreiras à inovação tecnológica, altos custos de transação nos negócios, e, alta carga tributária. Também foi apontado como um dos principais empecilhos ao desenvolvimento, o imenso estoque regulatório brasileiro, resultado do abuso do poder regulatório estatal.

A criação legislativa almejava inaugurar uma cultura de empreendedorismo no Brasil e, assim, impulsionar o desenvolvimento econômico pelo aquecimento das relações entre os agentes privados. O fundamento é de que o mercado é um ambiente institucional de atuação prioritária dos particulares e que, dessa forma, era imprescindível o legislador estabelecer pressupostos/limites ao Estado a fim de evitar restrições abusivas à liberdade econômica, por meio da edição de normas regulatórias que limitam os direitos de empreender livremente, os direitos sobre a propriedade privada, sobre os contratos, sobre os direitos de propriedade intelectual e material, além, da burocracia para a atividade empresarial.

Dentre os princípios expressos na LLE, está o da Subsidiariedade<sup>13</sup>, ou da Intervenção Subsidiária e Excepcional do Estado no Domínio Econômico, no art. 2º, inciso III, que possui duas facetas: uma passiva e outra ativa.

A face passiva do princípio da subsidiariedade reflete o seu caráter limitador da ingerência estatal em atividades que podem ser titularizadas pelos particulares (CASSAGNE, 2017. p.314). Assim, temos que, na ordem econômica e social, a face passiva do princípio da subsidiariedade reflete a impossibilidade de intervenção do Estado na liberdade de comércio, indústria e profissão dos particulares, delimitando o espaço de livre iniciativa individual inatingível pelo Estado.

Enquanto que, a face ativa do princípio da subsidiariedade determina a obrigatoriedade do Estado de atuar, sobretudo, no âmbito econômico, social e educativo, quando a iniciativa privada se mostrar ineficiente na resolução das suas próprias demandas (CASSAGNE, 2017. p.314). Assim, reafirma que o Estado existe unicamente para servir aos indivíduos em suas fraquezas.

Por essa razão, é possível concluir que o princípio da subsidiariedade é um dos princípios mais relevantes para a construção e manutenção do Estado de Direito, pois o Direito é uma criação humana que serve de instrumento

---

13 A ideia de subsidiariedade do Estado remonta à tradição judaico-cristã e à doutrina social da Igreja Católica (CYRINO, 2020. P 138), a qual procurava elevar o homem e sua família ao centro da política estatal, devendo o Estado garantir aos indivíduos o espaço necessário ao seu pleno desenvolvimento, sem interferências. As primeiras referências ao princípio datam de 1891, na Encíclica Rerum Novarum; de 1931, na Quadragesimo Anno; e, de 1961, na Mater et Magistral. A partir da Doutrina Social da Igreja, o mandamento axiológico do princípio da subsidiariedade foi, progressivamente, ocupando espaços entre as sociedades ocidentais, sugerindo um modelo de Estado que se desapega de sua carga ideológica, seja de viés socialista ou liberal clássica, para enfatizar o caráter social, subsidiário e necessário de sua intervenção e, por consequências, a dignidade da pessoa humana (CASSAGNE, 2017. p.314). O Estado Subsidiário, nasce, portanto, no marco de um processo de adaptação das estruturas socioeconômicas e jurídicas existentes, sem implicar em uma ruptura total com os modelos anteriores, mas que se assenta sobre duas premissas: a primeira de que é um Estado limitado pela garantia das liberdades individuais e a segunda de que é um Estado com função regulatória.

de limitação do poder do Estado frente à liberdade humana e às garantias individuais (SAAD, 2018, p. 112).

Seria, portanto, absolutamente irrelevante a garantia dos direitos de liberdade pelas constituições se ao homem não fosse oportunizada a possibilidade de efetivamente exercê-la por causa da adoção, pelo Estado, de um comportamento repressivo do potencial criativo e espontâneo da sociedade no desenvolvimento de suas atividades econômicas, sociais, políticas, educativas (CASSAGNE, 2017, p.313)

Nesse sentido, o marco de nascimento do Estado Subsidiário<sup>14</sup> é a necessidade de adaptação das estruturas socioeconômicas e jurídicas existentes que se assenta sobre duas premissas: a primeira de que é um Estado limitado pela garantia das liberdades individuais<sup>15</sup> e a segunda de que é um Estado legitimamente regulador.

O Estado subsidiário é o Estado que permanece fidelizado aos postulados da economia social de mercado, pois visa harmonizar as liberdades econômicas com o bem-comum, promovendo a defesa da concorrência e garantindo a prestação dos serviços públicos (CASSAGNE, 2017, p.134), mas que intervém no domínio econômico, por meio de sua função regulatória, quando a imperfeição do mercado se mostrar irresolúvel pelos agentes,

---

14 Alerta Cassagne que, surge no ocidente, e nos países que seguiram os rastros ocidentais, como o Japão, a figura do Estado Subsidiário, que procura, através de seus ordenamentos jurídicos compatibilizar as liberdades individuais com o bem comum, e no plano econômico, atua como regulador da concorrência e prestador de serviços públicos, porém “há concepções (seguidas em alguns Estados) que consideram que a economia social de mercado procura, como objetivo principal, a realização efetiva do princípio da igualdade com base em um projeto de Estado (igualitarismo social), o que resulta contrário ao princípio da liberdade.” (CASSAGNE, 2017. P.314)

15 “Enquanto a liberdade como direito traduz o empoderamento de uma faculdade, de exigir sua realização efetiva ao Estado ou a uma pessoa privada, também é possível conceber a liberdade como um princípio geral do direito, ou seja, como um mandamento positivo com tendência a realizá-la e, inclusive, como um mandamento negativo que permite desencadear ações que impedem sua violação de forma preventiva ou reacional.” (CASSAGNE, 2017. p.304)

ponderando os custos resultantes da perpetuação da imperfeição com os custos da intervenção estatal.

Acredita-se que submeter a intervenção do Estado no domínio econômico a limites mais rígidos, por meio de lei, é reconhecer a imprescindibilidade do princípio da subsidiariedade para a manutenção do Estado de Direito e da busca pelo desenvolvimento. Esses limites foram detalhadamente previstos no art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica, denominados de garantias de livre iniciativa.

O contrário disso, ou seja, o Estado não-subsidiário na ordem econômica, implicaria, necessariamente, na negação do protagonismo da iniciativa privada de criar e inventar práticas para superar a imperfeição do mercado. Em outras palavras, teríamos um Estado que se adianta na regulação econômica, sem possibilitar o empreendedorismo criativo dos agentes econômicos.

Contudo, no Brasil, o princípio da subsidiariedade encontra resistência ao seu reconhecimento, por parte da doutrina<sup>16</sup>, em razão de sua (fictícia) oposição ao princípio da solidariedade (GABARDO, 2013, p. 61 – 78). Injustamente, a doutrina relaciona o princípio da subsidiariedade com absoluta abstenção regulatória do Estado ou retrocesso nos direitos fundamentais, quando, na verdade, o princípio apenas prestigia a ideia de que o Estado deve respeitar o espaço de atuação dos particulares, intervindo na economia quando falharem em seus objetivos.

Dada a sua relevância para o Estado de Direito, o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado no domínio econômico tem seu

---

16 A partir da década de sessenta, o Direito Administrativo Brasileiro sofreu forte influência de correntes ideológicas alinhadas com a concepção socialista, resultando no desenvolvimento de uma vertente doutrinária que acredita no protagonismo do Estado como o guardião de todos os interesses individuais e desaguando na aceitação de uma forma hipertrofiada de Estado, bem como na desconfiança com relação ao setor privado. Por trás de tal doutrina está o dogma fundamental de que os agentes privados, representantes da economia de mercado, têm por objetivo único enriquecer e que, por isso mesmo, são os causadores da pobreza e opressão das massas, cuja a defesa está a cargo do Estado (SAAD, 2021, p.12).

conteúdo normativo implicitamente positivado no art. 174, da Constituição Federal<sup>17</sup>, quando o constituinte delimita que o Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, tem as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo que esta última determinante/vinculativo apenas para o setor público e indicativo para o setor privado, pois deve-se privilegiar a esfera de liberdade dos agentes econômicos na gestão de seus negócios e na tomada de decisões (BRASIL, 1988). Vejamos, portanto, o constituinte, ao tratar da atuação do Estado no domínio econômico, esclarece que a regra vigente é de liberdade econômica dos particulares, sendo a intervenção do Estado subsidiária, nos casos expressamente previstos.

Contudo, a questão que se coloca é como deve ser exercida a função regulatória do Estado Subsidiário? Se a sua intervenção no domínio econômico é subsidiária à atuação do particular, como a regulação pode ser eficiente e racional?

## **4 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE, A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO**

Em prol da dinamização das atividades econômicas, a Lei nº 13.874/2019 cria todo um sistema de proteção das liberdades da iniciativa privada. No Capítulo II, declara os direitos da liberdade econômica, no seguinte, estabelece as garantias de livre iniciativa e no Capítulo IV obriga a realização de Análise de Impacto Regulatório. Essas disposições parecem

---

<sup>17</sup> Constituição Federal, Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

confrontar a atividade regulatória estatal excessiva ou ineficaz, cobrando do Estado que ela seja prestada de modo eficiente e menos burocrático<sup>18</sup>.

O art. 5º positiva a obrigatoriedade de Análises de Impacto Regulatório (AIR) para as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, contendo informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

A Análise de Impacto Regulatório faz parte do movimento pela melhoria da qualidade regulatória o qual é definido pela OCDE (1993, p.5) como: “medidas sistemáticas para ampliar a qualidade da regulação e melhorar o desempenho, o custo/efetividade ou qualidade legal da regulação e das formalidades burocráticas associadas”.

Em adendo, a Comissão Europeia (2018, p.3) conceitua como o desenho e avaliação de políticas e regulações de forma transparente, com base em evidências e apoiado em opiniões dos cidadãos e das partes interessadas, com o objetivo de que a intervenção regulatória não exceda o necessário, ou seja, que atinja o seu objetivo e beneficie a sociedade ao menor custo possível.

---

18 A título de exemplo, o inciso XI, do art. 3º consagra como direito de liberdade econômica: não ser exigida medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva, em sede de estudo de impacto ambiental na seara do direito urbanístico quando a circunstância for irrazoável, dentre elas, os impactos causados pela atividade econômica ocorressem independentemente do empreendimento. Vê-se que a essência do exemplo aqui apresentado é exigir do ente público uma conduta razoável consubstanciada em elementos concretos como o impacto efetivo da postura estatal. Por outro lado, o inciso XII, do art. 3º define que é direito de toda a pessoa não ser exigida pela administração pública direta ou indireta certidão sem previsão expressa em lei. Neste tópico, defronta-se com as exigências de reconhecimentos e trâmites junto as repartições públicas - certidões, alvarás, declarações, permissões, aceites, recomendações - por vezes multiplicados pela quantidade de entes federados. Além disso, o emaranhado de leis sobrepostas umas às outras prejudicam a rapidez e desenvolvimento do cenário econômico.



Portanto, compreende uma estrutura regulatória eficiente em termos de custo, eficaz no sentido do propósito regulatório, além de politicamente claro, transparente e responsável (OCDE, 2014, p.02). Em outras palavras, a base desse modelo regulatório é: previsibilidade, proporcionalidade, consistência, transparência, consulta aos interessados e prestação de contas.

Relaciona-se à Análise Econômica do Direito, campo de estudo que utiliza o ferramental teórico e empírico da economia para ampliar a compreensão e o alcance do direito, bem como aperfeiçoar a aplicação e avaliação das normas jurídicas de modo a “explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO Jr., 2010, p. 10).

A juseconomia considera que os comportamentos humanos são pautados por uma lógica de cálculo entre custos e benefícios, no qual a opção escolhida será a de maior utilidade. Nessa toada, as regras jurídicas afetam a estrutura de incentivos, por isso, devem ser estudadas (também) por meio dos conceitos econômicos.

Mas, afinal, o que é Análise de Impacto Regulatório?

Segundo a OCDE (2005, p. 3), a AIR é um processo de identificar e avaliar sistematicamente os efeitos esperados da regulamentação propostas, usando um método analítico, ou seja, é o procedimento administrativo que permite interligar o problema identificado com as soluções propostas a partir dos dados e informações disponíveis utilizando um método determinado. O propósito desse instrumento é promover a regulação da forma mais eficiente possível e ao menor custo a todos os membros da sociedade.

Conforme o Decreto 10.411/2020, o início ocorre após avaliação do órgão ou entidade federal pela obrigatoriedade, conveniência ou oportunidade de resolução de um problema regulatório. Após são realizadas as coletas de dados, consultas e interações com as entidades sociais para preencher os

seguintes quesitos mínimos: a) identificação do problema regulatório com suas causas e extensão; b) identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços e dos demais atores afetados pelo problema regulatório; c) identificação da fundamentação legal correlata; d) definição dos objetivos a serem alcançados; e) descrição das alternativas possíveis; f) exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas; g) as contribuições provenientes de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios; h) mapeamento da experiência internacional congênera; i) identificação e definição dos efeitos e riscos; j) comparação das alternativas, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida; e, por fim, k) descrição da estratégia para implementação, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação à sociedade e consolidadas as interações com as entidades.

Além disso, fundamenta o processo decisório da regulação durante a avaliação prévia, elucida o racional da decisão por meio de três perguntas centrais: qual o problema a ser enfrentado? Qual o objetivo a alcançar? E quais são as ações possíveis e mais adequadas? (OCDE, 2020). Desse modo, não é um mero formulário de acompanhamento, e sim, uma ferramenta administrativa-política da seara regulatória.

A AIR possui duas faces: De um lado, é ferramenta de governança, um instrumento que interessa ao ciclo de políticas na medida em que na sua estruturação há dados indicativos do caminho percorrido pelo administrador na definição do problema, formação das alternativas de ação (ou não-ação) e métodos de escolha, consubstanciando também o monitoramento das ações planejadas. De outro, é ferramenta de avaliação prévia, conseqüentemente impõe à Administração Pública uma avaliação mais criteriosa antes de formulada a norma regulatória, dificultando a inserção excessiva de regulamentações no ordenamento jurídico brasileiro.

Em ambas as faces, há a concretização dos direitos de liberdade econômica ao exigir do ente público um racional que explicita o porquê e o para quê das decisões tomadas, de modo a tornar mais transparente e controlável a intervenção do estado na economia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho contribuiu para a construção teórica do princípio da subsidiariedade: sua origem, fundamentação constitucional, propósito e correlação com a ordem social e econômica. Embora positivado na Lei de Liberdade Econômica nº 13.874/2019, a doutrina brasileira peca no desenvolvimento de sua densidade teórica, tal aprofundamento pode fortalecer o sistema de garantias à liberdade econômica.

O Princípio da Subsidiariedade, ou da Intervenção Subsidiária e Excepcional do Estado no Domínio Econômico, está previsto no art. 2º, inciso III, e possui duas facetas: uma passiva e outra ativa.

A face passiva do princípio da subsidiariedade reflete o seu caráter limitador da ingerência estatal em atividades que podem ser titularizadas pelos particulares. Já a face ativa determina a obrigatoriedade do Estado de intervir no domínio econômico, quando a iniciativa privada se mostrar ineficiente na resolução das suas próprias demandas.

A Lei nº 13.874/2019 construiu todo um sistema para limitar a intervenção estatal excessiva e ineficiente, seja por meio da declaração de direitos, imposição de garantias, destaque à figura do abuso regulatório ou ainda por meio da Análise de Impacto Regulatório cujo objetivo é fornecer o racional que sustenta as decisões de inserção (ou não) de normas econômicas.

Portanto, concluímos que a Análise de Impacto Regulatório se apresenta como um dos instrumentos, a serviço do Estado, que melhor concretiza o princípio da subsidiariedade, pois traz um limite ao regulador na medida em que ele deve explicar o porquê da proposição normativa, bem como tornar mais transparente e controlável a intervenção do estado na economia.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.874/2019. Lei de liberdade econômica.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. **Regulamenta a análise de impacto regulatório**, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro, e o art.6º da Lei 13.848, de 25 de junho de 2019. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 30 jun. 2020

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito Societário e Regulação Econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

CYRINO, André. **Direito Administrativo de carne e osso**: estudos e ensaios. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

ELALI, André. **Incentivos Fiscais Internacionais**: Concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado. São Paulo: Quartier, 2010.

GABARDO, Emerson. Papel do Estado e o Mito da Subsidiariedade. **Gestão Pública dos Entes Federativos**: Desafios Jurídicos de Inovação e Desenvolvimento. Irene Patrícia Nohara (coord). São Paulo: Clássica, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GICO Jr., Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: Economic Analysis Review, v.1, n.1, p.7-32, jan-jun, 2010.

MACKAAY, Ejan. **Análise Econômica do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 11. Ed. São Paulo: Thonsom Reuters, 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT\_\_\_\_\_. **OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Paris: 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **The Governance of Regulators**. Paris: OCDE, 2014.

\_\_\_\_\_. **The Design and Use of Regulatory Checklists in OECD Countries.** Paris: Puma Publications, 1993, p.18-33.

EUROPEAN COMMISSION. **Regulatory Scrutiny Board.** Annual Report 2017. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/rsb-report-2017\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/rsb-report-2017_en.pdf). Acesso em: 10.05.2020.pp-13-14.

SAAD, Amauri Feres. **Liberdade das Formas nas Contratações Públicas.** 2. Ed. São Paulo, 2021.

\_\_\_\_\_. **Do Controle da Administração Pública.** São Paulo, 2018.

\_\_\_\_\_. **Regime Jurídico das Políticas Públicas.** São Paulo, 2015.

STOBER, Rolf. **Direito administrativo econômico geral.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 263

# ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO OU DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO? POSSÍVEIS ENFOQUES E DISTINTAS ABORDAGENS METODOLÓGICAS

*Fillipe Azevedo Rodrigues<sup>1</sup>*

*Luciana Yeung<sup>2</sup>*

## **Resumo**

Para compreender a real importância da Análise Econômica do Direito (AED), é necessário perceber a multiplicidade de métodos e objetos de pesquisa compreendidos no movimento. Este artigo, em particular, tem por

---

<sup>1</sup> É professor da Universidade Potiguar (UnP) e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Doutor em Educação (UFRN) e Mestre em Constituição, Regulação e Desenvolvimento (UFRN), além de pesquisador líder em AED Penal pelo Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais (GPCrim) da UnP e investigador em *Capital, Labour, Tax and Trade* pelo Instituto Jurídico Portucalense (IJP – Portugal). *E-mail*: fillipe.rodrigues@unp.br.

<sup>2</sup> É Professora Associada I e coordenadora do Núcleo de Análise Econômica do Direito do Insuper, Doutora em Economia pela EESP-FGV-SP, Mestre em Economia Aplicada pela University of Wisconsin-Madison, membro-fundadora e ex-presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia), diretora da ALACDE (Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia) e editora-chefe da Revista de Análise Econômica do Direito (RAED). *E-mail*: lucianay@insper.edu.br.

objetivo apresentar as distintas frentes de análise econômica que resumem a produção científica brasileira: AE da Administração da Justiça e AE dos Contratos, Normas e Decisões. As distintas abordagens metodológicas e a eleição de objeto devem ser delimitadas com clareza na produção científica em AED, afastando má-compreensões sobretudo no meio forense, sem reduzir o movimento ao estereótipo *eficientista com linguagem estatística inacessível*.

**Palavras-Chave:** Análise Econômica do Direito. Métodos e objetos de pesquisa. Administração da Justiça e Ordenamento Jurídico.

### **Abstract**

To understand the real importance of the Economic Analysis of Law (AED), it is necessary to realize the multiplicity of methods and research objects included in the movement. This article, in particular, aims to present the different fronts of economic analysis that summarize Brazilian scientific production: AE for the Administration of Justice and AE for Contracts, Rules and Decisions. The different methodological approaches and the choice of object must be clearly delimited in scientific production in AED, removing misunderstandings, especially in the forensic environment, without reducing the movement to an efficientist stereotype with inaccessible statistical language.

**Keywords:** Law and Economics. Research methods and objects. Administration of Justice and Law.

## **1 INTRODUÇÃO**

Há pouco mais de um ano, publicamos um artigo intitulado “A (real) importância da Análise Econômica do Direito”, que tinha por objetivo es-



clarecer uma série de equívocos na compreensão do movimento Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito (AED).

A repercussão do texto nos motivou a dar continuidade na discussão, desta vez a respeito dos distintos objetos que podem ser considerados parte da AED, uns mais detidos à zona de interdisciplinaridade entre Direito e Economia e outros dirigidos a diagnosticar e avaliar a gestão do Poder Judiciário.

A começar pelo último, o Poder Judiciário é, antes de tudo, uma organização do setor público, que requer gestão organizacional para o alcance de seus propósitos institucionais. A gestão deve buscar o ponto ótimo na alocação de recursos (públicos) para alcançar a entrega da jurisdição.

Os recursos necessários para o funcionamento da organização estão vinculados, sobretudo, à despesa com pessoal, magistrados, servidores e empregados terceirizados, havendo, ainda, a necessidade de custeio e investimento em infraestrutura e tecnologia.

A tendência, a propósito, é a manutenção dessa estrutura de gastos, afinal o crescente investimento em tecnologia impacta mais na redução da despesa com infraestrutura (despesas com energia elétrica, manutenção predial e novas instalações físicas) do que na despesa com pessoal, conforme se verificou durante a pandemia de Covid-19.

## **2 ALOCAÇÃO ÓTIMA DE RECURSOS ESCASSOS E PODER JUDICIÁRIO**

A alocação dos recursos públicos tem por finalidade viabilizar a prestação jurisdicional, que decorre da garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário para levar ao conhecimento de juiz imparcial eventual lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXIV, a, XXXV e XXXVII).

Nesse sentido, em 1.º de julho de 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.º 198, dispondo sobre “o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário”, documento em que reiterou a missão do Poder Judiciário, qual seja “realizar justiça”, e a visão de “ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social” (BRASIL, 2014).

A razão de ser de um Poder Judiciário, portanto, não fica muito distante do senso comum de “fazer cumprir as leis”, “garantir os direitos”, “resolver conflitos” e “dar-nos segurança” para o convívio em sociedade (RODRIGUES, 2021a).

A sensação geral, por outro lado, é de crítica ao gasto público elevado frente a uma percepção de pouco retorno. O preço é alto e o benefício não o justificaria (RODRIGUES, 2016).

Os principais motivos para essa percepção social são a lentidão em decidir e solucionar os conflitos, o custoso e elevado número de servidores auxiliares da Justiça e a constante mudança de paradigma, isto é, os tribunais brasileiros “não se entendem” e decidem muitas vezes de modo diverso e por critérios mais variados possíveis.

Nesse contexto, o CNJ atualizou os macrodesafios do Judiciário para o intervalo 2021-2026, cujos principais eixos são: (i) sociedade (ex.: fortalecimento da relação institucional do Judiciário com a sociedade); (ii) processos internos (ex.: aperfeiçoamento da gestão administrativa e da governança judiciária); e (iii) aprendizado e crescimento (ex.: fortalecimento da estratégia nacional de TIC e de proteção de dados) (BRASIL, 2021a).

Em suma, pretende-se aproximar o Judiciário da sociedade, aperfeiçoando sua gestão e governança por intermédio de uma estratégia nacional de tecnologia da informação e comunicação.

A governança judiciária requer avaliação, direcionamento e monitoramen-

to, ao passo que a gestão implica em planejamento, execução e controle de uma prestação jurisdicional orientada por resultados (agilidade e produtividade).

Os valores que inspiram as dimensões de estratégia organizacional e *accountability* são a “acessibilidade, agilidade, credibilidade, eficiência, ética, imparcialidade, inovação, integridade, segurança jurídica, sustentabilidade, transparência e responsabilização” (BRASIL, 2021a).

O Judiciário brasileiro, conforme o mesmo documento, define-se também como responsável por conceber e executar políticas públicas de “prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos”. Esse macrodesafio, em particular, expande as ações para além da competência típica de inércia da jurisdição para conhecer de conflitos na perspectiva heterocompositiva (BRASIL, 2021a).

A Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, há 10 anos, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, prevendo, desde sua redação original, a cooperação com “instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos” (BRASIL, 2010).

Prevenir conflitos e sedimentar a cultura da consensualidade passa pela alocação de recursos do Judiciário fora dos Tribunais e, internamente, em atividades não convencionais, sobretudo aquelas de caráter formativo – “nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento”.<sup>3</sup>

Trata-se de uma guinada institucional para condução de políticas públicas pelo Poder Judiciário, orientadas por seus macrodesafios e valores institucionais, que requer a permanente avaliação de resultados.

---

<sup>3</sup> Redação do art. 6º, V, da Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010. (BRASIL, 2010)

### 3 ANÁLISE ECONÔMICA DO JUDICIÁRIO E DO DIREITO

A academia despertou para problemas de pesquisas com esse cariz, notadamente a análise econômica da gestão judiciária. Um bom exemplo é o recém realizado Encontro de Administração da Justiça (Enajus) 2021, cuja finalidade foi “gerar e disseminar conhecimentos capazes de melhorar os níveis de eficiência e de efetividade da Justiça”, reconhecendo que os “sistemas de justiça são, regra geral, caros, congestionados, lentos e poucos efetivos” (ENAJUS, 2021).

Em regra, tal análise econômica tem por objeto avaliar as eficiências alocativa e dinâmica da gestão de processos internos e gestão de pessoas sobretudo, considerando, por exemplo, os riscos operacionais e cibernéticos de um Poder Judiciário digital.

Durante o ano de 2020, com a expansão do teletrabalho devido à pandemia, a produtividade dos juízes associada à informatização foi destacada no relatório Justiça em Números 2021 (BRASIL, 2021b):

O IPM e o IPS-Jud variaram negativamente no último ano de 2020 em relação a 2019, em -22% e -21,7%, respectivamente. A queda tanto da carga de trabalho quanto do índice de produtividade por magistrado(a) em 2020 ocorreu na Justiça Estadual, na Justiça do Trabalho, na Justiça Federal e na Justiça Militar Estadual. Os Tribunais Superiores, a seu turno, apresentaram crescimento na carga de trabalho com leve queda na produtividade, conforme Figura 61. Há grande correlação entre a queda da carga de trabalho e do índice de produtividade, o que demonstra que a queda da produtividade não refletiu em aumento da carga de trabalho ou de acervo, provavelmente em de-

corrência da pandemia da covid-19. (...). Um dos grandes avanços alcançados durante o ano de 2020, a seu turno, consiste na elevada tendência de informatização da Justiça brasileira, apresentando consideráveis índices de informatização de sua atividade finalística. Nesse ano, apenas 3,1% do total de processos novos ingressaram fisicamente e foram recebidos 21,8 milhões de casos novos eletrônicos.

As metodologias de *data envelopment analysis* (DEA) para avaliação do impacto da informatização, as fronteiras estocásticas de acervo e a análise de produtividade/recorribilidade condizem com um recorte epistemológico próprio da *Análise Econômica da Administração Judiciária*, que vem se desenvolvendo no país como um sub-ramo da AED. Em nosso país, trabalhos nessa linha tiveram início no fim da primeira década dos anos 2000<sup>4</sup>, mas ganharam um ímpeto que, hoje, traduz-se em dezenas de trabalhos acadêmicos realizados todos os anos, vários com apoio do próprio CNJ<sup>5</sup>.

O termo Direito em AED é, portanto, assimilado numa perspectiva holística, incorporando o estudo da governança das organizações judiciárias e suas análogas: Ministério Público, Defensoria Pública, Escolas Judiciais, Centros Judiciários de Solução de Conflitos etc.

No entanto, registre-se que, originariamente, a literatura estrangeira de *Law and Economics* costuma delimitar o objeto da análise econômica em duas dimensões consequencialistas: teorias da decisão e da regulação. O Direito, aqui, possui significado muito mais próximo de sua concepção

---

4 Vide YEUNG, Luciana L.; AZEVEDO, Paulo F. “Measuring efficiency of Brazilian courts with data envelopment analysis (DEA)”. *IMA Journal of Management Mathematics*, v. 22, n. 4, p. 343-356, 2011.

5 Além de referenciar a trabalhos utilizando a metodologia DEA em diversos de seus relatórios “Justiça em Números”, o CNJ promove pesquisas com fins de melhoria na gestão judiciária. Em 20 de outubro de 2021, realizou um evento virtual, onde foram apresentados trabalhos selecionados sobre gestão judiciária, empregando a DEA como metodologia principal. O evento pode ser acessado em: <https://www.youtube.com/watch?v=oLswCBId5I>

dogmática, isto é, norma jurídica. Manifesta-se como estrutura de incentivos presente em contratos, atos normativos e, sobretudo, em decisões judiciais ou administrativas.<sup>6</sup>

No país, essa abordagem mais restrita do alcance da AED está presente nos arts. 20 a 30 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), bem como na Lei Federal n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, especialmente no que diz respeito à análise de impacto regulatório (art. 5º):

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

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

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

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se po-

---

6 Algumas obras que servem de referência: POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010; POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: Aspen Publishers, 2010; POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

dendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (LINDB, 2010)

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (LLE, 2019)

Esse viés tradicional da análise econômica do ordenamento jurídico e das decisões judiciais e administrativas pode ser identificado como outro sub-ramo da AED, uma AED em sentido estrito.

É importante observar que há campos de interseção entre os sub-ramos, afinal analisar o impacto macrorregulatório produzido pelo Judiciário, na construção imprecisa de seus precedentes, envolve aprofundar a pesquisa tanto em jurimetria quanto na teoria da decisão. Eis um exemplo que justifica preservar homogênea a designação de ambos os sub-ramos como AED.

Não obstante, em meio a constantes confusões a respeito de conceitos e teorias da AED, compreensões equívocas sobre análise normativa e positiva, bem assim uma apropriação de um método analítico como mais uma doutrina jurídica retórica, convém observar a necessidade de clareza metodológica nas pesquisas em Direito e Economia (YEUNG e RODRIGUES, 2020).

Ao jurista cabe delimitar com precisão seu objeto de pesquisa e o respectivo referencial metodológico, evitando incompreensões do

fenômeno interdisciplinar sob estigmas de eficientismo e infundadas vinculações do método a vieses ideológicos.<sup>7</sup>

Há quem possa associar toda a diversidade da AED a relatórios como o Justiça em Números do CNJ. E a difusão qualificada do movimento metodológico requer a superação dessa limitação conceitual, sobretudo no meio jurídico.

Para tanto, a adoção da Classificação JEL (AMERICAN ECONOMIC ASSOCIATION, 2021) e de seus respectivos códigos C (*Mathematical and Qualitative Methods*), D (*Microeconomics*), H (*Public Economics*), I (*Health, Education and Welfare*), J (*Labor and Demographic Economics*) e K (*Law and Economics*) nas publicações científicas tende a endereçar melhor as pesquisas positivas e normativas seja em Análise Econômica da Administração da Justiça seja em Análise Econômica dos Contratos, Normas e Decisões.

As produções com métodos quantitativos, assim, podem se aproximar do universo jurídico sem levar à conclusão precipitada de que o ferramental metodológico da AED se restringe a conhecimentos estatísticos e de econometria. Perceber sobre AED não requer necessariamente competências relacionadas com matemática aplicada. Essa revelação funciona como um excelente cartão de visita para o movimento no meio jurídico, inclusive para os métodos quantitativos.

---

<sup>7</sup> No âmbito das ciências criminais, a Economia do Crime e a AED Penal são confundidas como uma mesma abordagem teórico-metodológica e associadas ao estigma do “eficientismo penal”, incompatível com o devido processo legal e demais garantias constitucionais de investigados, acusados e apenados pela prática de crime. Obviamente, trata-se de uma visão inconsistente das áreas. Ver mais a respeito em: **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. (RODRIGUES, 2021b).



## 4 CONCLUSÃO

A ruptura com um Direito excessivamente idealizado e reprodutor de externalidades socioeconômicas perniciosas é possível através da incorporação de conceitos elementares, tais como escolha racional, trade off, teoria dos jogos, agência, captura e consequencialismo nas decisões. Para isso, a compreensão dos sub-ramos da AED e das escolas existentes (neoclássica, comportamental, neoinstitucional, neuroeconômica etc.), estruturadas em um currículo de formação juseconômica do magistrado, advogado, promotor e do próprio economista, conduz a uma visão sistêmica e a um incremento didático desse campo de investigação e produção de conhecimento-desenvolvimento.

Ganha a AED brasileira, o Judiciário ao se tornar mais eficaz e eficiente o funcionamento da justiça para a população, as demais instituições e, com especial destaque, a sociedade, a quem se destina os resultados reveladores dos estudos juseconômicos sobre a dinâmica forense, tudo com vistas à garantia da segurança jurídica e da pacificação social.

## REFERÊNCIAS

AMERICAN ECONOMIC ASSOCIATION. **JEL classification codes guide**. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/jel/guide/jel.php>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Macrodesafios 2021-2026**. Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/processo-de-formulacao/macrodesafios-2021-2026/>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução n.º 198, de 1.º de julho de 2014**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_198\\_2014\\_copiar.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_198_2014_copiar.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)>. Acesso em: 6 dez. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ENAJUS. **Sobre o Enajus 2021**. Disponível em: <<https://www.enajus.org.br/pt/sobre-o-enajus>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

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

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: Aspen Publishers, 2010.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **A cara odisseia judiciária brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do Direito Penal**. 2<sup>a</sup> ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2021b.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Formação de docentes da magistratura formadores de um juiz de novo tipo e suas representações**. 2021. 189f. Tese (Doutorado em Educação) - Centro de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021a.

YEUNG, Luciana L.; AZEVEDO, Paulo F. “Measuring efficiency of Brazilian courts with data envelopment analysis (DEA)”. **IMA Journal of Management Mathematics**, v. 22, n. 4, p. 343-356, 2011.

YEUNG, Luciana; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **A (real) importância da análise econômica do Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/yeung-rodriques-analise-economica-direito>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

# Seminário de Direito e Economia do Nordeste



**RIO GRANDE DO NORTE**

R. Barão de Serra Branca, s/n,  
Candelária • Natal/RN • 84 4008.9400  
Site: [oabrn.org.br](http://oabrn.org.br) • [@oabrnoficial](https://www.instagram.com/oabrnoficial)

ISBN: 978-65-00-35995-4



9 786500 359954