

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Édison Luís Corso

**Considerações Sobre a Eficiência, Segundo a Visão da Economia, e sua
Repercussão Jurídica**

Porto Alegre

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Édison Luís Corso

**Considerações Sobre a Eficiência, Segundo a Visão da Economia, e sua
Repercussão Jurídica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista.

Orientador: Prof. Dr. **César Viterbo Matos Santolim**

Porto Alegre

2013

Considerações Sobre a Eficiência, Segundo a Visão da Economia, e sua Repercussão Jurídica

Considerations for Efficiency by a Vision for Economic, Juridical and their Repercussion

Resumo

Nos organismos sociais indivíduos desenvolvem atividades que são avaliadas pela economia e regradas por normas jurídicas. O estudo de ambas, no entanto, costuma ser feito de modo apartado. Propugna-se que o uso de ferramentas econômicas na aplicação do direito não conduz à submissão deste por aquelas, mas propicia a edição de normas jurídicas e decisões judiciais vocacionadas à maior eficiência. Inclusive descortinando horizontes para que o jurista obtenha conhecimentos de outras áreas, que não jurídica, para ter a dimensão da repercussão econômica das decisões judiciais.

Palavras-chave: Eficiência. Análise Econômica do Direito. Teoria dos Limões.

Abstract

In social organisms individuals develop activities that are evaluated by the economy and ruled by legal standards. The study of both, however, is usually done so separated. Advocates that the use of economic tools in law enforcement does not lead to this submission by those, but provides the issue of legal rules and judicial decisions geared at efficiency. Even revealing horizons so that the jurist obtain knowledge from other areas, not juridical, to get the dimension of economic impact of judicial decisions.

Keywords: Efficiency. Economic Analysis of Law. Theory of Lemons.

Sumário

1	Introdução	4
2	A eficiência	7
	2.1 A visão imperialista.....	10
	2.2 Eficiência e Justiça.....	16
3	A apuração da eficiência	18
	3.1 A eficiência na cena econômica.....	21
	3.1.1 Assimetria de Informações (os limões, a educação, os seguros).....	22
	3.2 A eficiência na cena judiciária.....	31
	3.2.1 A fiança na locação.....	32
	3.2.2 Planos de saúde e reajuste por idade.....	33
	3.2.3 Juros bancários – Tabela Price.....	39
	3.2.4 Juros bancários – Comissão de Permanência.....	48
4	Conclusão	51
5	Referências	54

1. Introdução

No contexto social exsurtem duas poderosas vertentes orientadoras das relações humanas; a do convívio e a do desenvolvimento. Conforme uma sociedade experimenta o aumento de seu contingente humano e empreende maior desenvolvimento, intensifica e especifica o refinamento e aprofundamento dessas duas vertentes, de modo que as relações de convívio desaguam na matéria-prima do regramento jurídico e a necessidade de desenvolvimento demanda o estabelecimento de estudos econômicos. A noção de progresso se apóia na crença de que o aumento do conhecimento e o avanço da espécie, ao menos a longo prazo, andam juntos. ANDRÉ LARA REZENDE escrevendo sobre a obra *The Rational Optimist*, de Matt Ridley, anotou que Ridley sustenta que a humanidade se tornou uma máquina coletiva de resolver problemas, uma máquina que resolve desafios através da mudança na forma de ser e agir, uma máquina que funciona através de inovações e invenções. Acrescenta ainda que, para Ridley, essas inovações são estimuladas pelo mercado, pela escassez que eleva preços e estimula o desenvolvimento de alternativas e os ganhos de eficiência¹.

Não obstante o influxo econômico inerente aos agrupamentos humanos e a premente necessidade do estabelecimento de normas de convívio, inclusive as relativas às relações negociais que estimulam e limitam as relações de mercado, as disciplinas jurídicas e econômicas não têm tradição de estudo conjunto na face ocidental. ROGÉRIO GESTA LEAL² anota a constatação feita por Robert D. Cooter sobre essa dissintonia:

1 REZENDE, André Lara. Artigo intitulado A Propósito do Otimismo, Revista Piauí, 76, janeiro de 2013, pág.14.

2 LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais : aspectos introdutórios. Brasília. ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2010, pág. 20.

La maggior parte dei giuristi non sapeva nulla di matemática, e anche ai pochi che ne capivano qualcosa raramente capitava di utilizzare l'analisi marginalistica. Il calcolo dell'equilibrio, la valutazione dei coefficienti di regressioni; analogamente, gli economisti avevano poco a che fare con il método problematico-casistico o con i commentari del Codice Civile.

2. A eficiência

Contudo, na segunda metade do século XX esse quadro passou a receber novas matizes, a partir de estudos de Richard Posner, que criou fama internacional ao concatenar de forma criativa o que foi descrito, nas palavras de Robert Cooter, como a junção de duas “correntes oceânicas”: a tradição jurídica, e a tradição econômica. Posner trilhou caminhos que pudessem formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se deu a partir da disciplina modernamente conhecida como *Law & Economics*, no Brasil geralmente referida como *Análise Econômica do Direito* ou simplesmente *Direito e Economia*³.

Consoante descrito por BRUNO M. SALAMA⁴, a primeira fase a obra de Posner vai do início dos anos 1960 a fins dos anos 1970. A obra se constrói em torno de uma hipótese de natureza eminentemente histórica. Trata-se da hipótese de que a *Common Law* tenha evoluído nos Estados Unidos no sentido de prover regras eficientes à sociedade americana. A obra emblemática deste período é o clássico *Economic Analysis of Law*, editada pela primeira vez em 1973, informa.

Economic Analysis of Law é uma obra centrada na tentativa de sistematização do direito norte-americano a partir da análise microeconômica. O ponto de partida consistiu em identificar o que lhe pareciam ser as três forças motrizes da *Common Law*. Primeiro, o direito da propriedade, que da ótica econômica se ocuparia de criar e definir os “direitos de exclusividade” sobre recursos escassos. Segundo, o direito contratual/obligacional, que se ocuparia de facilitar os intercâmbios voluntários desses “direitos de exclusividade”. Da ótica econômica, a transferência de tais direitos para os indivíduos com maior disposição de pagar

3 SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*. <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/> – consulta em 04/12/2012

4 Loc.cit.

permitiria a geração de valor. Terceiro, o direito da responsabilização civil, tomado em sentido amplo. Este, da ótica econômica, se ocuparia de proteger os “direitos de exclusividade”, inclusive o direito de exclusividade sobre o próprio corpo. Tomados em conjunto, essas três forças motrizes forneceriam o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

A narrativa do livro está centrada na hipótese histórica de que a formação da *Common Law* possa ser entendida como uma resposta dos juízes para tornar as normas cada vez mais eficientes. Mas Posner não procura demonstrar que toda decisão ou doutrina do *Common Law* seja necessariamente eficiente. Para Posner, a hipótese da evolução da *Common Law* americana no sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema social de alguma forma voltado à maximização da riqueza da sociedade. Então, a *Common Law* norte-americana refletiria um arcabouço jurídico que permitiria que o sistema econômico fosse cada vez mais próximo dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria.

Um princípio de eficiência alocativa requer que a propriedade possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível. Daí por que o direito negue efeitos aos atos cometidos sob coação. Pensemos na situação de um indivíduo que, estando sob a ameaça de uma arma de fogo, se vê diante a opção de ser assassinado ou assinar um determinado contrato. Este contrato não é válido, e os tribunais lhe negarão efeito. Por quê? O motivo certamente não é o de que o indivíduo assinara o contrato de maneira involuntária. Afinal, o indivíduo provavelmente estava bastante ansioso para assinar o contrato o quanto antes (e assim fugir da ameaça da arma!). O motivo de se negar efeitos aos atos sob coação está, segundo Posner, no fato de que o reconhecimento de atos sob coação tenderia a reduzir o produto social, pois incentivaria tanto a realização de ameaças físicas como prática usual de negócios quanto os investimentos em defesa dessas ameaças. Sabe-se que negócios sob ameaça não são eficientes. Se fossem, as partes entrariam em acordo independentemente da ameaça física. Mas o indivíduo sob ameaça somente pode negociar

com o que lhe faz a ameaça. Por isso, conclui Posner, a coação funciona como um “monopólio situacional”.

Numa segunda fase, chamada *eficientista*, Posner defendeu que o Direito da Concorrência devesse ser encarado como um instrumento para a promoção do bem-estar, e que a própria Economia do Bem-Estar (*welfare economics*) seria o guia analítico mais adequado. Embora Posner não utilize a expressão “teoria de justiça”, ele utiliza a expressão “teoria moral” (*moral theory*), que por sua vez é aplicada especificamente a questões jurídicas.

Em síntese, a teoria de justiça “eficientista” de Posner se resume à idéia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade. Esta visão permitiria “uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si.” O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e., eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas.

A eficiência como fundação ética para o Direito é uma tese radical. Richard Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970. Posteriormente, em 1981, esses escritos foram consolidados e expandidos em um livro cujo título é bastante sugestivo, *The Economics of Justice*. Nesta obra, Posner defendeu que a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas deveria ser a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade. Isto levaria à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seria fundacional ao Direito, no sentido de que poderia ser o critério ético que viesse a distinguir regras justas de injustas.

Em 1990, no livro “Problemas de Filosofia do Direito”, Posner finalmente aban-

donou a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito. A teoria da maximização da riqueza, escreveu Posner, “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”. E, deste modo, Posner reviu sua posição: ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, Posner pôs a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo americano.

Ao converter-se ao pragmatismo jurídico, Posner completou um grande círculo. Após trilhar um caminho de discussão da relação entre direito e economia, Posner primeiro propôs que a economia poderia ser o “farol” do direito; diante de contundentes críticas, deu-se conta de que isso não seria possível. E, então, voltou ao pragmatismo jurídico, de Pierce e do seu “ídolo”, o juiz Benjamin Cardozo. Retornou assim ao seio da teoria jurídica predominante na academia americana do começo do século XX.

O pragmatismo de Posner não é um pragmatismo filosófico; é um praticismo. É a arte de viver sem fundações. Ao se filiar ao pragmatismo jurídico, Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o direito. O direito é para Posner algo instrumental e algo orientado para o futuro, mas mesmo o instrumentalismo não deve ser, diz Posner, guia para o direito. É possível optar-se por ser formalista – talvez até extremamente formalista – em bases pragmáticas. Se formalismo funcionar melhor, então sejamos formais.

Posner retoma toda a crítica à naturalização de conceitos jurídicos e propõe uma fundação para o direito calcada em três esteios: (1) um pragmatismo jurídico – e ele passa a dizer “agora sou pragmatista”; (2) o liberalismo clássico; (3) e a economia.

Diante dessas considerações BRUNO M. SALAMA conclui que, segundo sua per-

cepção, Posner, na realidade, questiona a noção de autonomia do direito em três níveis: (1) ele questiona a idéia de que possa haver uma autonomia do direito em face à sociedade, ou seja, que a doutrina jurídica evolui em resposta à própria doutrina jurídica. (2) Questiona, ainda, a noção de que haja uma autonomia do direito perante a sociedade e perante outras disciplinas. (3) E, ainda, vai mais longe, sugerindo que na sustentação da visão autônoma do direito há um jurista auto-interessado, preocupado antes de tudo em manter o monopólio da prática do direito. Nessa concepção, ao interpretar e aplicar a lei o juiz de direito deva sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, por outro lado, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito terão que continuar sendo uma arte, e não uma ciência.

2.1 A visão imperialista

Em que pese se tenha destacado no estudo conjunto do direito e economia, Posner não mereceu aplausos unânimes, pois há quem veja em sua teoria “a mais liberal e conservadora de todas as outras do "grande movimento conhecido como *Law & Economics*". Diz-se que há uma forte pretensão imperialista subjacente ao discurso do Reitor da Universidade de Chicago ao anunciar a nova iniciativa: "*Our goal, quite simply, is to transform legal systems around the world, and push the frontiers of knowledge forward*". Ainda, que eles pretendem forjar uma visão de mundo efficientista em juristas de todas as partes do globo (em especial em juristas do BRICS - Brasil, Rússia, Índia e China), fazendo com o que Judiciário se torne um instrumento de redução dos custos de transação e aumento da previsibilidade, calculabilidade e

eficiência no ambiente de mercado.⁵”

Para ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e JULIO CESAR MARCELLINO JR⁶ a década de 90 foi marcadamente fértil para o neoliberalismo. Em 1999 é lançada, nos Estados Unidos da América a obra ‘*The cost of rights*’, de Holmes e Sustain, obra que simboliza um importante marco para a propagandística implementação da perspectiva econômica do Direito, vista sempre a partir de sua repercussão econômica (de custos). Neste trabalho os autores discordam da tipologia estabelecida entre direitos negativos e direitos positivos, defendendo que os direitos sempre seriam positivos, independentemente de sua geração, pois sempre exigiriam do Estado uma atitude comissiva de proteção e/ou concreção do direito. Isto é, os direitos sempre implicariam um custo ao erário, a sociedade sempre seria onerada com os direitos, e por isso os Direitos Fundamentais deveriam sempre ser analisados sob esta ótica. A nova lógica, com a conseqüente e inevitável subordinação do Direito ao econômico, estabelece que as normas constitucionais que declaram e garantem Direitos Fundamentais passem a ser interpretadas sob a égide da relação custo-benefício. Considerando a escassez de recursos, defende-se que a racionalidade econômica é a que deve preponderar como parâmetro de proporcionalidade e razoabilidade para a busca do equilíbrio das contas públicas e o alcance da justiça social. O Direito, nessa perspectiva, passa a ser reduzido a mero ‘instrumental’ do econômico.

Com a utilização de conceitos como o da *Reserva do Possível*, dizem eles, ainda que cada qual ao seu modo, alguns membros dos tribunais superiores têm assumido, com o apoio de parte da doutrina, uma postura de consideração dos Direitos Fundamentais em relação aos seus custos frente ao erário, utilizando o argumento de ‘limitações orçamentárias do Estado’

5 ZANATTA, Rafael A. F.. - <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2011/11/law-and-economics-20.html>> – consulta em 04.12.2012

6 DA ROSA, Alexandre Morais *et alius*. Artigo intitulado Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. *in* <<http://www.abdconst.com.br/revista/ARTIGO%201.pdf>> – consulta em 21.01.2013

para sonegar alguns direitos à sociedade – especialmente diante de casos de concessão de direitos sociais. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal têm se manifestado pela possibilidade de o Estado negar o cumprimento de norma constitucional com base em limitações de sua Lei Orçamentária. Em outras palavras, trata-se do ‘econômico’ inviabilizando a garantia de direitos sociais, e tornando inefetivas as normas constitucionais fundamentais. Essa teoria de custos do direito foi também decisiva para a implementação da reforma de Estado brasileira que acabou por positivizar e ‘legitimar’ uma reclassificação dos Direitos Fundamentais a partir do próprio texto constitucional. Trata-se da Reforma Gerencial do Estado engendrada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, em plena era Fernando Henrique Cardoso, como apoio técnico de seu Ministro-Secretário Bresser Pereira (1998). Aqui, definitivamente, a ofensiva neoliberal se deu ‘por dentro’ da estrutura constitucional, provocando um verdadeiro reordenamento paradigmático no âmbito da Administração Pública.

Consideram que através da referida reforma de Estado foi inserido na Constituição o Princípio da Eficiência Administrativa, que acabou por se tornar não mais um mero princípio norteador da Administração Pública entre os demais do rol do art. 37 da Constituição da República. A eficiência administrativa, maquiada pelo cativante discurso de salvaguarda da ‘probidade do erário nacional’, passou a ser o principal e vinculador princípio constitucional, paradigma para todos os demais princípios da Administração Pública.

Ressaltam que a ação eficiente não foi erigida à condição de princípio constitucional por acaso. Foi o meio sutil que os economicistas encontraram para cooptar os legalistas – que reclamavam da falta de previsão constitucional para a implementação da lógica efficientista na Administração Pública – e transpor ao texto constitucional a marca epistêmica do neoliberalismo. Com a ação eficiente como parâmetro gerencial do Estado, provocou-se um verdadeiro giro epistemológico entre meios e fins, através da completa subversão da relação gregrário-antiga da causalidade pela relação de meios. A lógica da eficiência inadmite proje-

tos finalísticos como políticas públicas para concretização de justiça social, eis que defende a perspectiva de custos da Constituição.

Sustentam que com o modelo efficientista – e com a lógica custo-benefício que ela propugna –, tem-se no texto constitucional um grande anacronismo. Direitos Fundamentais Sociais exigem postura interventora e positiva do Estado que se chocam, pois, frontalmente, com o receituário de custos. O eficientismo busca um Estado mínimo, sonegador de direitos, em detrimento absoluto de um Estado social como o sonhado pelo constituinte de 1988. E reconhecer isso, torna-se fundamental para melhor compreender as manietações ideológicas e as nocivas repercussões da ascensão do econômico sobre o jurídico – que, de longa data, pretende se estabelecer.

O propósito reclassificatório dos Direitos Fundamentais, carreado pela lógica de custos, como visto, ainda precisava de um instrumental útil que pudesse remover um dos maiores obstáculos ao receituário da maximização de riquezas: o Direito compromissário. E isso ocorre através de um peculiar movimento chamado *Law and Economics*, de grande profusão no eixo anglo-saxão e de gradativa penetração nos países periféricos.

Entendem os articulistas que movimento *Law and Economics*, também conhecido por *Análise Econômica do Direito* (AED), surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, pugna pela aplicação dos modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito⁷. O movimento, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, tem como precursores e expoentes os professores Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale.

Esta corrente metodológica adota, além dos princípios do liberalismo econômico, a

⁷ Rogério Gesta Leal admite que na base deste movimento há também uma preocupação conservadora política e ideológica reativa ao ativismo judicial provocado pela Corte Warren nos Estados Unidos da América, implementador de direitos civis, políticos e sociais, gerando custos tremendos à economia capitalista e impactando as expectativas de lucro e renda da indústria e comércio desenvolvidos. (LEAL, Rogério Gesta, ob.cit., p. 2)

ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica e, por isso, pode ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.

A *Análise Econômica do Direito* procura analisar estes campos desde duas miradas: a) positiva: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e bem-estar, cujo critério é econômico de maximização de riqueza; e, b) normativa: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do bem-estar social, cotejando-se as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do bem-estar social – maximização de riqueza –, busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.

No Brasil, ponderam ainda Alexandre Morais da Rosa e Júlio César Marcellino, o sistema jurídico é acusado de ser um dos principais obstáculos ao crescimento econômico, especificamente pelos custos necessários para o *contractual enforcement* e o *contractual repudiation*, ou seja, de se constituir um obstáculo ao bem-estar do Mercado na ótica neoliberal. O custo país, entendido como todos os custos acrescidos ao da transação, aponta para a ausência de maior eficiência do Poder Judiciário na garantia dos dogmas (propriedade privada e contrato), já que estes elementos seriam fundamentais para o perfeito funcionamento do mercado. A deficiente qualidade do Sistema de Justiça é apontada como um dos fatores responsáveis pela estagnação econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial.

Exige-se, portanto, a revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e

da própria Constituição. Isto porque as Constituições da segunda metade do século passado são, em regra, compromissórias e voltadas à construção do Estado do Bem-Estar Social mediante o cumprimento de programas de redistribuição de riqueza, mitigação da pobreza, relativização da propriedade privada (função social, reforma agrária, etc...) e relativização da autonomia da vontade nos contratos (proteção ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas), enfim, buscava a garantia de Direitos Fundamentais.

O estabelecimento de um critério, no caso, a eficiência, entendida como a melhor alocação de recursos, na perspectiva do mercado (ordem espontânea), no território da AED, implica na avaliação das Instituições por suas consequências (custo/benefício). No âmbito do sistema judiciário, este cotejo acontece no registro (i) Macro: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e (ii) Micro: da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico. Em ambas dimensões se procura reler a estrutura e práticas do Sistema Judicial desde um ponto de vista específico, num embate que transcende a simples mudança de critério (jurídico para econômico), mas de tradições jurídicas (*common law* e *civil law*) e filosóficas diversas, pretendendo a unificação do discurso. De um lado indica ajustes estruturais no Poder Judiciário, inclusive com formas alternativas de resolução de conflitos (arbitragem e mediação), por outro, a partir do *pragmatic turn* refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da maximização de riqueza, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social. Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia.

A partir desta perspectiva, que vincula a racionalidade de 'Justiça' a *juízos* de eficiência, concluem Alexandre Morais da Rosa e Júlio César Marcellino que os Direitos Fundamentais não podem trazer consigo todo o suporte valorativo e material preconizado pelo projeto do segundo pós-guerra. Referem que tais direitos, 'instrumentalizados' por um novo arsenal que os interprete a partir da lógica custo-benefício é a AED. Esse movimento não

surge de modo desarticulado, dizem, pois, ele encarna o verdadeiro projeto de ascendência do econômico sobre o político usando como meio o Direito, através de todas as suas possibilidades normativas e linguísticas. Sem sombra de dúvida, no âmbito do Direito, a AED representa o maior risco de abalo da democracia, arrematam.

2.2 Eficiência e Justiça

Esse manifesto parece impelido pela descoberta da teoria da conspiração. Todavia, RAFAEL ZANATA, mesmo reafirmando sua concepção de que a Análise Econômica do Direito se constitui num projeto tipicamente imperialista, admite que “dominar a gramática econômica e utilizá-la para a concretização dos objetivos constitucionais através da melhor compreensão entre a relação do direito com a economia, inclusive as consequências econômicas das decisões judiciais, não é algo ruim.”⁸

Para repelir a demonização do projeto imperialista, BRUNO M. SALAMA⁹ adverte que não nos esqueçamos de que no campo jurídico não há preços explícitos; de que quase sempre faltam dados para se checar a acuidade das previsões econômicas sobre as consequências das controvérsias jurídicas; de que as hipóteses formuladas sobre os institutos jurídicos freqüentemente não são falsificáveis; de que os modelos microeconômicos por vezes desconsideram a interação entre normas jurídicas e normas sociais; e por fim: de que os aplicadores do direito, em regra, simplesmente não estão aptos a aplicarem o ferramental econômico¹⁰. E adverte: “nada disso invalida a possibilidade de que o profissional ou estu-

8 Op. cit.

9 SALAMA, Bruno Meyerhof. Artigo denominado De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? - *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 1, p. 4 - 6, Jan - Jun, 2010 - <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1461/1111>> - consulta em 21.01.2013

10 *Mutatis mutandis* trata-se do mesmo ensinamento de Cooter, antes referido, invocado por Rogério Gesta Leal.

oso do direito se valham de contribuições da economia. Muito pelo contrário. Parece-me que a economia seja, no mínimo, uma ferramenta crítica imprescindível nos dias de hoje. Em particular, a economia ilumina a relação entre meios jurídicos e fins normativos.”¹¹

Aos temores golpistas de Alexandre Morais da Rosa e Júlio César Marcellino, BRUNO M. SALAMA¹² responde lembrando que o estado regulatório de bem-estar social implantado no Brasil tem um forte componente ordenador e planejador. O artigo 174 da Constituição é, inclusive, expresso nesse sentido: “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.”

Isso quer dizer, na sua concepção, que, por um lado, a interpretação teleológica - aquela que busca enxergar os fins a que a norma visa atender - ganha força: sem se considerar a teleologia, a ação instrumental da burocracia não tem sentido prático. Por outro lado, esse pensamento teleológico requer freqüentemente a utilização de ferramentas não jurídicas que permitam pensar se a interpretação que se quer dar ao direito estará, de fato, atingindo os fins normativos desejados; ou se criará incentivos em sentido diametralmente oposto, como infelizmente é comum. E arremata: *o ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios.*

11 A propósito, André Lara Rezende refere que a grande maioria dos danos ecológicos, como a destruição da fauna, a poluição do ar, dos rios e dos oceanos (que amiúde constituem temas a serem enfrentados em debates judiciais) é exemplo de bens públicos nos quais não há custo para o indivíduo que deles desfruta, mas há um custo coletivo. Os bens públicos são o caso clássico da chamada falha de mercado. Bens cujo custo coletivo do consumo não é passível de ter preços determinados pelo mercado. (loc. cit.)

12 De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? ,Op. cit.

3. Apuração da eficiência

No que se refere à apuração da eficiência os estudiosos da análise econômica do direito costumam debruçar-se sobre dois conceitos básicos, consistentes na a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.

Explica BRUNO M. SALAMA¹³ que considerada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será ótima (isto é, eficiente) no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto¹⁴. Da perspectiva Paretiana, portanto, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos outro indivíduo piore a sua. Para compreensão do conceito, traz o seguinte exemplo: Suponha que A esteja disposto a pagar até \$1000 pela coleção de selos de B. Neste caso, sabe-se que coleção vale \$1000 para A (afinal, A estará indiferente entre ter a coleção de selos ou \$1000). Suponha que B esteja disposto a vender a coleção de selos por pelo menos \$900. Neste caso, sabe-se que a coleção vale \$900 para B (porque B estará indiferente entre ter a coleção de selos ou \$900). Assim, se B vender a coleção de selos para A por, digamos, \$1000, a riqueza da sociedade aumentará em \$100 (isto é, o valor econômico total da soci-

13 SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 1 (2012), nº 1, pág. 464 – in <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0435_0483.pdf>

14 É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando portanto indiferentes).

idade será incrementado em \$100).

E explica: antes da negociação, A tinha \$1000 em dinheiro e B tinha uma coleção de selos que valia \$ 900, representando uma riqueza total de \$1900. Após a venda dos selos, A tem uma coleção de selos que vale \$1000 para si, e B tem \$1000, e isso quer dizer que o valor total após a venda é de \$ 2000. Ou seja: com a venda desta coleção de selos, a riqueza da sociedade foi maximizada em \$ 100. Note que outros valores de venda não alteram a riqueza total que é gerada, pois se A pagar \$ 950 terá uma coleção de selos que vale \$ 1000 para si, e lhe sobrarão ainda \$ 50 (portanto A terá uma riqueza total de \$ 1050). B receberá \$950. No total, a riqueza da sociedade após a venda será também de \$ 2000.

Dessa ótica, a venda dos selos deixou a sociedade mais rica no valor de \$ 100, e por isso esta compra e venda maximizou a riqueza da sociedade. Então, se a venda foi consensual e não houve fraude nem coação, sabe-se que a utilidade para A da coleção de selos é maior do que a utilidade de \$ 950, e que a utilidade de \$ 950 é maior para B do que a coleção de selos. Daí por que, desde que não haja efeitos negativos sobre terceiros, a venda é uma melhora no sentido de Pareto. A chamada “ética de Pareto” está fundada na idéia de que somente mudanças baseadas em consenso – isto é, somente mudanças que causam melhoras de Pareto – seriam aceitáveis.

Observa o articulista, ainda, que no exemplo consideraram-se apenas os efeitos e motivações de A e B, que seriam os dois únicos envolvidos. Acontece que as interações econômicas costumam gerar efeitos sobre terceiros. Trata-se, no jargão da economia, da questão das “externalidades”¹⁵. Por causa das externalidades, o critério de Pareto oferece uma

15 ROGÉRIO GESTA LEAL lembra a observação de COASE (ob. cit. pág. 52) em que, dentre estas chamadas externalidades, encontra-se a questão da justiça e do bem estar do cidadão como direito fundamental. O exemplo que o autor dá aqui é o de que, por mais que se fixasse legalmente o direito de um condomínio exigir medidas ambientalistas de uma fábrica que estivesse poluindo o ambiente vivido, se os custos de remoção do condomínio fossem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica deveria pagar aos condôminos para que se mudassem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição, o que desconsidera por absoluto o bem jurídico do meio-ambiente a ser protegido e mesmo os aspectos não econômicos de transferência populacional do seu

solução apenas aparente – não uma solução real – para o problema da mensuração de utilidade.

Embora o critério de Pareto seja bastante útil para avaliar operações específicas (esta ou aquela compra de selos), ele é insuficiente para avaliar classes de operações. Por isso, lembra SALAMA, dada a quantidade de questões e de interesses envolvidos, será impossível identificar – muito menos negociar – a obtenção do consenso de todos os envolvidos¹⁶. Dessa forma, uma alteração na regulação de preços de um determinado mercado (afastamento de tabelamento, por exemplo) implicará no fato de que alguns ganharão e outros perderão. Conseqüentemente, a ética de Pareto (baseada em melhorias em que não há “perdedores”) é inaplicável à quase totalidade das questões envolvidas na política pública e no Direito, porque o consenso é geralmente inatingível¹⁷.

Considerando a potencialidade da existência de ganhadores e perdedores nos casos em que uma realidade de mercado seja alterada, complementa-se o critério da “ótima de Pareto” com o critério estabelecido por Kaldor-Hicks, também chamado Eficiência Potencial de Pareto, segundo o qual os perdedores devem ser compensados pelos vendedores, ainda que potencialmente. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam

habitat.

16 ROGÉRIO GESTA LEAL lembra que Pérsio Arida, seguindo as teses de Pareto e da economia contemporânea, adverte que normas editadas com o objetivo de impor valores terminam muitas vezes por distorcer o equilíbrio do mercado, uma vez que este, na ausência da norma, em tese, tem as propriedades do ótimo de Pareto, razão pela qual o impacto da norma, julgado do ponto de vista da geração de riqueza, é negativo. Exemplifica o autor com o caso de um drástico aumento no valor das locações residenciais causado por um grande aumento de demanda. Sabe-se, por regras do mercado imobiliário, que o mecanismo endógeno de equilíbrio destes produtos exige tempo, sendo que o alto valor da locação induz, mediante novas construções, um aumento na oferta de imóveis para locação até que se reencontre o equilíbrio de longo prazo. Se o legislador, no entanto, optar por proteger os inquilinos congelando o valor das locações residenciais, terminará por criar inúmeras distorções que afastam a economia do ótimo de Pareto. (in, Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios, pág. 58)

17 Nessa concepção, uma norma que estabelecesse um privilégio, ainda que repulsivo para a maioria da sociedade, não poderia ser alterada porque a alteração legislativa implicaria na imposição de perdas ao titular do privilégio.

compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores.

Essa compensação aos perdedores, além de meramente potencial, não necessita seguir-se ao prejuízo. Pode ser-lhe anterior. A idéia de compensação *ex ante facto* dada por BRUNO M. SALAMA¹⁸ pode ser mais facilmente compreendida através de um exemplo. Suponha que uma empresa decida fechar uma fábrica na cidade A e abrir uma nova fábrica na cidade B. Suponha, a seguir, que essa mudança faça com que o valor das propriedades na cidade B aumente, e na cidade A diminua. Isso quer dizer, portanto, que os demais moradores de B terão um ganho, e os de A terão uma perda. O critério de Pareto poderia sugerir que a mudança de endereço da fábrica somente seria eficiente se os moradores de A recebessem uma compensação (isto é, uma indenização correspondente à diminuição do valor de suas propriedades).

Contudo, os proprietários de A já podem ter sido compensados *ex ante facto* pelas suas perdas. Isso porque o preço de compra originalmente pago por suas propriedades na cidade A já refletia, de alguma forma, a possibilidade de que a fábrica um dia poderia mudar-se para outra cidade. Se fosse claro que a fábrica jamais poderia sair de A, o preço original de suas propriedades teria sido mais alto. A redução no preço originalmente pago pelas propriedades na cidade A seria, portanto, a própria compensação *ex ante facto*.

3.1 A eficiência na cena econômica

Os agentes e atores da atividade econômica empreendem diferentes ordens de negociações entre si cuja eficiência poderá ser medida segundo os conceitos de Pareto ou

18 História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner, pág.469

Kaldor-Hicks, também chamado Eficiência Potencial de Pareto. Todavia, essas relações, antes de serem realizadas e mensuráveis são baseadas em informações mais ou menos precisas e/ou confiáveis. Economistas como George Akerlof (Universidade da Califórnia, Berkeley), Michael Spence (Stanford University) e Joseph Stiglitz (Columbia University) contribuíram com ferramentas para analisar um amplo espectro de questões.

Por que as taxas de juros muitas vezes são tão altas nos mercados de crédito locais em países do Terceiro Mundo? Por que as pessoas que procuram um bom carro usado normalmente se voltam para um comerciante, em vez de um vendedor privado? Por que as empresas pagam dividendos, mesmo que sejam tributadas mais pesadamente do que os ganhos de capital? Por que é no interesse das companhias de seguros oferecer um menu de políticas com diferentes combinações de prêmios, cobertura e franquias? Por que ricos proprietários não correm o risco da colheita inteira em contratos com arrendatários pobres? Estas perguntas parecem familiares? A resposta preconizada a estas e outras indagações é que um lado do mercado tem uma melhor informação do que o outro. O mutuário sabe mais do que o credor sobre sua solvabilidade; o vendedor sabe mais do que o comprador sobre a qualidade de seu carro, o Executivo e Conselho de Administração de uma sociedade empresarial sabe mais do que os acionistas sobre a rentabilidade da empresa; os segurados sabem mais do que a companhia de seguros sobre o seu risco de acidentes; e arrendatários sabem mais do que o proprietário sobre a colheita e condições de seu esforço próprio trabalho.

3.1.1 Assimetria de Informações (os limões, a educação, os seguros)

Akerlof demonstrou como assimetrias de informação pode dar origem a uma seleção adversa nos mercados. Por exemplo, quando os compradores de automóveis têm informação imperfeita, vendedores de carros de baixa qualidade podem expulsar todos os outros (que não de

carros de baixa qualidade) de seu lado do mercado, sufocando transações mutuamente vantajosas. Spence demonstrou que os agentes econômicos informados podem ter incentivos para tomar medidas úteis para sinalizar credibilidade a sua informação privada para agentes desinformados, de forma a melhorar os seus resultados de mercado. A gestão de uma empresa pode assim suportar o custo adicional de dividendos, assim como para sinalizar alta rentabilidade. Stiglitz mostrou que os agentes mal informados indiretamente podem extrair informações daqueles que estão melhor informados, oferecendo um menu de contratos alternativos para uma transação específica, a seleção chamada através de auto-seleção. Assim, exemplificativamente, companhias de seguros são capazes de dividir seus clientes em classes de risco, oferecendo diferentes políticas onde prêmios mais baixos podem ser trocados por maiores franquias.

Akerlof em seu artigo *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (Akerlof, 1970), traz provavelmente a contribuição mais importante a literatura sobre a economia de informação. Este trabalho tem todas as características típicas de uma peça verdadeiramente seminal. Ele introduz uma idéia simples, mas profunda e universal, oferece inúmeras implicações interessantes e aponta para amplas aplicações. Seu ensaio analisa um mercado para um produto onde vendedores estão mais bem informados do que os compradores sobre a qualidade do bem; um exemplo é o mercado de carros usados. Desde então, “Limões” (um coloquialismo para carros defeituosos) tornou-se uma metáfora bem conhecida em todo vocabulário de economista. Akerlof estabelece um modelo para concluir que há diferenças na demanda em mercados com informações simétricas e assimétricas.

A ideia de Akerlof pode ser ilustrada por um exemplo simples. Suponha que um bem é vendido em unidades indivisíveis e está disponível em duas qualidades, de baixa e alta, em partes fixas λ e $1 - \lambda$. Cada comprador é potencialmente interessado em adquirir uma unidade, mas não pode observar a diferença entre as duas qualidades no momento da compra. Todos compradores têm a mesma avaliação das duas qualidades: uma unidade de baixa quali-

dade vale w^L dólares para o comprador, enquanto uma unidade de alta qualidade vale $w^H > w^L$ dólares. Cada vendedor sabe a qualidade das unidades que vende, e valores de unidades de baixa qualidade em $v^L < w^L$ de dólares e de alta qualidade em unidades $v^H < w^H$ de dólares.

Se existirem mercados distintos de qualidade baixa e alta, todos os preços entre v^L e w^L induziriam transações benéficas para ambas as partes no mercado de baixa qualidade, como faria com qualquer preço de v^H e w^H no mercado de alta qualidade. Este equivaleria a um resultado socialmente eficiente: todos os ganhos do comércio seriam realizados. Mas se os mercados não são regulamentados e os compradores não podem observar a qualidade do produto, vendedores sem escrúpulos de produtos de baixa qualidade optariam por negociar no mercado de de alta qualidade. Na prática, os mercados se fundem em um mercado único e com um mesmo preço para todas as unidades. Suponha que isso ocorre e que a avaliação do vendedor de alta qualidade excede a avaliação dos consumidores da valorização média. Algebricamente, neste caso, a desigualdade é representada pela expressão $v^H > w$, onde $w = \lambda w^L + (1 - \lambda) w^H$. Se o comércio pôs sob tais circunstâncias, os compradores tinham a expectativa (racional) de que a qualidade seria precisamente w . Em outras palavras, o preço do mercado não podia exceder w (assumindo que os consumidores são avessos ao risco ou risco neutro). Lojas com produtos de alta qualidade teriam assim de sair do mercado, deixando apenas uma seleção adversa de baixa qualidade de mercadorias; os limões¹⁹.

Akerlof não só explica como a informação privada pode levar a mau funcionamento

19 Análise econômica clássica desconsiderando informação assimétrica iria erroneamente prever que os produtos de ambas as qualidades seriam vendidos no mercado, a um preço próximo aos consumidores pela média da avaliação.

O protótipo de Akerlof revela que o resultado é geralmente referido como lei de Gresham: “Dinheiro ruim expulsa dinheiro bom. (Thomas Gresham, 1519-1579, foi conselheiro para a rainha Elisabeth I em questões monetárias), mas como Akerlof (1970) assinala, a analogia é um pouco manca, na Lei de Gresham; de ambos os vendedores e os compradores podem presumivelmente distinguir “bom” e “ruim” do preço.

dos mercados; ele também aponta para a frequência com que tais assimetrias informacionais ocorrem e suas conseqüências de longo alcance. Entre seus exemplos são a segregação social no mercado de trabalho e dificuldades para os idosos na compra de seguro médico individual. Akerlof enfatiza a procura de aplicações para o desenvolvimento de países. Um dos seus exemplos de seleção adversa é traçada a partir dos mercados de crédito na Índia na década de 1960, onde agiotas locais cobravam taxas de juros que foram duas vezes maiores como as taxas nas grandes cidades. No entanto, um atravessador tentando integrar-se entre estes mercados, sem conhecer a solvabilidade dos mutuários locais, corre o risco de atraí-los com perspectivas de pagamentos menores pobres e se torna passível de pesadas perdas.

Em um artigo posterior, *The Economics of Caste and the Rat Race and Other Woeful Tales* (Akerlof, 1976), Akerlof entra em uma discussão mais profunda sobre o significado de assimetrias informacionais nos mais diferentes contextos. Ele usa exemplos ilustrativos para mostrar como determinadas variáveis, chamados “indicadores”, não só fornecem importante eficiência melhorando a informação econômica, mas também podem provocar a economia a tornar-se presa em um equilíbrio indesejável. No caso de meeiro, se for caso de o arrendamento ser pago por uma parte fixa da colheita, o volume de produção do arrendatário atua como um indicador de seu esforço de trabalho na fazenda. Na linha de montagem numa fábrica, a velocidade da correia transportadora atua como um indicador de capacidade dos trabalhadores e pode, portanto, ser utilizado como um instrumento para distinguir entre os trabalhadores de diferentes habilidades.

À sua vez, Spence demonstra como agentes em um mercado podem usar de sinalização para neutralizar os efeitos da seleção adversa. Neste contexto, refere-se a sinalização ações observáveis tomadas pelos agentes econômicos para convencer a outra parte do valor ou qualidade de seus produtos. As principais contribuições de Spence eram desenvolver e formalizar esta ideia e para demonstrar e analisar as suas implicações. Uma percepção fundamental é que a sinalização só pode ter êxito se o custo de sinalização difere

bastante entre “os remetentes”. Pesquisas posteriores contém muitas aplicações que se estendem a teoria da sinalização e confirmam sua importância em diferentes mercados.

O papel seminal de Spence está em *Job Market Signaling* (Spence, 1973) e no livro *Market Signaling* (Spence, 1974) pois ambos lidam com a educação como um sinal no mercado de trabalho. Se um empregador não pode distinguir entre alta e baixa produtividade do trabalho na contratação de novos trabalhadores, o mercado de trabalho pode entrar em colapso em um mercado onde somente aqueles com baixa produtividade são contratados por um salário baixo – este é análogo à seleção adversa – resultado em Akerlof; onde resta somente o mercado de limões.

A análise de Spence sobre como a sinalização pode fornecer uma maneira de sair desta situação pode ser ilustrado por um pouco estendendo o simples exemplo acima, de Akerlof. Suponha primeiro que os candidatos a emprego (os “vendedores”) podem adquirir educação antes de entrar no trabalho mercado. A produtividade dos trabalhadores de baixa produtividade, w^L , está abaixo da dos trabalhadores de alta produtividade, os w^H , e as ações da população dos dois grupos são λ e $1-\lambda$, respectivamente. Embora os empregadores (os “compradores”) não podem observar diretamente a produtividade dos trabalhadores, podem observar seu nível de escolaridade. Educação é medida em uma escala contínua, e o custo necessário, em termos de esforço, despesas ou de tempo, para atingir cada nível é mais baixa para alta produtividade indivíduos. Para focalizar o aspecto da sinalização, Spence assume que a educação não afeta a produtividade do trabalhador e que a educação não tem valor de consumo para o indivíduo. Sendo iguais, o trabalhador escolhe assim tão pouca educação quanto possível. Apesar disso, sob algumas condições, de alta produtividade dos trabalhadores vão adquirir educação²⁰.

O modelo proposto por Rothschild e Stiglitz pode ser ilustrado por meio de um sim-

20 Obviamente, os incentivos para os candidatos a emprego à aquisição de educação serão reforçadas pressuposto de que a educação mais aumenta a produtividade realista.

ples exemplo. Suponha que todos os indivíduos em um mercado de seguros são idênticos, exceto para a probabilidade de lesão de uma determinada magnitude. Inicialmente, todos os indivíduos têm a mesma renda y . Alguns incorrem em altos riscos individuais de uma perda de renda $d < y$ com p^H probabilidade e um indivíduo de baixo risco sofre a mesma perda de rendimento com a menor probabilidade p^L , com $0 < p^L < p^H < 1$. Em analogia com Akerlof e Spence os empregadores, que não conhecem a qualidade e produtividade dos candidatos a emprego, as companhias de seguros não podem observar os riscos segurados individuais. Da perspectiva de uma companhia de seguros, segurados com um p^H alta probabilidade de prejuízo têm baixa qualidade, enquanto os segurados com baixa probabilidade p^L são de de “alta qualidade”. Em analogia com os exemplos anteriores, não há concorrência perfeita no mercado de seguros. As companhias de seguros são neutras ao risco (cf. a suposição anterior implícita de retornos constantes de escala), ou seja, visam maximizar o seu lucro. Um contrato de seguro (a, b) especifica um prêmio de a e uma quantidade b compensação em caso de perda de renda d (a franquia é, portanto, a diferença $d - b$). Rothschild e Stiglitz estabelecem que os equilíbrios podem ser divididos em dois tipos principais: agrupamento e de separação. Em um equilíbrio agregador, todos os indivíduos compram o mesmo seguro, enquanto que em um equilíbrio separador compram contratos diferentes. Rothschild e Stiglitz mostram que seu modelo não tem equilíbrio agregador. A razão é que tal equilíbrio de uma companhia de seguros pode ser rentável oferecendo um contrato que é melhor para os indivíduos de baixo risco, mas pior para indivíduos de alto risco. Considerando que no modelo de Akerlof o preço tornou-se muito baixo para alta qualidade vendedores, aqui o prêmio de equilíbrio seria muito alto para indivíduos de baixo risco. Só é possível um equilíbrio único de separação, onde dois contratos de seguros distintos são vendidos no mercado. Um contrato (a^H, b^H) é comprado por todos os indivíduos de alto risco. O outro (a^L, b^L) por todos os indivíduos de baixo risco. O primeiro contrato oferece cobertura completa em um prêmio relativamente alto: $a^H > a^L$ e $b^H = d$, enquanto o segundo combina o prêmio mais baixo, com cobertura apenas parcial: $b^L < d$.

Conseqüentemente, cada cliente escolhe entre um contrato sem qualquer dedução, e outro contrato com um prêmio menor e uma franquia. Em equilíbrio, a franquia apenas afugenta os indivíduos de alto risco, que são tentados pelo prêmio mais baixo, mas escolhem o prêmio mais elevado, a fim de evitar a franquia.

Stiglitz fez muitas outras contribuições sobre os mercados com informações assimétricas. Ele é provavelmente o pesquisador mais citado na literatura de Economia da Informação, talvez também dentro de um amplo domínio da microeconomia. Em sua grande produção, muitas vezes com co-autores, Stiglitz apontou que os modelos econômicos podem ser bastante enganadores se eles ignorarem as assimetrias informacionais. A mensagem foi que, na perspectiva da assimetria de informação, muitos mercados assumem uma forma diferente, assim como as conclusões sobre as formas adequadas de regulação do setor público. Vários de seus ensaios tornaram-se passos importantes para futuras pesquisas.

Em dois artigos, em co-autoria, Stiglitz e Weiss (1981, 1983) analisam os mercados de crédito com informação assimétrica. Stiglitz e Weiss mostram que, para reduzir as perdas de empréstimos ruins, pode ser ótimo para os bancos racionar o volume de empréstimos em vez de elevar a taxa de juros, como seria previsto pela análise econômica clássica. Uma vez que o racionamento de crédito é tão comum, essas idéias foram passos importantes para uma teoria mais realista do mercado de crédito. Eles tiveram um impacto substancial nas áreas de finanças corporativas, teoria monetária e macroeconomia.

O trabalho de Stiglitz com Grossman (Grossman e Stiglitz, 1980) analisa a hipótese de eficiência dos mercados financeiros. Ele introduz o chamado paradoxo Grossman-Stiglitz: se um mercado é informacionalmente eficiente ou seja, toda a informação relevante se reflete em preços de mercado, nenhum agente teria um incentivo para adquirir a informação em que os preços são baseados. Mas se todos são desinformados, então vale a pena algum agente se tornar informado.

Stiglitz também é um dos fundadores da economia do desenvolvimento moderno. Ele

mostrou que os incentivos econômicos sob informação assimétrica não são abstrações meramente acadêmicas, mas fenômenos muito concretos e de longo alcance com valor explicativo na análise das instituições e condições de mercado nas economias em desenvolvimento. Um de seus primeiros estudos de assimetrias de informação (Stiglitz, 1974) trata de *parceria*, uma forma antiga, mas ainda comum de contratação. Como o termo indica, o contrato regulamenta a forma como a colheita deve ser dividida entre um fazendeiro e seus arrendatários. O tamanho de uma colheita geralmente depende das circunstâncias externas, tais como o tempo e esforço dos arrendatários que trabalham. Sob a hipótese convencional de que a aversão ao risco absoluto é decrescente em termos de riqueza, o resultado ideal seria deixar o partido mais rico (aqui, o dono da terra) suportar todo o risco. Na prática, porém, a colheita é dividida entre as partes de acordo com porções fixas, geralmente meia para cada. Stiglitz (1974) e Akerlof (1976) tentaram explicar essa relação, em termos de informação assimétrica entre as duas partes. Considerando que o proprietário geralmente não pode observar o esforço do arrendatário que trabalha, um contrato com equilíbrio contempla a partilha de riscos e incentivos conduz os arrendatários assumirem alguma parte desse risco.

As análises de Akerlof, Spence e Stiglitz de mercados e assimetrias de informação são fundamentais para a teoria microeconômica moderna. Esta pesquisa tem promovido a compreensão dos fenômenos em mercados reais que não podem ser totalmente capturados pela teoria neoclássica tradicional. Além disso, seus modelos foram usados para explicar o surgimento de muitas instituições sociais que neutralizam os efeitos negativos das assimetrias informacionais. A faixa de aplicação é notável: de mercados financeiros, através da organização industrial, todo o caminho para as questões do desenvolvimento econômico.

Considere-se, por exemplo, que em um determinado segmento, a maioria das empresas pode parecer idêntica aos olhos de um investidor desinformado, enquanto alguns iniciados podem ter melhores informações sobre a rentabilidade futura de tais empresas. As empresas com menos de rentabilidade média serão, portanto, supervalorizadas pelo mercado de ações,

onde, é claro, os investidores não iniciados também estão. Essas empresas vão, portanto, preferir financiar novos projetos mediante a emissão de novas ações (em oposição à dívida). As empresas com rentabilidade superior à média, por outro lado, vão ser desvalorizadas por acharem que é caro crescer por emissão de ações. Sob informação assimétrica, a empresa de baixa qualidade (com rentabilidade futura baixa), portanto, tendem a crescer mais rapidamente do que empresas de alta qualidade, o que implica que o mercado irá ser gradualmente dominado por *limões*. Quando os investidores não-iniciados finalmente descobrirem isso, os preços das ações caem e a bolha estoura.

Na esfera da organização industrial, diversas aplicações têm demonstrado como os consumidores podem interpretar formação de preços e publicidade como sinais para boa qualidade. Como no modelo de Spence, de um mercado de trabalho em alta com baixa produtividade de trabalhadores, equilíbrios podem surgir quando há rentabilidade para as empresas com produtos de alta qualidade para envolver-se em publicidade cara, enquanto as empresas com baixa qualidade se abstenham de produzir.

Nos últimos anos, muitas idéias de economia da informação foram incorporadas à economia do desenvolvimento. Talvez não seja tão surpreendente que os modelos sugeridos por Akerlof e Stiglitz tenham tido uma grande influência neste campo, como seus primeiros estudos foram em grande parte inspirado por questões de economia do desenvolvimento. Os principais exemplos são o modelo de limões Akerlof e o modelo de meação de Stiglitz. Extensões do último exemplo, têm sido usadas para explicar as relações institucionais entre proprietários e arrendatários, como por proprietários de terras, muitas vezes conceder crédito para os arrendatários (que tem efeitos positivos sobre o incentivo esforço de trabalho). Argumentos baseados em informação assimétrica também têm sido utilizados para esclarecer a dicotomia entre setores modernos e tradicionais nas economias em desenvolvimento.

3.2 A eficiência na cena judiciária

Como refere o Desembargador Gesta Leal, sabe muito bem que a economia desde há muito vem induzindo comportamentos – notadamente consumeiristas –, e gerando, assim, múltiplas transformações em aspectos contratuais, obrigacionais e de responsabilidade jurídica, basta ver a propulsão enorme que tem sofrido os dispositivos reguladores das relações de consumo no Brasil²¹. Evidentemente que não atuam para tanto exclusivamente as forças do mercado pois há também a influência legislativa e judiciária²².

Como exemplo da influência legislativa no comportamento do mercado, embora não diretamente declarado, tem-se a facilitação permitida pela Lei nº 12.126/2009, que permitiu às microempresas, às pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, e às sociedades de crédito ao microempreendedor, valerem-se do juizado especial cível, tornando mais baratas e céleres as demandas judiciais que venham a intentar. Em contrapartida, os artigos 6º e 7º do Código de Defesa do Consumidor estabelecem prerrogativas aos consumidores para a facilitação de suas demandas judiciais.

De outro lado, há iniciativas legislativas que tendem a obter um determinado resultado, como a proteção de consumidores, por exemplo, e demonstram uma tendência de propiciar efeitos opostos. BRUNO M. SALAMA²³ aponta que em março de 2006, a Senadora

21 LEAL, Rogério Gesta. Ob. cit., p. 63.

22 Os influxos legislativos tanto podem ocorrer como estímulos à produção, com a concessão da facilidades à industrialização, comercialização ou concessão de crédito, como pode haver desestímulos, com o estabelecimento de tabelamentos de preços, oneração de fornecedores com maior responsabilidade (inclusive objetiva), imposição de índices máximos de componentes estrangeiros nos produtos, etc. Da mesma forma, decisões judiciais podem ser de grande repercussão econômica por atingirem um número indeterminado de situações, como nas ações diretas de inconstitucionalidade ou ações civis públicas, ou limitadas aos casos individuais, o que, por si só não é de somenos importância em face do fenômeno da multiplicação de ações similares ou idênticas, constatado nos foros nacionais.

23 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito GV, v. 5, p. 4-58, 2008. *Apud* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Análise econômica do direito e a

Maria do Carmo do Nascimento Alves (PFL/SE) apresentou Projeto de Lei nº 45/06, cuja intenção seria a de acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor - CDC um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores. Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. O intuito da medida seria, naturalmente, o de proteger os consumidores. Mas a verdade é que, se o projeto for aprovado, dificilmente atenderá seus louváveis fins. Se os consumidores antigos tivessem a possibilidade de exigir os benefícios concedidos em promoções destinadas a atrair novos clientes, tais promoções ficariam muito mais custosas para as empresas e, dessa forma, bem menos atrativas. Se este Projeto de Lei for aprovado, vaticina o articulista, as empresas serão induzidas a competir de outras formas (por exemplo, realizando campanhas publicitárias) ao invés de conceder descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Tudo isso, naturalmente, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores. Embora não seja referido por SALAMA, o que se depreende desse Projeto de Lei é a institucionalização do “Efeito Akerlof”, esparramando o “mercado dos limões”.

3.2.1 A fiança na locação

concretização dos direitos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012 *in* <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266>> consulta em 2.01.2013.

Na cena judiciária não ocorre de modo diferente. Decisões podem contribuir para a estabilização da economia ou o contrário.

Tendo o legislador estabelecido expressamente que o fiador do contrato de locação não pode beneficiar-se da impenhorabilidade do chamado “bem de família”, contribuiu para estabilizar o mercado estimulando os proprietários a locarem seus bens na presunção de que, se verificado inadimplemento por parte dos locatários, teriam suficiente garantia de satisfação de seus créditos²⁴. Essa norma foi questionada em face da Constituição Federal, vindo o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-la constitucional no julgamento do RE 407688 / AC – ACRE²⁵. Independentemente do posicionamento ideológico que se adote, é forçoso reconhecer que a chancela da constitucionalidade da norma legal questionada confere estabilidade ao mercado e mantém a simetria econômica da operação, onde o credor não vai surpreendido no desenrolar do negócio pela alteração da norma que ele supunha viger ao tempo de sua celebração. Pelo mesmo motivo, não há redução da oferta de imóveis à locação, o que contribui para a estabilização dos preços.

3.2.2 Planos de saúde e reajustes por idade

Por outro lado, de modo a aplacar os temores demonstrados por Alexandre Morais da Rosa e Júlio César Marcellino, referidos na introdução deste trabalho, sabe-se que os cidadãos

24 Inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90

25 EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (in, <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia,-> RE 407688 / AC – ACRE, Min. CEZAR PELUSO, 2006)

têm direitos fundamentais que são consagrados na Constituição Federal consoante as suas peculiaridades, de forma que têm assento constitucional a proteção aos consumidores (CF, art. 5º, XXXII), os idosos (CF, art. 230) e as crianças e os adolescentes (CF, art. 227), por exemplo. Com essa percepção foi editado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) e com base nele passaram-se a travar diversos embates judiciais sobre a possibilidade ou não de procederem-se reajustamentos das parças de responsabilidade dos consumidores a partir de determinada idade, pelo fato só de terem implementado essa idade. A resposta judicial foi negativa, como se vê do REsp. 1.098.804 – RJ – Rel. Min. NANCY ANDRIGHI²⁶, que tem a seguinte fundamentação:

No que refere ao mérito deste processo, constata-se que a recorrida procedeu ao aumento das mensalidades de planos de saúde, com fundamento na modificação de faixa etária, em desfavor de beneficiários com idade superior a 60 (sessenta) anos.

A Lei n.º 9.656/98, define plano privado de assistência à saúde no inciso I do art. 1º como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

Desse dispositivo legal, extrai-se que o plano de assistência à saúde apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

Como característica principal, sobressai o fato de envolver execu-

26 STJ - REsp 1098804/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 27/03/2012 -in <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>

ção periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.

Dessa forma, mês a mês, o consumidor efetua o pagamento das mensalidades para ter acesso à cobertura contratualmente prevista, o que, ao mesmo tempo lhe assegura o direito de, mês a mês, ter prestada a assistência à saúde como estabelecida na lei e no contrato. Assim, ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura nos termos em que contratada. A operadora, por sua vez, a qualquer momento, pode ser acionada, desde que receba mensalmente o valor estipulado na avença.

Regido pelo CDC, para além da continuidade na prestação, assume destaque o dado da “catividade” do contrato de plano de assistência à saúde, reproduzida na relação de consumo havida entre as partes. O convívio ao longo de anos a fio gera expectativas para o consumidor no sentido da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade dos serviços. Esse vínculo de convivência e dependência, movido com a clara finalidade de alcançar segurança e estabilidade, reduz o consumidor a uma posição de “cativo” do fornecedor.

Nessa perspectiva, percebe-se que os serviços assumem indiscutível importância na sociedade de consumo, pois passam a ser imprescindíveis para a vida e conforto do homem, havendo grande estímulo ao aparecimento do tipo contratual em exame, socialmente relevante e merecedor de respostas equitativas do Judiciário quando chamado a decidir frente à nova realidade.

Na hipótese em julgamento, a inserção e continuidade dos usuários do plano de saúde na condição de juridicamente idosos é utilizada pela recorrida como único fato motivador de majoração do valor da mensalidade, por mudança de faixa etária, baseada em contrato avençado antes do Estatuto do Idoso e da Lei dos Planos de Saúde.

Quando do julgamento do REsp 809.329/RJ, DJ de 11/4/2008, que envolveu semelhante questão, explicitarei, em meu voto, que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do alu-

didado dispositivo legal veda essa variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

Sob esse encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária, por força das salvaguardas conferidas por dispositivos legais infraconstitucionais que já concediam tutela de semelhante jaez, agora confirmadas pelo Estatuto Protetivo.

Acrescente-se que, ao apreciar questão análoga à do presente processo, a 3ª Turma/STJ impossibilitou o aumento das mensalidades de plano de saúde, em razão de faixa etária, aos beneficiários amparados pelo Estatuto do Idoso. Confira-se a ementa:

Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. (...) - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; (...). Recurso especial conhecido e provido. (REsp 989380/RN, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe 20/11/2008)

Dessarte, é ilegítimo o aumento das mensalidades de planos de saúde, com fundamento na modificação de faixa etária, em desfavor de beneficiários com idade superior a 60 (sessenta) anos.

Ressalte-se que, na hipótese, trata-se de vedar a discriminação do idoso em razão da idade, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária a envolver idosos. Não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.

Servindo de suporte midiático ao enfoque estritamente jurídico dedicado a esse tema, e abominando a possibilidade de serem admitidos reajustamentos por idade nos planos de saúde, foi divulgada matéria jornalística emblemática²⁷:

Planos de saúde serão impagáveis em 30 anos

Entre 2002 e 2012, a diferença entre a inflação (IPCA) acumulada e o reajuste dos planos de saúde foi de 38,12%, segundo levantamento realizado pelo Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor). Isso significa que, dentro de 30 anos, caso as correções mantenham o mesmo ritmo, o plano se tornará impagável.

“Projetando a diferença dos índices para as próximas três décadas, as mensalidades serão corrigidas em 163,49% acima do IPCA”, afirma a economista do Idec, Ione Amorim.

A simulação leva em conta um plano de saúde individual, que custa R\$ 210, contratado por um usuário de 30 anos, cuja renda mensal é de R\$ 3 mil. O valor do plano, neste quadro, compromete 7% desta renda.

Caso sejam mantidas as



Com reajustes, planos passariam a comprometer 70% da renda | FELIZA FIDIZI/ABR

regras de reajuste dos preços e as condições de reposição salarial, quando esse indivíduo fizer 60 anos ele terá mudado de faixa etária, o que faria seu plano sofrer um aumento de 296,79%. “Além desse acréscimo, se aplicado o reajuste de 163,49% acima da inflação no período, seu plano passará dos R\$ 210,07 para

R\$ 2.196,28, o que representaria 73,21% de sua renda, e inviabilizaria o pagamento do plano”, diz Ione.

Em 2010, o Idec realizou o mesmo levantamento, e, em vez dos 73%, chegou a 54,12%, o que aponta, diz o Idec, que em dois anos a correção dos preços dos planos cresceu 7 pontos percentuais. **METRO**

O argumento deveras impressiona. Porém, deve ser notado que projeta os reajustamentos dos planos de saúde em 30 anos, considerando uma hipótese em que o plano consome inicialmente 7% da renda do consumidor, e ao fim do prazo, consumirá 73,21%

dessa renda. Contudo, não demonstra tenha sido corrigida a renda desse consumidor.

Segundo o modelo proposto por Rothschild e Stiglitz antes visto, pode-se supor que todos os indivíduos em um mercado de seguros são idênticos, exceto para a probabilidade de demanda médico-hospitalar. Em analogia com Akerlof e Spence em que os empregadores não conhecem a qualidade e produtividade dos candidatos a emprego, as companhias de seguros-saúde não podem observar os riscos segurados individuais. Da perspectiva de uma companhia de seguros, segurados com um p^H (alta probabilidade de prejuízo) têm baixa qualidade, enquanto os segurados com baixa probabilidade (p^L) são de de “alta qualidade”. Em analogia com os exemplos anteriores, não há concorrência perfeita no mercado de seguros. As companhias de seguros são neutras ao risco (cf. a suposição anterior implícita de retornos constantes de escala), ou seja, visam maximizar o seu lucro e por isso há o estabelecimento de franquias²⁸ (d). Um contrato de seguro especifica um prêmio de a e uma quantidade de b como prestação médico-hospitalar e uma franquia de d . Rothschild e Stiglitz estabelecem que os equilíbrios podem ser divididos em dois tipos principais: agrupamento e de separação. Em um equilíbrio agregador, todos os indivíduos compram o mesmo seguro, enquanto que em um equilíbrio separador que compram contratos diferentes. Rothschild e Stiglitz mostram que seu modelo não tem equilíbrio agregador. A razão é que tal equilíbrio de uma companhia de seguros pode ser rentável oferecendo um contrato que é melhor para os indivíduos de baixo risco, mas pior para indivíduos de alto risco. Na linguagem dos contratos de plano de saúde, um segurado com menor idade tem menos probabilidade de estabelecer demandas médico-hospitalares e por isso tem o prêmio de menor valor e sem franquias. Considerando que no modelo de Akerlof o prêmio de equilíbrio seria muito alto para indivíduos de baixo risco, só é possível um equilíbrio único de separação, onde dois contratos de seguros distintos são vendidos no mercado. Um contrato (a^H, b^H) é comprado por todos os

28 Franquias são entendidas não apenas como o prazo para utilização dos serviços ou participação obrigatória do segurado nos custos do atendimento, mas também como a exclusão de tipos de atendimento ou exames, exclusão de procedimentos, de usos de próteses ou órteses, etc.

indivíduos de alto risco. O outro (a^L, b^L) por todos os indivíduos de baixo risco. O primeiro contrato oferece cobertura completa em um prêmio relativamente alto: $a^H > a^L$ e $b^H = d$, enquanto o segundo combina o prêmio mais baixo, com cobertura apenas parcial: $b^L < d$. Conseqüentemente, cada cliente escolhe entre um contrato sem qualquer dedução, e outro contrato com um prêmio menor e uma franquia. Em equilíbrio, a franquia apenas afugenta os indivíduos de alto risco, que são tentados pelo prêmio mais baixo, mas escolhem o prêmio mais elevado, a fim de evitar a franquia. Se, porém, as os prêmios e as franquias são iguais, mas os indivíduos diferentes, ou potencialmente diferentes por terem diferentes probabilidades de estabelecerem demandas médico-hospitalar, tem-se uma séria tendência ao desequilíbrio do segmento econômico, com o estabelecimento de contratos com prêmios mais elevados, com menores garantias e coberturas, transformando-se os planos de saúde em limões, na expressão de Akerlof.

3.2.3 Juros bancários – Tabela Price

De igual sorte, a jurisprudência brasileira tem enfrentado um sem número de demandas de cunho consumerista diretamente ligadas ao mercado financeiro, notadamente dirigidas aos juros, alegadamente ilegais por seguirem a fórmula da chamada “ Tabela Price ”.

Tabela Price, também chamado de sistema francês de amortização, é um método usado em amortização de empréstimo cuja principal característica é apresentar prestações (ou parcelas) iguais. O método foi apresentado em 1771 por Richard Price em sua obra "Observações sobre Pagamentos Remissivos". O método foi idealizado pelo seu autor para pensões e aposentadorias. No entanto, foi a partir da 2ª revolução industrial que sua metodo-

logia de cálculo foi aproveitada para cálculos de amortização de empréstimo²⁹.

Anatocismo, cujo vocábulo normalmente é associado a essa modalidade de cálculo, nada tem a ver o critério de formação dos juros a serem pagos (ou recebidos) numa determinada data; ele consiste na cobrança de juros sobre juros vencidos e não pagos. Aparentemente a legislação brasileira foi inspirada nas leis dos países europeus como a França, Portugal, Alemanha, Itália e Espanha, mas mal recebida em vernáculo³⁰.

A matéria está no Cód. Civil Português: “*Artigo 560.º (Anatocismo) . Para que os juros vencidos produzam juros é necessária convenção posterior ao vencimento; pode haver também juros de juros, a partir da notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização. 2. Só podem ser capitalizados os juros correspondentes ao período mínimo de um ano. 3. Não são aplicáveis as restrições dos números anteriores, se forem contrárias a regras ou usos particulares do comércio.*” Não difere no Código Civil Italiano, que estabelece: “*Art. 1283 (Anatocismo) In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi (att. 162).*”³¹ e no mesmo sentido dispõe o Código Civil Francês onde “*Article 1154 - Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.*”³²

29 <1http://pt.wikipedia.org/wiki/Tabela_Price> consulta em 05.09.2012

30 VIEIRA SOBRINHO, José Dutra -<http://www.sindecon-esp.org.br/template.php?pagina=neodownload/index&category=2&PAGE_ID=20&CONTENT_ID=27> – consulta em 24.09.2012.

31 Art. 1283 – Na falta de uso contrário, os juros vencidos só podem produzir juros do dia do pedido judicial, ou por efeito de convenção posterior ao seu vencimento, e sempre que trate de juros devidos pelo menos por 6 meses.”

32 Art. 1154 - Os juros vencidos dos capitais podem produzir juros, quer por um pedido judicial, quer por uma convenção especial, contando que, seja no pedido, seja na convenção, se trate de juros devidos, pelo menos, por um ano inteiro

Aqui, “*Dom Pedro II, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, imperador constitucional e defensor perpétuo do Brasil*” sancionou a lei nº 556, de 26.06.1850, instituindo o Código Comercial, que em seu artigo 253 estabelecia que “*É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano. Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.*”

A concepção legislativa advinda dos países em que se abebera a ciência jurídica nacional, consideram a figura do anatocismo quando se trata de capitalização de juros vencidos (e não pagos). Porém, de forma inovadora e sem outra justificativa que não o descuido, adveio o art. 253 do Código Comercial, que posteriormente foi repetido pelo Decreto nº 22.626, de 07.04.1933, onde estabelece “Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.” A proibição do anatocismo, por simetria ao direito europeu que lhe dá a matriz, haveria de considerar que “Art. 4º. É proibido contar juros dos juros **vencidos**: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.” pois é sobre os juros *vencidos* que tratam as legislações que versam sobre o anatocismo.

Por isso, confundir um método de cálculo de prestações tornadas iguais pela distribuição equalizada das componentes de juros e amortização do principal em sua composição com contagem de juros sobre juros vencidos é um equívoco basilar que, seguramente, haverá de comprometer a conclusão de qualquer raciocínio que se estabeleça sobre o assunto. Consequentemente, transparece que o pensamento segundo o qual é ilegal a capitalização de juros porque é ilegal o anatocismo parece carecer de maior reflexão.

Capitalização de juros não é o mesmo que anatocismo, em que pese considerados amiúde como sinônimos, sendo deveras diferente quando se está a tratar de juros não venci-

dos. Haverá anatocismo se após o vencimento de uma operação o credor cobrar juros sobre os juros vencidos e não pagos. Do contrário, se não se está a tratar de juros vencidos, mas sim distribuídos equalizadamente dentro de diferentes parcelas, juntamente com as cotas de de amortização do capital, pode-se estar diante da capitalização, mas não de anatocismo.

Considerando que a figura da capitalização ocorre dentro do sistema econômico de aplicação e reaplicação de recursos (normalmente sistema financeiro, em nosso tráfego jurídico), permitindo que o credor recoloca no mercado, com vistas a receber frutos pelo menos iguais aos advindos de cada parcela que recebe do devedor, diz-se que a figura dos “juros sobre juros” embora possam efetivamente ser recebidos pelo credor, não se constituem em anatocismo porque não são pagos pelo mesmo devedor. Um mesmo devedor somente haverá de pagar “juros sobre juros” quando os primeiros (juros) vencerem e os outros (juros) forem contados sobre aqueles anteriores. Não havendo juros vencidos, para que outros incidam sobre os primeiros, e ambos sejam devidos pelo mesmo devedor, o que se tem são diferentes formas de calcular juros sobre as operações de pagamentos parcelados.

De outro lado, pode-se considerar vedada a capitalização quando houver proibição de o credor receber mais do que determinada taxa e este omitir que o recebimento periódico das parcelas lhe proporcionam novos rendimentos no mercado em que atua, ainda que esses rendimentos sejam pagos por outrem, que não o devedor originário; ou, ainda, quando se usar a taxa de juros de forma a ludibriar o devedor. A primeira hipótese é remota e inexecutável, inclusive porque afronta princípios da matemática financeira, onde se presume que todo capital disponível é aplicado e rende frutos. A segunda hipótese dá-se quando se examina a taxa de juros de forma rudimentar, sem considerar o proveito dado ao credor pelo recebimento antecipado de partes da amortização da dívida. Neste último caso, pode-se dizer que o credor faria crer uma taxa de juros de 2% ao mês, com pagamentos mensais das parcelas, é uma taxa de 24% ao ano (2% a.m. x 12 meses). Sabe-se que não o é. O recebimento das parcelas mensais pelo credor, diminuindo, a cada uma delas, o valor principal da dívida (e, portanto,

diminuindo as parcelas dos juros pois são proporcionais ao valor ainda a ser amortizado, que fica sempre menor, mês a mês), e propiciando a reaplicação do valor recebido pelo credor no mercado em que ele atua, gerando-lhe (presumidamente) o mesmo rendimento, faz com que a taxa (proveito) efetivamente recebida pelo credor seja de 26,8242% ao ano. Então, a ilicitude estaria em o credor omitir que os juros de 2% ao mês, capitalizados, consistem em juros, para ele, de 26,8242% ao ano. Porém, se esta informação for disponibilizada, não há qualquer ilegalidade porque nada impede o credor de dizer que a taxa de juros é 2,23535% ao mês não capitalizados ($2,23535\% \text{ a.m} \times 12 \text{ meses} = 26,8242\% \text{ a.a.}$).

Não se trata de demonizar a capitalização dos juros, mas considerá-los adequadamente. No cálculo de um financiamento hipotético de \$ 1.000,00 a uma taxa de 10% ao mês, tem-se:

Valor Financiado	R\$ 1.000,00
Taxa de Juros Mensal	10,00%
Prazo (meses)	6
Data inicial	30/09/2012

Nb.	Data do Pagto	Balanco Inicial	Pagto	Principal	Juros	Balanco Final
1	30/10/2012	R\$ 1.000,00	R\$ 229,61	R\$ 129,61	R\$ 100,00	R\$ 870,39
2	30/11/2012	870,39	229,61	142,57	87,04	727,82
3	30/12/2012	727,82	229,61	156,82	72,78	571,00
4	30/01/2013	571,00	229,61	172,51	57,10	398,49
5	02/03/2013	398,49	229,61	189,76	39,85	208,73
6	30/03/2013	208,73	229,61	208,73	20,87	-0,00

Nesse demonstrativo tem-se que os juros são calculados sobre o saldo devedor e cobrados em conjunto com parte do valor principal (amortização), sempre reduzido o saldo devedor. O fenômeno é considerar que as prestações são equalizadas de forma que o valor de todas é nominalmente igual. Porém, já foi dito que “*nesses casos o consumidor não possui*

*condições de esclarecimento sobre o significado da contratação da capitalização mensal dos juros.*³³” Isso foi verdade (se foi) até que se passou a usar nos contratos de financiamento a obrigatoriedade de constarem a “taxa nominal” e a “taxa efetiva”.

O argumento é menos ligado à diversidade sobre a distinção entre capitalização e anatocismo e mais ligada à informação do consumidor.

Cláudia Lima Marques lembra o caso do consumidor considerado hipervulnerável num caso envolvendo idoso analfabeto, conhecido do gerente da agência bancária, que teria realizado empréstimo consignado no caixa eletrônico. Nesse caso, pontifica que “se o cliente bancário é analfabeto, e a ele é consentido um cartão que permite contratar à distância, e ainda créditos consignados, parece que o dever de cuidado e de boa-fé com esse consumidor de vulnerabilidade agravada, que se sabe idoso e analfabeto, também é especial. É sabido que o crédito consignado não se consegue suspender nem dele se arrepender, tendo o analfabeto de entrar com uma ação judicial para poder se livrar de um erro!”³⁴

Há de se distinguir, pois, os tomadores de crédito em geral, que embora se considerem vulneráveis, pela sua condição de consumidor³⁵, dos consumidores considerados hipervulneráveis ou ostentadores de vulnerabilidade agravada, merecendo, estes últimos, tratamento diferenciado, como referido.

No tocante aos consumidores em geral, não obstante considerados vulneráveis, considera-se que, se a “taxa efetiva” anual mostra-se superior ao duodécuplo da “taxa nomi-

33 TJRS - Apelação nº 70040437659, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Desembargador CARLOS RAFAEL DOS SANTOS JÚNIOR, 2012.

34 MARQUES, Cláudia Lima, prefácio de DESSAUNE, Marcos, *Desvio Produtivo do Consumidor*, RT, São Paulo, 2011, pág. 25

35 Não necessariamente todos os tomadores de empréstimos bancários, a despeito do disposto na Súmula 297 do STJ, que dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” Dita Súmula parece preocupada, inicialmente, em definir a relação de consumo a partir da figura do Banco ou instituição assemelhada, quiçá presumindo a ocorrência da grande maioria das operações, que têm como financiado uma pessoa física ou uma pessoa jurídica que se pode considerar como consumidor consoante a teoria finalista aprofundada. A efetiva condição da outra parte, que, inclusive, pode ser outro Banco, não há de desprezar apreciação, sob pena de dar-se ar de esquizofrenia ao teor da súmula.

nal” mensal resta escancarado que há capitalização dos juros (não anatocismo) e portanto a informação salta aos olhos do consumidor. O STJ já reconheceu a figura da cláusula declarada da capitalização quanto o duodécuplo da taxa mensal for inferior à taxa anual informada no contrato³⁶.

Quanto à utilização institucionalizada dos juros capitalizados, tem-se que “[N]o âmbito das medidas adotadas buscando a redução do *spread* bancário no país, o Banco.” Central do Brasil iniciou, em outubro de 1999, a divulgação das taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres. As informações são segregadas de acordo com tipo de encargo (prefixado, posfixado, taxas flutuantes e índices de preços) e com a categoria do tomador (pessoas físicas e jurídicas)³⁷.” “As taxas de juros representam a média do mercado e são calculadas a partir das taxas diárias das instituições financeiras ponderadas por suas respectivas concessões em cada data. São divulgadas sob a formato de taxas anuais e taxas mensais. As taxas médias mensais são obti-

36 Consta no sítio do STJ que há apreciação do Recurso Repetitivo sobre a capitalização de juros, que foi objeto de embargos de declaração. Porém, há o registro do julgamento: Resultado de julgamento final: Retificada, por unanimidade, a proclamação ocorrida na sessão do dia 27/06/2012 para modificação do item 2 das teses fixadas para os efeitos do artigo 543, c, do CPC, passando o item 2 a ser o seguinte: "... 2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada." retificada, fica a proclamação integral da seguinte forma: prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti divergindo do Sr. Ministro Relator e dando provimento ao recurso especial em maior extensão, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Raul Araújo, Antônio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi, a seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, em maior extensão, vencidos os Srs. Ministros Relator, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. para os efeitos do artigo 543, c, do CPC, foram fixadas as seguintes teses: 1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada; 2) a capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. **A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.** (STJ - <http://www.stj.jus.br> - REsp 973827 – RS, consulta feita em 17.09.2012)

37 <<http://www.bcb.gov.br/?TXCREDINTRO>> consulta em 17.09.2012

das pelo critério de capitalização das taxas diárias ajustadas para um período padrão de 21 dias úteis.³⁸ “As taxas de juros de cada instituição financeira representam médias geométricas ponderadas pelas concessões observadas nos últimos cinco dias úteis, período esse apresentado no *ranking* de cada modalidade de operação de crédito. (...) Os juros efetivos mensais são formados pela capitalização das taxas efetivas-dia informadas pelas instituições financeiras, pelo número de dias úteis existentes no intervalo de 30 dias corridos, excluindo-se o primeiro dia útil e incluindo-se o último. (...) A taxa de juros total representa o custo da operação para o cliente, sendo obtida pela soma da taxa média e dos encargos fiscais e operacionais³⁹”.

Em que pese a ferrenha divergência acerca da possibilidade de utilização da Tabela Price para cálculos de financiamentos, vê-se que o problema está intimamente ligado com a idéia de anatocismo. A prática da capitalização de juros, pelos que a rejeitam, não é encarada como uma forma de cálculo das prestações, uma prática adotada por organismos internacionais e mesmo institucionalmente pelo Banco Central do Brasil, mas sim como uma prática espúria por conter anatocismo, vocábulo carregado de pecado.

Se se considerar que em verdade, a capitalização dos juros não se confunde com anatocismo e que sua realização não implica necessariamente em cobrança de valores indevidos de um mesmo financiado, embora proporcione ao credor maiores rendimentos pela realocação dos recursos recebidos no mercado financeiro e potencialização de sua lucratividade, o que não causa empobrecimento do financiado nem lhe representa pagamento superior ao contratado, pode-se isentá-la de culpa, ou, pelo menos, considerá-la como representante de pecado venial, para os que repudiam o lucro alheio.

A Tabela Price não é o único sistema de amortização a juros compostos existente, porém é mundialmente utilizado por ser o mais eficiente entre todos por permitir o que ambas

38 <<http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>> consulta em 17.09.2012 – não grifado no original

39 <<http://www.bcb.gov.br/?TXCREDIF>> consulta em 17.09.2012

as partes envolvidas em uma operação financeira obtenham cálculo dos juros e a amortização em prestações com valores fixos.

O questionamento reiterado à cobrança de juros capitalizados atrai à lembrança o estudo de Stiglitz com Grossman, antes referido, onde, se um mercado é informacionalmente eficiente ou seja, toda a informação relevante se reflete em preços de mercado, nenhum agente teria um incentivo para adquirir a informação em que os preços são baseados. Mas se todos são desinformados, então vale a pena algum agente se tornar informado.

A desinformação de quem detém condição de interferir no contrato pode causar o seu desvirtuamento, pois basta observar que se as operações passivas de uma instituição financeira são remuneradas por juros capitalizados (cadernetas de poupança, por exemplo), as operações ativas (contratos de financiamento imobiliário, no exemplo) deverão ter seus juros contados também de forma capitalizada, pois assim mostram-se simétricos e facilmente comparáveis⁴⁰.

40 Excerto da decisão proferida em 19-9-2003 pelo Ministro Ari Pargendler, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 536.802/RS: “Em qualquer atividade comercial ou industrial, o preço de venda do produto não pode ser menor do que o respectivo custo. A taxa básica de juros no nosso país é, hoje, de 22% ao ano. Se o dinheiro emprestado pelos bancos fosse do banqueiro e se ele se desfizesse de todos os seus imóveis e instalações, despedisse os empregados e descartasse qualquer outra despesa, poderia obter – líquidos e anualmente – rendimentos aproximados da aludida taxa de 22% ao ano. É o que está ao alcance de qualquer pessoa que tenha condições de adquirir títulos do governo vinculados à taxa Selic. Nesse contexto, como imaginar que, tendo despesas de manutenção (aluguéis, pessoal, propaganda, impostos, etc.), mais os riscos próprios da atividade e a exigência de um mínimo de lucro para suportar todos esses encargos, estivessem as instituições financeiras limitadas a emprestar por uma taxa de 12% a.a. ? Sem nenhum trabalho e despesa, os rendimentos do banqueiro seriam de 22% a.a.; mantendo toda a estrutura produtiva, as instituições financeiras só receberiam juros de 12% a.a. Na verdade, toda a problemática resulta do fato de que o maior tomador de empréstimos é o governo e de que ele só obtém esses empréstimos se mantiver uma taxa de juros que compense o risco de quem empresta. No plano externo, por razões assemelhadas, os juros pagos pelo país também são elevados, e ninguém desconhece isso. Agora, qualificar de abusivos os juros, que, resultantes de política governamental, são praticados cotidianamente no país, não tem o menor sentido. Nem resulta do artigo 39, incisos V e XI, nem do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, menos ainda da realidade econômica, em que a taxa de juros está inteiramente desvinculada da inflação. A inflação é baixa, mas o custo do dinheiro é alto, como se lê diariamente nos jornais, e não pode ser reduzido por uma penada judicial.” (<http://www.stj.jus.br>)

3.2.4 Juros bancários – Comissão de Permanência

Ainda no que se refere aos contratos havidos no sistema financeiro foi chamado o Poder Judiciário a enfrentar a questão da chamada comissão de permanência, o que redundou na edição das Súmulas n.ºs. 30, 294, 296 e 472, do Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

Em que pese a Súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se confunda com lei, tem efeitos que guardam alguma semelhança na medida em que tem enunciado geral que norteia os julgamentos das demais instâncias judiciárias. A decisão judicial que se contrapõe ao entendimento sumulado tem quase o mesmo destino que a decisão que deliberadamente descumpra uma disposição de lei. Em qualquer desses casos a instância que for imediatamente superior ao órgão daquela decisão pode reformá-la para em respeito à lei que restou descumprida ou para adequá-la e conformá-la à jurisprudência do STJ. Se isso não ocorrer, o próprio STJ haverá de examinar dita decisão para esses fins.⁴²

Considerando a sequência de enunciados sumulados sobre esse tema, vê-se que, de início vedou-se a cumulação da comissão de permanência com a contagem de correção monetária, cumulação essa que efetivamente se constituía em abuso (Súmula n.º 30). Em seguida se disse que não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de perma-

41 A sucessão de edição de súmulas sobre um mesmo tema traz à lembrança as palavras de Pésio Arida, referido por Rogério Gesta Leal, onde: “Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do *pacta sunt servanda*. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.” - LEAL, Rogério Gesta, ob. cit., p. 37.

42 Constituição Federal, art. 105, III, letras **a** e **c**.

nência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmula nº 294). Depois se disse que os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado (Súmula nº 296) . Por fim, se disse que a cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.(Súmula nº 472). Com isso, restou estabelecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o contrato, vencido ou não, tem [no máximo] o mesmo custo para o devedor (a soma dos encargos, excluídos juros remuneratórios, moratórios e multa).

Os negócios financeiros e bancários são de intermediação. A instituição toma dinheiro de um lado, remunerando seu investidor com um taxa a e o aplica de outro lado mediante a cobrança de encargos que compõem um preço b onde $b > a$. Supondo-se essas operações sejam de mesmo prazo e realizadas numa mesma data, tem-se que no vencimento o intermediário recebe o valor de seu mutuário (b) e paga seu investidor (a), ficando com a diferença c ($c = b - a$). Se o tomador do dinheiro b não o restitui ao tempo convencionado, o intermediador tem de buscar no mercado financeiro, ao preço dia, recursos d para atender o seu investidor. O custo desses recursos que o intermediador busca de maneira emergencial são, de regra, mais altos que os custos de uma operação planejada e com prazo certo ($d > b$). Por isso que através da Resolução nº 1.129 o Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, tornou público que o Conselho Monetário Nacional, resolveu facultar aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, "comissão de permanência", calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original

ou à taxa de mercado do dia do pagamento.

A norma divulgada pelo Banco Central do Brasil prevê a cobrança da comissão de permanência mais juros de mora ao passo que o entendimento sumulado pelo STJ exclui estes últimos, o que, sem dúvida, não contribui para estimular o mutuário a adimplir sua obrigação no vencimento convencionado. De outro lado, a norma administrativa prevê que o cálculo da comissão de permanência tenha em conta taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento, justamente pela possibilidade de ocorrência de oscilação [para mais] dessa taxa de mercado onde o intermediador tenha ocorrido para buscar os recursos e atender seu investidor (*d*)⁴³.

A desconsideração a essa regra da intermediação ínsita ao comércio bancário desde a idade média pode ter louváveis propósitos na defesa do consumidor, mas mostra um viés desagregador da organização de crédito pela desoneração de encargos moratórios, o que por via oblíqua incentiva o não cumprimento dos contratos no prazo avençado.

43 Considerando que o custo dessa nova captação de recursos vai integralmente computado no valor da comissão de permanência, não há sentido e admitir sua cumulação com correção monetária, pois não há desvalorização monetária a emendar. Por isso, acertada a Súmula 30 do STJ.

4. Conclusão

Com propriedade adverte BRUNO M. SALAMA que é fácil notar que quando o espaço de indeterminação das normas é amplo, os juízes não se limitam a aplicar normas gerais a casos concretos. Para corretamente enfrentar situações como essas, os magistrados precisam pensar também como legisladores, pois sua atividade é também política. Em casos difíceis e com muitas suscetibilidades políticas, econômicas e sociais, integrar as conseqüências à lógica da formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas. Na esfera da regulação estatal, e nos debates jurídicos que daí emergem, a discussão da pertinência entre meios jurídicos e fins normativos é igualmente importante⁴⁴.

Consentâneo com esse pensamento, o Supremo Tribunal Federal deu exemplo de responsabilidade com o caráter normativo derivado das decisões judiciais reconhecendo ser necessário investir-se o julgador de outros conhecimentos, inclusive de ordem econômica. No caso o marco regulatório da implantação da TV por assinatura no Brasil, que é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.747, dispôs o Ministro Luiz Fux:

“Trata-se de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, autuadas sob os números 4.679, 4.747 e 4.756, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Democratas, pela Associação NEO TV e pela Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), contra diferentes dispositivos da Lei nº 12.485/2011, que estabeleceu o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil.

As ações questionam múltiplos aspectos do arcabouço legal, notadamente a extensão dos poderes fiscalizatórios e normativos atribuídos

44 SALAMA, Bruno Meyerhof. Artigo denominado De que forma a economia auxilia o profissional e o estuioso do direito? -Op. Cit.

à Agência Nacional do Cinema (ANCINE), a restrição à propriedade cruzada entre segmentos dos setores de telecomunicações e de radiodifusão, a limitação à participação do capital estrangeiro no mercado audiovisual do país, a obrigatoriedade de veiculação mínima de conteúdo brasileiro e a razoabilidade das regras de transição referentes às prestadoras de TV a Cabo TVC, Serviços Distribuição de Canais Multiponto Multicanal MMDS, de Serviços de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite DTH, bem como relativamente às autorizatárias de uso de radiofrequência nas modalidades MMDS e TVA.

A temática versada nestas ações reclama apreciação que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica e interdisciplinar da matéria, atenta às nuances do mercado audiovisual brasileiro e às repercussões práticas que o novo modelo normativo ensejará sobre a dinâmica do setor. A televisão por assinatura já está presente em quase 25% dos domicílios do país, atingindo, segundo estimativas do IBGE, aproximadamente 47 milhões de brasileiros.

Considera-se, assim, valiosa e necessária a realização de Audiência Pública sobre os diversos temas controvertidos nestas ações, de sorte que esta Corte possa ser municiada de informações imprescindíveis para o deslinde do feito, bem como para que o futuro pronunciamento judicial revista-se de maior legitimidade democrática.

A oitiva de especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a esclarecer as inúmeras questões técnicas, políticas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento do mercado brasileiro de TV por assinatura, tais como: i) a identificação e as peculiaridades relacionadas às diferentes plataformas tecnológicas empre-

gadas na prestação do serviço; ii) o papel e a natureza de cada atividade integrante da cadeia de valor do mercado audiovisual de acesso condicionado; iii) o grau de abertura e concorrência entre os agentes econômicos atuantes no setor; iv) os impactos das restrições à participação do capital estrangeiro e da vedação à propriedade cruzada; v) a composição atual e histórica do mercado audiovisual pátrio, tendo em vista a produção nacional e a estrangeira; vi) as diferentes técnicas de estímulo à produção e ao consumo de conteúdo brasileiro; vii) as mudanças operadas no mercado em razão das novas regras contidas na Lei nº 12.485/2011, especialmente as que já tenham sido implementadas pelos entes reguladores competentes; viii) o perfil de atuação da ANCINE no campo cultural brasileiro, ilustrado por dados concretos; ix) o panorama mundial de regulação da TV por assinatura.”

(<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>)

Às vésperas da realização da audiência pública, declarou o Ministro Luiz Fux que “às vezes o conhecimento jurídico só não basta” e que “há pontos que precisam ser esclarecidos como: se os consumidores serão beneficiados ou prejudicados, pois a Constituição brasileira protege de forma privilegiada o consumidor; se a lei está em prol da livre iniciativa, um dos valores do estado democrático de direito, ou se vai contra ela; e verificar se um direito fundamental como o de propriedade está sendo atingido”.⁴⁵

Não se crê, então, seja razoável submeter o Direito como um instrumento da Economia como muito temeram os críticos de Posner, nem limitar a justiça ao critério da eficiência, embora muito recomendável que um e outro andem lado a lado.

45 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230260>> – consulta em 08.02.2013

Referências

- DA ROSA, Alexandre Morais *et alius*. *Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica*. *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. in <<http://www.abdconst.com.br/revista/ARTIGO%201.pdf>> – consulta em 21.01.2013
- DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor*, RT, São Paulo, 2011
- LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília. ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2010
- REZENDE, André Lara. *A propósito do Otimismo*. Revista Piauí, 76, Editora Alvinegra, janeiro de 2013
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Análise econômica do direito e a concretização dos direitos*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012 in <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266>> consulta em 2.01.2013
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*. <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/> – consulta em 04/12/2012
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?* - *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 1, p. 4 - 6, Jan - Jun, 2010 - <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1461/1111>> - consulta em 21.01.2013

- SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 1 (2012), nº 1, pág. 464 – in [http://www.idbfdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0435_0483 .pdf](http://www.idbfdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0435_0483.pdf) >
- VIEIRA SOBRINHO, José Dutra - http://www.sindecon-esp.org.br/template.php?pagina=neodownload/index&category=2&PAGE_ID=20&CONTENT_ID=27 > – consulta em 24.09.2012
- ZANATTA, Rafael A. F.. - <http://rafazanatta.blogspot.com.br/2011/11/law-and-economics-20.html> > – consulta em 04.12.2012