



**A EFICIÊNCIA DO DIREITO PERSONALÍSSIMO DE ACESSO À JUSTIÇA ANTE A
EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS ADVINDOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE**

**THE EFFICIENCY OF THE PERSONALISM RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE AGAINST
THE EXTRAJUDICIALIZATION OF CONFLICTS ARISING FROM THE RIGHT TO
PROPERTY**

Maurício Ávila Prazak

Escola Paulista de Direito, São Paulo/SP, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-2505-1379> | <http://lattes.cnpq.br/3015754339985752>

Ana Raquel Fortunato dos Reis Strake

São Paulo/SP, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-0534-705X> | <http://lattes.cnpq.br/5980829225919162>

RESUMO: O presente estudo investiga a importância da extrajudicialização dos conflitos de propriedade para tornar mais eficiente o direito da personalidade acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico e a experiência brasileira neste sentido. Para tanto, através da intersecção entre o direito e economia, parte-se da teoria econômica da curva de utilidade, a qual demonstra que somente a barganha direta entre as partes é capaz de gerar maximização do valor agregado, e a consequente evolução econômica. Como em que se pesem os esforços nem sempre é possível a autocomposição, o estudo também analisa os métodos heterocompositivos de solução, demonstrando como as diferentes tutelas impactam no custo de transação e consequentemente no nível de produção. Com isso, comprova-se a estreita relação entre economia e direito, a forte influência das instituições jurídicas para o desenvolvimento econômico do país, e neste contexto, os meios extrajudiciais de solução de litígios uma importante ferramenta promocional de crescimento.

Palavras-chave: Teoria das Negociações; Instituições Jurídicas; Reconhecimento e Proteção do Direito de Propriedade; Extrajudicialização; Custo de Transação; Desenvolvimento Econômico.

ABSTRACT: This article investigates the importance of extra-judicial means of settling disputes in property rights to economic development and brazilian experience on this matter. Therefore, through the intersection between law and economy, it starts from the utility curve economic theory that proves that only direct bargain between parts can generate maximizing added value, and consequent economic evolution. In which all efforts are weighed, not ever is possible the auto-compositions. That is why this study also analyzed third party proposes methods, demonstrating how differents judicial relief impact the transaction costs and consequently the level of production. That way, this study managed to prove the close relationship between law and economy, and consequently the strong legal institution influence on country economic development, and in this context, extra-judicial means settings disputes are an important promotional tool for growth.

Keywords: Negotiation Theory; Legal Institutions; Recognition and Protection of Property Rights; Extrajudicialization; Transaction Cost; Economic Development.

1 INTRODUÇÃO

A eficiência do acesso à justiça dos direitos de propriedade, aqui entendido em sentido amplo (advindo das buscas de solução de conflitos de interesses de natureza patrimonial), desempenha importante papel na economia.

Recebido em: 29/09/2023

Aprovado em: 18/01/2024



Tal importância é tão significativa, que este é considerado um dos elementos justificadores da diferença de riquezas e desenvolvimento entre os países do globo, uma vez que dele decorre a capacidade de acumular capital (potencialidade de bens como objeto de troca), fonte do aumento de produtividade e conseqüentemente geração de riquezas, o que está diretamente relacionado à função jurídica da propriedade, como será visto mais adiante.

Deste modo, o estudo e a compreensão do tema, especialmente dos conflitos a este relacionados, apresenta-se como vital para o direito e para a economia, notadamente sua dinâmica como forma de redução dos custos de produção através da diminuição dos custos de transação, o que conseqüente gera estímulo da produção, na métrica internacional, do produto interno bruto.

Para tanto, inicialmente será estudado o Teorema de Coase em conjunto com o Teorema de Hobbes, como forma de demonstrar que as negociações privadas diretas são as mais desejáveis, devendo por isso a participação do Estado ocorrer no sentido de incentivá-las, seja de modo direto, eliminando obstáculos, ou por meio indireto, estimulando meios extrajudiciais para solução de conflitos, especialmente através de técnicas de autocomposição, objetivo precípua do presente estudo.

Uma vez verificados os impactos benéficos da negociação direta e o papel do Estado na promoção e incentivo destas negociações, o próximo passo encontra-se em analisar as implicações institucionais das políticas estabelecidas, especialmente em direção ao reconhecimento e da proteção do direito de propriedade, fontes promocionais das iniciativas particulares para resolução de conflitos dada sua potencialidade de redução dos custos de transação.

Por fim, cabe ao presente estudo verificar o papel do Poder Judiciário quando as negociações privadas falham, apesar de toda viabilização e incentivos, através da análise das tutelas judiciais cuja adequabilidade também funciona como medida para obtenção da alocação eficiente de recursos.

Importante consignar que as análises propostas serão verificadas de modo global e após, especialmente em relação ao cenário brasileiro, com suas especificidades e reflexões necessárias.

2 O FUNDAMENTAL PAPEL DAS AVENÇAS PRIVADAS E PARTICULARES PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS



O desenvolvimento de um país provém da circulação de bens, pois através das trocas voluntárias entre agentes individuais ou coletivos, é adicionado valor agregado ao bem, gerando com isso riquezas pela simples circulação econômica.

Isto ocorre porque ao fazer circular a riqueza os bens transacionados saem da esfera de quem menos o valoriza para aquele que mais o valoriza, e esta adição de valor concretiza o valor agregado da troca, o qual transportado para a coletividade aumenta a riqueza e consequentemente o nível de desenvolvimento do país. Assim, quanto mais as pessoas transacionam, mais a sociedade enriquece.

Observe-se então que para que os bens circulem duas premissas são necessárias: a apropriação do bem por este indivíduo que o está fazendo circular, e a negociação entre as partes interessadas, cujo ideal encontra-se em jogos cooperativos, baseados na confiança e no benefício da troca, pois o que permite as partes negociarem é exatamente o benefício obtido por ambas diante desta negociação.

Esclarecendo esta relação, Vera (2021) desenha em seu artigo o seguinte exemplo simples que muito deslinda as relações primariamente envolvidas na livre negociação, e consequente circulação voluntária dos bens¹:

“Para que se entenda como ocorre a geração do valor agregado em questão, vale a pena transcrever o exemplo clássico dado por Flávia Santinoni Vera em seu artigo: “Fernanda tem um fusquinha velho 1965. A satisfação ou utilidade de ter o carro (seu valor subjetivo) vale R\$ 3.000. Rodrigo, que coleciona carros antigos tem ficado de olho no carro há muitos anos e recebe uma herança de R\$ 5.000. Ele resolve, então, tentar comprar o carro. Depois de levar ao mecânico e avaliar bem o carro, Rodrigo resolve que vale pra ele R\$ 4.000. Num primeiro momento, a negociação é possível uma vez que o carro está com uma pessoa que o valoriza menos (Fernanda – R\$ 3.000) e pode ser vendido para alguém que o valoriza mais (Rodrigo – R\$ 4.000). Se as partes falharem e não cooperarem, significa que não concordaram num preço e não houve troca de dinheiro por carro. Então, Rodrigo resolve ficar com os seus R\$ 5.000 e gastar de outra forma e a Fernanda continua com o carro que para ela vale R\$ 3.000. Estes são os valores iniciais de cada uma das partes do negócio antes do negócio (three values) e podemos dizer que a soma desse jogo (da negociação) sem troca (não efetivada, jogo não cooperativo) para os dois permanece em R\$ 8.000 (R\$ 5.000 + 3.000). No entanto, existe a possibilidade de um jogo cooperativo, gerando um valor adicionado. A negociação será possível se o valor negociado ficar entre R\$ 3.000 a R\$ 4.000. Ao buscar a negociação, havendo um acordo razoável baseado em técnicas equivalentes de persuasão e negociação, vamos sugerir o valor intermediário de R\$ 3.500, e os dois ganham parcelas iguais. O Rodrigo vai ter um saldo em dinheiro de R\$ 1.500 (R\$ 5.000 – R\$ 3.500) e um carro que vale R\$ 4.000, portanto tendo um valor final de R\$ 5.500 (R\$ 1.500 + R\$ 4.000). A Fernanda no final vai ter R\$ 3.500 em dinheiro. A soma dos dois valores de cada um após o negócio é de R\$ 9.000 (R\$ 5.500 + R\$

¹ Vera, Flávia Santinoni. Análise Econômica da Propriedade IN Timm, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil, estudos sobre a análise econômica do direito. 4ª Edição. Indaiatuba/São Paulo. Editora Foco. 2021. Pág. 205/206



3.500). Observe que o valor adicionado existe para qualquer valor de venda. Suponhamos que Fernanda seja uma excelente negociadora e venda o carro por R\$ 3.999,00. Ao final do negócio, Fernanda terá R\$ 3.999 em dinheiro e Rodrigo, R\$ 5.001,00 (R\$ 1.001,00 em dinheiro e R\$ 4.000,00, que é quanto o carro vale para ele). A soma dos dois valores continuará sendo R\$ 9.000,00. Ao comparar o resultado da não cooperação, dos valores iniciais antes do negócio, da Fernanda e do Rodrigo, temos R\$ 8.000. Por outro lado, o valor total final, após o negócio, é de 9.000. Portanto, houve um enriquecimento dos dois de R\$ 1.000. Este é o valor adicionado.”

Portanto, do ponto de vista econômico, o direito de propriedade consiste na habilidade de usufruir desta, cuja valoração é peculiar indivíduo a indivíduo. Deste modo, possui um fim em si mesmo, suprimindo as necessidades e desejos daqueles que a demanda.

Nas palavras de Bazel citado na obra de Porto e Garoupa (2020) “os direitos econômicos de propriedade são os direitos que um indivíduo tem sobre um bem que traduzam na possibilidade e na capacidade, em termos de expectativa, de consumi-lo diretamente ou por meio de trocas, ou seja, de efetivamente dar uma função econômica, transacional, ao direito legal de propriedade.”

Por isso, o direito de propriedade ideal, do ponto de vista econômico, é aquele que impulsiona trocas voluntárias de modo a assegurar que a propriedade seja atribuída àquele que mais a deseje e tenha capacidade de pagar, gerando com isso o máximo de valor agregado. Observe-se neste sentido que esta escolha é de caráter pessoal, não perpassando pelo Estado decidir pelo indivíduo quanto ao desejo de troca e a valorização do bem em questão.

No que concerne à sociedade, o ideal nestas transações de troca é que os recursos sejam alocados de modo mais eficiente, e se possível sob a melhor distribuição, este definido como a otimização de qualquer medida, frente aos escassos recursos, que satisfaçam o maior número de interesses, e por isso caminhe em direção ao bem-estar social.

Deste modo, cabe então questionar: o que os indivíduos necessitam para barganhar livremente? O Estado exerce papel importante na facilitação destas transações, reforçando a confiança e a redução dos custos de transação?

Sensível a esta questão, em resposta Ronald H. Coase (Prêmio Nobel de Economia em 1991) na década de 60 em seu artigo *Problem of Social Cost* desenvolveu Teorema Normativo com seu nome, que correlaciona as trocas voluntárias a custos de transação, e na formação deste a participação do Estado, tanto para gerá-lo quanto para reduzi-los através de políticas e instituições jurídicas especialmente voltadas para este objetivo, estabelecendo, neste ponto importante diálogo com o Teorema de Hobbes, como será visto a seguir:



2.1 TEOREMA DE COASE IMPULSIONADO PELO TEOREMA DE HOBBS: O ESTADO COMO IMPORTANTE PROTAGONISTA PARA O ALCANCE DA EFICIÊNCIA

O estudo dos efeitos das negociações privadas para redução do custo de transação relativos aos direitos de propriedade, como dito acima, foram enunciados pela primeira vez por Ronald H. Coase, que demonstrou ser o direito desnecessário, e até mesmo indesejável quando a barganha entre as partes é possível, podendo o resultado da negociação, se assim entenderem os envolvidos, ser a favor daquele que tem maior condição de absorver danos a um custo mais baixo, não importando se foi este que gerou ou sofreu a conduta danosa, e portanto, a situação juridicamente correta, pois somente os indivíduos envolvidos sabem e sentem o valor atribuído aquele bem ou ao acontecimento em questão. Deste modo, o direito somente tem lugar quando a barganha direta entre as partes falha.

Contemplando esta dinâmica, Coase determinou duas premissas básicas para alocação eficiente dos recursos: definição clara dos direitos de propriedade, e ausência do custo de transação.

Neste sentido, Vera (2021) apresenta mais um exemplo em sua obra, no sentido de demonstrar a solução privada como melhor estratégia de redução de custos de transação, e consequentemente este da própria produção:

“Para ilustrar, vejamos um exemplo clássico, o do fazendeiro e pecuarista. Se uma lei determina que pecuaristas são responsáveis pelas cercas para o gado não comer a lavoura vizinha, se os pecuaristas podem negociar com os fazendeiros de grãos, as cercas serão feitas de forma mais baratas, talvez até ao redor das plantações e não nos pastos do gado. No exemplo, não importa quem pagará mais, mas o total de gastos será menor com negociações particulares, o que certamente refletirá para a sociedade. No entanto, se os custos de transação (muitos agentes, dificuldade de comunicação, entraves burocráticos ...) forem altos o suficiente para impedir as negociações, então o uso eficiente de recursos vai depender do que foi determinado por lei, ou seja, como foi estabelecido pelo direito de propriedade.”

O custo de transação será zero, portanto, quando a barganha entre as partes é plenamente possível, ou seja, quando não há impedimento para negociação ou externalidades que afetem as negociações, sendo esta situação pertencente a um ambiente hipotético muito raro, já que no ambiente concreto há falhas de mercado, como a assimetria das informações, o que por só já eleva os custos de transação.

Deste modo, trazendo sua teoria para realidade, Coase defende que se os custos de transação são baixos, as partes em disputa estão em melhores condições de negociação



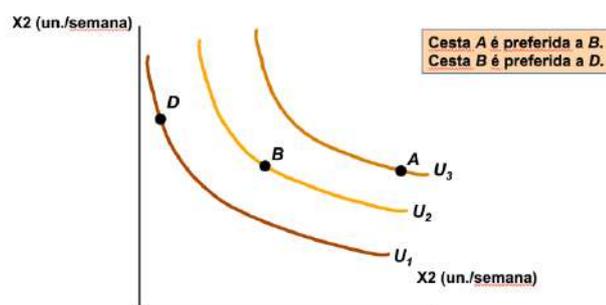
direta, por isso, não demandam interferência do Poder Judiciário ou de terceiros para solucionar conflitos, sendo esta a situação ideal para o desenvolvimento econômico conforme argumentam Porto e Garoupa (2020) “É importante lembrar que as partes envolvidas em uma demanda sobre direitos de propriedade estão na melhor posição para avaliar o bem em disputa. Assim, é preferível a negociação entre elas, pois assegurará que os direitos fiquem nas mãos da parte que os valoriza mais.”

Explicado pela economia, a afirmativa de que as partes envolvidas estão em melhor posição de avaliar o bem em disputa está na teoria que descreve a curva de utilidade (ou curva de indiferença), a qual demonstra que é o sujeito, do ponto de vista psíquico, e aqui influenciam de vários fatores particulares e pessoais como necessidade física, memórias, sentimentos, inclusive o nível de poupança de recursos que deseja realizar; que determina o quanto está disposto para pagar por aquele determinado bem, sendo que esta disposição varia na medida em que mais unidades destes bens lhes são postas à disposição, o que significa que a utilidade marginal é decrescente. Observe-se que, o limite de suas decisões e escolhas está no valor disponível que este possui, conforme explica o economista C.E Ferguson em sua obra:

“A principal hipótese sobre a qual a teoria do comportamento do consumidor e da demanda está construída é: o consumidor procura alocar sua renda monetária limitada entre bens e serviços disponíveis de tal forma a maximizar sua satisfação sujeita a sua renda monetária limitada. Dada esta suposição e as propriedades das curvas de indiferença, as curvas de demanda individuais podem ser facilmente determinadas.”

No que concerne ao nível de poupança, esclarecem os economistas Rudiger Dornbusch e Stanley Fisher que esta está relacionada a um planejamento individual para garantia de posição confortável ao longo do tempo, o qual varia de indivíduo para indivíduo, tendo em vista que cada um tem peculiar visão do que representa bem-estar para si mesmo.

Graficamente, as curvas de indiferença são representadas da seguinte forma, as quais somadas resultam na curva de demanda do indivíduo pelos produtos em questão:



Fonte: arquivo particular dos autores.



Deste modo, resta corroborada a afirmativa, do ponto de vista das teorias econômicas de macro e microeconomia, que somente as próprias partes podem determinar o valor que aquele bem colocado em circulação possui, estando por isso em posição negocial mais benéfica que qualquer terceiro estranho à relação.

Dentro da individualização das escolhas e do impacto que estas exercem sobre o valor agregado dos bens e conseqüentemente na geração de riquezas, cabe então perquirir: para a barganha, quais são os elementos que compõem o custo de transação no Teorema de Coase?

Para o economista britânico, o custo de transação é formado por elementos endógenos e exógenos. No que concerne aos elementos exógenos estes são conformados pelos três estágios da negociação: custo de busca, concernente na localização de um parceiro que queira negociar, custo de negociação, compostos por todos os custos emanados das tratativas até a redação do acordo final celebrado pelas partes, e o custo de execução, relativo aos custos incorridos pelo monitoramento do desempenho do negócio e punições de eventuais descumprimentos do acordo entabulado pelos negociadores.

Já no que diz respeito aos elementos endógenos das negociações, e aqui o Estado funciona como protagonista, como agente viabilizador da barganha direta entre as partes, um dos principais componentes encontra-se nas instituições jurídicas propriamente ditas, estas divididas em duas principais funções: a de reconhecer e proteger o direito de propriedade; e a de estimular negociações diretas entre as partes, de modo a eliminar possíveis impedimentos a esta negociação, como ocorre com a criação e incentivo aos meios extrajudiciais de soluções de conflitos, estas correlacionadas ao preciso reconhecimento do direito de propriedade, as quais serão analisadas em seção própria.

Sob este aspecto, Porto e Garoupa (2020) são bastante incisivos ao apontarem:

“Nesse sentido, o Teorema Normativo de Coase pode ser explicado da seguinte forma: ‘estruture o direito de modo a remover os impedimentos aos acordos privados’. O princípio é considerado normativo porque oferece orientação prescritiva para os legisladores e está inspirado em Coase na medida em que a troca privada, em circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente.”

Deste modo, necessário concluir que o Teorema de Coase possui o Teorema de Hobbes como impulsionador. Isto ocorre porque desde o Iluminismo, através do filósofo Thomas Hobbes, precursor do contratualismo no direito, em sua obra *Leviatã*, publicada em 1651, o Estado é chamado a minimizar os prejuízos através de sua força, o que faz com que tenha que ser este o primeiro a estimular o acordo entre as partes, concretizando assim o Teorema de Coase.



Nas palavras dos doutrinadores acima citados:

“No que tange à análise econômica do direito, as suas ideias em relação a minimização de prejuízos decorrentes de conflitos entre as partes em negociação podem ser expressas pelo chamado Teorema Normativo de Hobbes, que dispõe o seguinte: ‘o sistema legal deve estruturar-se para minimizar os prejuízos causados pelas falhas dos acordos privados.’”

Assim, conclui-se que o Estado, através de suas instituições jurídicas atua de modo decisivo no desenvolvimento econômico de um país sob duas frentes: ao reconhecer e proteger o direito de propriedade, e ao estimular as negociações privadas para soluções dos conflitos relacionados a propriedade, demonstrando a estreita correlação simbiótica entre a economia e o direito.

Robustecendo a conclusão, a definição de custo de transação aduzida por Vera (2021) em sua obra aglutina e descreve as funções estatais da seguinte forma:

“Os custos de transação são custos públicos e privados necessários para se transacionar no mercado, incluindo a etapa de pesquisa prévia (de informação), da negociação propriamente dita e do cumprimento da transação (com registro da propriedade e da certeza de cumprimento pelas partes). Sabe-se que o sistema jurídico tem papel fundamental na lubrificação das transações. Seu papel abrange a garantia do direito de propriedade privada, a diminuição do custo de transação (i.e. ao instituir o código de defesa do consumidor aumentando trocas de informações entre as partes e a confiança mútua) e das burocracias e custos de registros, bem como dar garantias ao cumprimento ótimo dos contratos.”

Visto o papel decisivo do Estado na promoção da barganha direta entre as partes, este sumarizado em duas grandes funções das instituições jurídicas, quais sejam de reconhecimento e proteção do direito de propriedade e de promoção e incentivo de meios extrajudiciais de solução de conflitos.

3 REFLEXÕES NECESSÁRIAS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A mesma Constituição que tornou o direito de propriedade um direito individual fundamental, assim como um princípio regente da ordem econômica, também o mitigou exigindo o cumprimento da função sócio econômico ambiental para que seja possível o seu reconhecimento, manutenção e proteção, como pode ser verificado nos artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III e 184, todos da Constituição Federal, demonstrando claramente a tendência, nas palavras de Gustavo Tepedino, intervencionista e solidarista do Estado em relação a este direito.



Tais disposições, conforme afirma Vera (2020), são necessárias ao desenvolvimento das nações: “Restrições e regulamentações se fazem necessárias em todas as nações com base no dever do Estado de harmonizar os interesses de proprietários com os interesses da sociedade em conformidade com as leis e políticas públicas” e explica que: “Estudos mostram que nos países de ‘Commun Law’ o direito de propriedade existe com maior liberdade, quase sem restrições. Nos países de ‘Civil Law’ como o Brasil, existe uma tendência de maior regulamentação pelo estado.”

No entanto, o grande problema não está no instituto da função social, mas na definição clara, transparente e direta deste, notadamente no que concerne a métrica da consideração da produtividade, especialmente da terra, onde ocorrem as maiores controvérsias na jurisprudência brasileira, cujos efeitos são significativos dada a importância das atividades agrárias para o país.

Como cláusula geral, o texto constitucional não assegura o direito a propriedade, mas sim o assegura somente o direito de propriedade que cumpra sua função social. Logo, ou a propriedade cumpre a função social, ou não resta protegida.

Por isso, assim como ensinam Antônio Maristello Porto e Nuno Garoupa “sem deixar de ser privada, a propriedade passa a ser avaliada em conformidade com o interesse público, e mais do que isso, utilidade econômica.” E, nas palavras de Timm e Caovilla (2020), “Da posição de instrutor, o Estado passa a ser ‘jogador’, atuando diretamente no desenvolvimento econômico.”

Logo, ao limitar o exercício e a proteção da propriedade através da exigência de cumprimento da função socioeconômica social, o Estado está, por intermédio da função jurídica da propriedade, buscando o estabelecimento do bem-estar social através da maximização da satisfação dos interesses da coletividade.

Na direção de verificação da instabilidade provocada pela ausência de clareza e previsibilidade do instituto, cumpre fazer a primeira reflexão sobre o assunto: O que é o descumprimento da função social? Aqui, a título de exemplo, e dada a importância do assunto, discute-se a produtividade na propriedade agrária:

Nos termos do caput do artigo 184 da Constituição Federal (acima transcrito), a União pode desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

Regulamentando de forma mais detalhada o conceito de função social, a Lei nº 8.629 de 1993 trata em vários de seus dispositivos do conceito de aferição da propriedade determinando que está será aferida quando a área em questão atinge simultaneamente, graus



de utilização da terra (GUT) e de eficiência na exploração (GEE), índices estes fixados por órgãos federais competentes.

Em que se pese a intenção de objetivar os parâmetros de constatação da produtividade da terra, este conceito de produtividade está baseado em um único fator de produção da terra, o hectare, o que se choca com o conceito econômico de produtividade, no qual, por razões lógicas, considera todos os fatores de produção, como capital humano, insumos, maquinários e tecnologia.

Além da produtividade, outro fator que acaba não sendo observado pela legislação diz respeito ao destinatário das terras expropriadas. Estudos que analisam o instituto dizem que o agricultor deve ser pessoa já familiarizada e acostumada com a vida no campo, modo de vida que só se desenvolve com o tempo, o que inclusive explica o êxodo rural brasileiro, em 2010, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia registrou que apenas 16% da população brasileira reside no campo.

Observado este primeiro obstáculo gerador de instabilidade econômica composto pelos dois principais fatores acima enunciados, cabe a segunda reflexão: a eficiência e utilidade social da desapropriação em prol do interesse público.

Quando detectado o descumprimento da função social, para o Estado nasce o direito de retirar o direito de propriedade do descumpridor para destiná-la aqueles que darão melhor função, havendo assim uma desapropriação por interesse social.

Ocorre que, as desapropriações interferem diretamente na alocação de recursos, dado que implicam na transferência involuntária de propriedade, o que gera, especialmente em relação as desapropriações agrárias, insegurança dos proprietários rurais e desincentivos para investimentos, acarretando o encarecimento dos produtos agropecuários e o desperdício de terras, reação agravada pela forma de indenização prevista pelo artigo 184 da Constituição Federal Brasileira (anteriormente transcrito), que prevê o pagamento desta no prazo de 20 anos em títulos públicos de dívida agrária, o que acarreta consequentemente em uma série de distorções do mercado.

Quanto aos efeitos sociais destas desapropriações, nem sempre são os desejáveis, uma vez que os institutos de direito privado, como a propriedade e contratos não são reconhecidos como instrumentos eficientes para melhor distribuição de recursos, tendo em vista especialmente quatro falhas indesejáveis que compõem a essência: os riscos de alvos imprecisos de tal política, uma vez que podem facilmente atingir pessoas ou instituições erradas; efeitos imprevisíveis das disposições, onde com frequência o resultado obtido pode apresentar-se em dissonância com o objetivo inicial; altíssimos custos de transação dados os inúmeros obstáculos a negociação e as intensas externalidades negativas provocadas pelas



políticas expropriatórias, e a distorção dos incentivos, verificadas quando a concretização das políticas públicas não corresponde com as diretrizes traçadas em abstrato.

Tais falhas são ainda mais intensificadas quando a consubstanciação da função social é dada como cláusula geral, como ocorre no cenário brasileiro, onde a composição de seu conteúdo gera instabilidade, já que esta deve ser construída a luz do caso concreto, o que sede lugar a uma série de interpretações e decisões diversificadas, sendo por isso causa de instabilidade e insegurança, o que aumenta ainda mais o custo de transação, acabando por gerar um efeito reverso, já que ao retrair o ponto de equilíbrio da produção, acaba diminuindo a geração e circulação de riquezas, e conseqüentemente o desenvolvimento do país.

Como bem afirma Alan Greenspan “as pessoas, em geral, não se esforçam para acumular capital necessário ao desenvolvimento econômico se não tiverem certeza de sua propriedade.”

Neste contexto a atuação dos operadores possui grande impacto, conforme definido pelo economista e Prêmio Nobel Douglass North, já citado anteriormente, tendo em vista que as decisões judiciais possuem inegável efeito além partes do processo, ao sinalizar as “regras do jogo” de uma sociedade, dando forma as inteirações humanas, e conseqüentemente as reações, o que origina, por muitas vezes, efeitos imprevisíveis.

Mais uma vez, com claro exemplo em sua obra, Vera (2021) descreve o efeito coletivo indesejável que uma decisão judicial individual pode provocar para sociedade:

“Quando um magistrado nem processo de despejo deseja proteger o idoso que não paga há algum tempo o aluguel (parte pretensamente mais fraca) em detrimento dos proprietários (parte pretensamente mais forte), mesmo com boa intenção de fazer justiça social, ele sinaliza para todos os outros proprietários de imóvel não alugarem para idosos. Ele acaba prejudicando os idosos. O mercado é implacável e responde às intervenções como esta em detrimento do grupo que justamente o magistrado pretendia proteger.”

Este efeito é expressamente reconhecido pela jurisprudência brasileira, cujo voto emblemático do Ministro Marco Aurélio Bezerra de Melo, na Intervenção Federal nº 2.793-6, é categórico ao afirmar: “Sem uma efetividade maior, vinga a babel, a insegurança jurídica levando os cidadãos a um verdadeiro retrocesso, no que buscarão, com a falência do Poder, a satisfação dos respectivos direitos substanciais por outros meios. Ao invés de restabelecer a paz social momentaneamente abalada, dar-se-á o agravamento da situação.”

Com isso, a produtividade para geração de riquezas cede lugar ao movimento de apropriação, sendo necessário ressaltar que uma sociedade que não produz riqueza não é capaz de distribuir renda, logo, incapaz de promover o bem-estar social.



4 O PAPEL DO ESTADO NA REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA CRIAÇÃO E INCENTIVO DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Além das instituições jurídicas para reconhecimento e proteção do direito de propriedade, outra fundamental função do Estado encontra-se em promover e incentivar meios extrajudiciais de soluções de conflitos, como forma de redução dos custos de transação, e a consequente redução de impedimentos às negociações privadas, conforme pontuado anteriormente.

Tal necessidade foi percebida e concretizada pela primeira vez em 1976, na Conferência Pound, realizada nos Estados Unidos, onde técnicos e profissionais do direito se reuniram para discutir insatisfações e problemas quanto ao sistema tradicional de justiça.

Neste momento, o Professor Frank Sander, da *Harvard Law School* apresentou um modelo, posteriormente denominado de “Justiça Multiportas” de adequação de tutela, no qual os casos deveriam ser encaminhados para o meio adequado de resolução de acordo com as especificidades de cada disputa, inaugurando assim a possibilidade de aplicação de novos métodos, sem que se exclua o procedimento judicial ordinário.

Assim, reconheceu-se pela primeira vez a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, dando origem as ADR's – Alternative Dispute Resolution. Explicando tal instituto, Tartuce (2008) cita em sua obra os ensinamentos de Mauro Cappelletti:

“À expressão Alternative Dispute Resolution (ADR) costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido, devendo o operador do direito ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – judiciais ou não – que têm emergido como alternativas dos tipos ordinários ou tradicionais de procedimentos.”

Este movimento ganhou impulso no cenário internacional a partir dos anos 80, pois além de promover o tratamento adequado dos conflitos, direcionando-o a tutela mais eficiente ao caso concreto, provocou significativa ampliação do acesso à justiça, robustecendo assim um dos mais importantes princípios mundiais.

Houve, portanto, a criação de um microssistema de alternativas ao processo judicial comum, que atribui aos cidadãos a capacidade de se envolverem com o conflito, garantindo assim uma justiça mais eficiente e satisfatória para as partes, finalidade buscada pela análise econômica do conflito, tendo em vista sua importante repercussão na redução dos custos de transação.



Este sistema, nas palavras de Tartuce (2008) pode ser consubstanciado nos seguintes termos:

“A proposta da política judiciária, que incentiva o desenvolvimento de alternativa, é criar, paralelamente à administração da justiça tradicional, novas vias de resolução de litígios, preferencialmente por meio de instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas (algumas vezes, até vedando a participação de advogados). A utilização deve ser barata – senão mesmo gratuita – e localizada de modo a facilitar (e maximizar) o acesso aos serviços, operando de forma simplificada e pouco regulamentada para obter soluções mediadas pelas partes.”

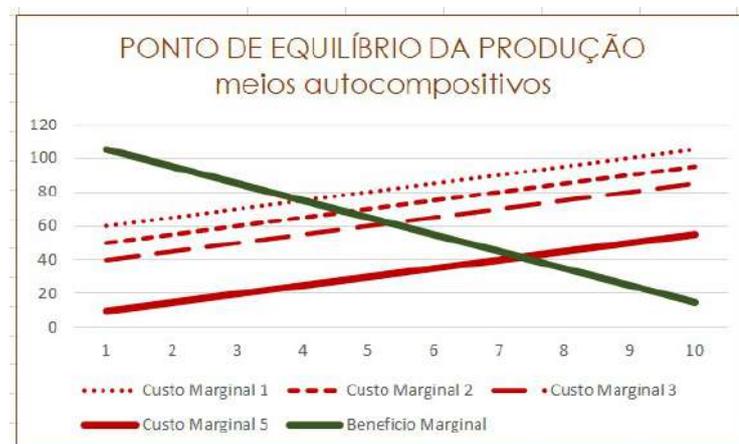
Neste sentido, adverte a doutrinadora:

“Não se intenciona a eliminação da atividade jurisdicional clássica nem sua substituição pelos mecanismos ditos alternativos. Pretende-se a coexistência de todos os métodos acessíveis pra que se configure um sistema pluriprocessual eficiente e adequado para composição efetiva das controvérsias verificadas. A reação, portanto, é de complementariedade entre as diversas formas de composição de conflitos.”

Esta dinâmica de complementariedade de mecanismos de soluções de conflitos possui impacto decisivo na formação dos custos de transação, sendo inclusive a dimensão deste determinante do meio que deve ser escolhido a ser aplicado no caso concreto.

Como já visto, quando envolvidos custos de transação baixos, mas ainda assim impeditivos de negociação direta entre as partes, deve o Estado promover e estimular a aplicação de meios adequados autocompositivos para que este custo seja ainda mais reduzido de modo a permitir que as partes diretamente encontrem solução ao seu conflito.

Graficamente, a autocomposição dos conflitos promove mais um deslocamento da curva de custos marginais da produção, promovendo um ponto de equilíbrio (este o ponto máximo a ser alcançado durante o presente estudo) maior de produção para uma mesma estrutura de mercado e custos marginais, como pode ser verificado na imagem abaixo:



Fonte: arquivo particular dos autores.



Noutro giro, quando os custos de transação são altos, o meio adequado para solução é de fato a heterocomposição, já que é necessária a intervenção de terceiro para resolução da lide.

No entanto, a forma de intervenção deste terceiro não é única e a escolha também deve ser pelo meio mais adequado, já que este afeta diretamente os custos de transação.

Em relação à interferência heterônoma no conflito existente, há a arbitragem, meio de solução extrajudicial de conflito que será abordado neste capítulo, e a jurisdição estatal tradicional, sendo que dentro desta há diferença entre a tutela a ser concedida, escolha diretamente relacionada aos custos de transação e que os impacta, tema que será abordado em capítulo próprio.

Deste modo, resta claro que o papel do Estado é fundamental na promoção e incentivo do sistema multiportas, organizando os mecanismos tradicionais e os meios extrajudiciais adequados para a solução do conflito concreto, criando-os, controlando-os de modo a, entre outros objetivos, reduzir os custos de transação e por consequência aumentar e estimular a circulação de riquezas levando a maior desenvolvimento econômico de sua nação, atingível somente através destes o nível máximo.

4.1 ARBITRAGEM: MÉTODO HETEROCOMPOSITIVO CONTRIBUTIVO PARA REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM BREVE ANÁLISE

Dentre os métodos heterocompositivos de conflitos, os quais tem lugar quando os custos de transação são, por características próprias da negociação, altos, a arbitragem é reconhecida internacionalmente e incentivada no ambiente de negócios complexos, por reduzir os altos custos de transação, e conseqüentemente o valor dos contratos, embora sua capacidade de redução seja menor que os meios de autocomposição.

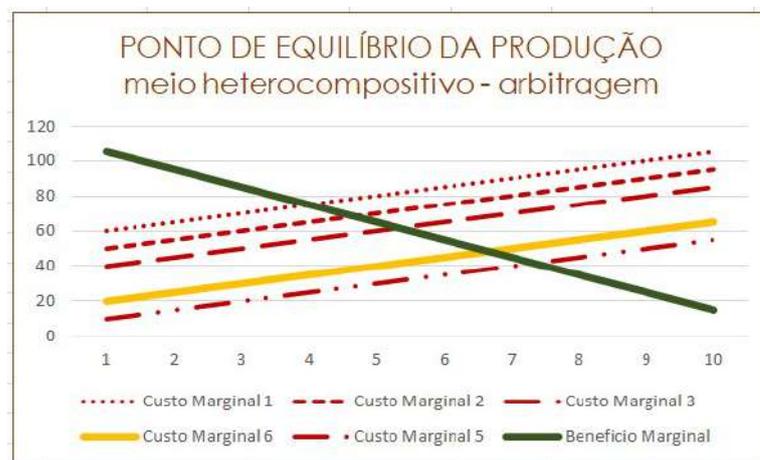
Nesta, terceiro imparcial, especialista no assunto em conflito, é escolhido pelas próprias partes que integram a lide, já que a confiança destas para com o árbitro constitui uma das características fundamentais da arbitragem, e após todo o processo legal, cuja forma e andamento são decididos pelas partes em comum acordo, quando árbitro é *ad-hoc*, ou pelo regulamento da Câmara de Arbitragem a qual pertence; profere uma decisão, que embora este arbitro não tenha poder estatal, tem força vinculativa, devendo as partes se submeterem a ela, ainda que não concordem com o desfecho. Na realidade, a arbitragem constitui jurisdição privada. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, citado na obra de Tartuce (2008):



“A arbitragem constitui técnica de solução de controvérsias pela intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem a intervenção do Estado, sendo destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.”

Deste modo, ao dar especialidade e sigilo(outra precioso atributo da arbitragem, especialmente nas contendas empresariais) às soluções e celeridade a obtenção da solução almejada, tendo em vista que forma e procedimento podem ser livremente estabelecidas de comum acordo pelas partes ou pela Câmara de arbitragem a que pertence o árbitro arbitragem, na qual é comum a previsão da não incidência de recursos sobre as decisões interlocutórias e decisão final, há importante redução do custo relativo ao tempo do processo, e também redução da insegurança de decisões não adequadas as características específicas do negócio envolvido, tendo em vista que a especialização é indubitavelmente um valor, o que reduz o custo de transação frente ao obtido em demandas que são submetidas ao Poder Judiciário, embora não tanto quanto seria reduzido caso a negociação entre as partes fosse possível.

Graficamente, podemos observar que o ponto de equilíbrio perde fôlego em relação ao que seria obtido na barganha direta entre os envolvidos, através dos meios estimuladores para tanto. No entanto, ainda assim representa ponto de equilíbrio em nível de produção maior do que seria obtido caso apenas houvesse reconhecido e protegido o direito de propriedade, sem que nenhum movimento fosse feito no sentido de reduzir o custo de transação.



Fonte: arquivo particular dos autores.

No que concerne à experiência brasileira, embora a arbitragem tenha estado presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a época do império, esta somente começou a ser de fato efetivada a partir da década de 80, e a passos muito lentos, já que inicialmente o maior objetivo a ela atribuído foi o desafogamento do Poder Judiciário.



Somente em 1996, após duas tentativas frustradas, o terceiro projeto de lei proposto foi aprovado, dando origem a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, atualmente em vigência, com importantes modificações promovidas pela Lei nº 13.129 de 2015, que incorporou ao texto legal questões submetidas ao controle de constitucionalidade pelo Superior Tribunal Federal, cujas decisões tiveram o condão de conferir maior estabilidade ao instituto no Brasil; e incluiu o permissivo legal para que litígios afeitos à Administração Pública fossem resolvidos no ambiente arbitral.

Nas palavras de Tartuce (2008), ainda atual:

“A utilização da arbitragem tem aumentado no Brasil. Como bem expõe o Professor da Universidade Federal de Santa Catarina, Weller Barral, não se trata de solução mágica, ‘daquelas que nós, brasileiros, adoramos acreditar. Ao contrário, as dificuldades para a multiplicação do uso da arbitragem e as desconfiças ainda existem quanto à realização de arbitragens no Brasil demonstram que os meios alternativos de solução de conflitos não são um apanágio para os males do acesso à justiça, cuja defesa e alcance demandam a construção cotidiana de soluções.”

Oito anos de vigência da Lei de Arbitragem foram suficientes para conter os entusiastas extremados ao instituto, acomodando-os às limitações da realidade. A experiência acumulada também desmentiu os pessimistas que viam a arbitragem como um meio abusivo de resolver litígios. Paulatina e lentamente houve uma acomodação e os contratos empresariais passaram a ser cogitados entre os advogados do contratante. Por força de tais constatações, conclui Carlos Alberto Carmona que a arbitragem foi redescoberta entre nós, faltando apenas refinar o conhecimento dos operadores sobre tal instituto.”

Das disposições constantes na Lei 9.307/96, na direta rota de redução dos custos de transação, é possível destacar os parágrafos 1º e 2º do artigo 2º os quais permitem que as partes convençionem livremente as regras de direito que serão aplicadas ao caso concreto, consentindo inclusive que seja realizado o fracionamento e combinação de leis aplicáveis ao caso concreto, denominada de *Dépeçage*, possibilitando inclusive que sejam aplicadas leis internacionais; o artigo 5º que amplia a possibilidade de livre pactuação as regras processuais; ao *caput* do artigo 13º que possibilita que qualquer pessoa seja árbitro, sendo a única qualidade exigida que seja de confiança das partes, o parágrafo 6º do referido artigo que obriga a imparcialidade e aufere sigilo à contenda.

No que concerne à sentença arbitral, o destaque encontra-se no artigo 18º que expressa a desnecessidade de homologação desta pelo Poder Judiciário, assim como a impossibilidade, caso não avençado entre as partes em sentido contrário, de recurso, um importante acelerador da solução, que ganha ainda mais velocidade com o disposto pelo artigo 23º, que concede as partes a faculdade de definir o prazo em que a decisão arbitral deve ser proferida, e, no silêncio, o prazo máximo é de seis meses, bastante diminuto frente



aos prazos incorridos pelo Poder Judiciário. Por fim, o artigo 31º que confere à sentença arbitral a qualidade de título executivo.

Deste modo, conforme pode ser verificado, a arbitragem no Brasil encontra-se muito bem estruturada e dotada de todos os mecanismos para celeridade e especialidade da decisão, os grandes atributos deste tipo de jurisdição.

4.2 A SOLIDIFICAÇÃO DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS AUTOCOMPOSITIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora a efetiva movimentação para a implantação do sistema multiportas tenha sido iniciado em alguns países do globo na década de 80, no Brasil o movimento foi bastante tímido, cujo primeiro grande impulso ocorreu somente em 2006, quando o Conselho Nacional de Justiça lançou programa “Semana Nacional de Conciliação” vinculando todos os Tribunais de Justiça, Tribunais do Trabalho e Tribunais Federais do país a promoverem mutirões voltados à resolução consensual dos processos em curso, representando este um importante passo rumo a uma mudança cultural brasileira, até então calcada na cultura do litígio.

Novo avanço ocorreu quatro anos depois, quando em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, regulamentando diversas questões afeitas à conciliação e mediação, principais meios autocompositivos de solução extrajudicial de solução de conflitos adotados pelo Brasil, funcionando referência normativa da denominada “Política Judiciária de Tratamento Adequado de interesses no âmbito do Poder Judiciário.”

Mais quatro anos, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 50 de 2014, voltada para o estímulo e apoio dos tribunais na adoção de técnicas consensuais de resolução de conflitos. No mesmo ano, também editou a Resolução nº 198 dispondo sobre planejamento e gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário para o período 2015-2020 cujo destaque foi a meta de desjudicialização e descongestionamento do Poder Judiciário, constituindo os meios autocompositivos extrajudiciais um importante instrumento.

Tal importância é ressaltada por Tartuce (2008) em sua obra, na qual cita os ensinamentos deixados por Ada Pellegrini Grinover:

“Ada Pellegrini Grinover, ao tratar da resposta encontrada pelo processualista brasileiro para lidar com o desafio criado pela crise da justiça civil, indica duas vertentes de atuação: uma judicial, em que se buscou a ‘desinformação do processo’ (com a utilização da técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico e acessível) e outra extrajudicial, por meio da ‘desinformação das controvérsias’ (buscando, segundo sua natureza, equivalentes jurisdicionais como vias alternativas do processo, capazes de evita-los por meio de instrumentos institucionalizados de mediação.”



Neste cenário, foi somente com a Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil em vigência, que se verificou a efetiva implantação do sistema multiportas no Brasil, o que pode ser observado nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do referido diploma legal, que determina a primazia das soluções consensuais dos conflitos, devendo todos os operadores do direito não só considerá-las, mas estimulá-la.

Como regras concretizadoras das diretrizes enunciadas pelas normas acima descritas, destaca-se o inciso V do artigo 139 no qual um dos papéis a ser desempenhado pelo juiz está na promoção da autocomposição, inclusive a qualquer tempo, sendo esta realizada com auxílio de conciliadores e mediadores.

Regulamentando as figuras dos conciliadores e mediadores, há inteira seção voltada para o assunto – Seção V do Capítulo III – sendo estes considerados auxiliares da justiça, como o são os peritos e tradutores judiciais, como pode ser observado no artigo 149 do CPC/15, que podem ser livremente escolhidos pelas partes, se assim desejarem, favorecendo com isso a confiança, nos termos do artigo 168 do referido Codex, que, no sentido de ampliar o acesso e as práticas autocompositivas, determina que cada tribunal criem centros judiciários de solução consensual de conflitos – os Cejusc's, e também no âmbito da Administração Pública, conforme redação dos artigos 165 e 174, ambos do Código de Processo Civil.

Do ponto de vista procedimental, enaltecendo a autocomposição, o artigo 334 do CPC determina que antes do estabelecimento do contraditório, deve ser realizada audiência de conciliação, inclusive cominando multa em caso do não comparecimento injustificado (parágrafo 8º do referido artigo), e somente em caso de insucesso, inicia-se o prazo para apresentação da contestação, conforme pode ser verificado no inciso I do artigo 335 do Código de Processo Civil. Ainda assim, fica o juiz obrigada a tentar novamente a conciliação na abertura da audiência de instrução, nos termos do artigo 359 do CPC.

Por fim, no mesmo ano, 2015, foi promulgada a Lei nº 13.140, Lei da Mediação, regulando de forma pontual o importante meio de solução autocompositiva de litígio, versando inclusive sobre a mediação extrajudicial e o condão gerador de título executivo, conforme disposto pelo parágrafo único de seu artigo 20, o que, sem dúvida robusteceu o instituto.

Deste modo, atualmente no Brasil os métodos autocompositivos de solução de conflitos possui a devida atenção, promoção e incentivo do Estado, cujo desenvolvimento pode ser percebido a olhos nus, cumprindo os institutos jurídicos necessários a redução de custos de transação, restando somente pendente ações afirmativas de modificação da cultura do litígio, tendo em vista que tais meios ainda não são muito utilizados, mas estão em escala de crescimento, conforme pode ser observado no Relatório do Justiça em Números, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça.



5 FALHA NA NEGOCIAÇÃO PRIVADA E ESCOLHA DO REMÉDIO JURÍDICO COMO FATOR DE REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E CONSEQUENTE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Ainda que restem estabelecidos de modo claro o direito de propriedade, assim como sua proteção, e incentivados os meios de autocomposição do conflito, existem situações em que se pesem todos os esforços a negociação inicial falha sendo por isso necessária a intervenção estatal.

Neste contexto, a questão a ser respondida é: que tipo de tutela deve ser proporcionada na busca da eficiência econômica, da alocação eficiente dos recursos, já que estas impactam nos valores da negociação: inibitória ou indenizatória?

Novamente a escolha ocorre de acordo com os custos de transação envolvidos, estas diretamente ligadas, segundo Cootler e Ulen, a existência ou inexistência de cooperação entre as partes: se altos (inexistente a cooperação entre as partes) a ideal a tutela indenizatória, se baixos (partes em cooperação) ideal a inibitória. Vejamos a razão:

Como visto anteriormente, no conflito os custos de transação exógenos referem-se ao custo de localização (encontrar o bem ou direito a ser negociado ou aquele que os detém), o custo de negociação (maior quanto mais indivíduos envolvidos, maior animosidade entre as partes e distância geográfica) e supervisão (maior quanto mais diferido no tempo).

Logo, verificando somente estes elementos, muitas vezes o custo de transação apresenta-se baixo, mas ainda assim a demanda é submetida a decisão pelo Poder Judiciário, que deve escolher a tutela a ser aplicada no caso concreto, situação aparentemente paradoxal explicada por Porto e Garoupa (2020) da seguinte forma:

“A fim de questionar essa prescrição, seria possível indagar se, caso uma determinada contenda chegou ao Judiciário, não seria a judicialização do caso uma indicação de que ele envolve alto custo de transação? Afinal, pode-se argumentar que, caso os custos de transação fossem baixos o suficiente as partes já teriam barganhado e negociado e chegado a uma alocação eficiente dos direitos, antes da judicialização. No entanto, o argumento é falacioso. Muitos dos custos de transação podem ser endógenos ao direito, ou seja, por motivos de imprecisão jurídica ou mesmo razões políticas, o direito cria custos de transação por meio de normas e princípios mal definidos.

A ‘obscuridade’ do direito, portanto, eleva o custo de transação, induzindo as partes, a verdadeiramente divergirem quanto a quem pertence o direito em disputa, ou seja, quanto a quem pertence o direito de propriedade demandado. Em situações como essa, a decisão judicial tem por uma de suas funções elucidar a titulação do direito em questão.”

Deste modo, assim como apontado anteriormente, a razão dos custos de transação apresentarem-se altos, quando se vistos somente sob a ótica exógena seriam baixos, diz



respeito as instituições jurídicas e a imprecisão destas, o que traz mais uma vez para a definição do direito, das instituições jurídicas, a tarefa de gerar a eficiência econômica a ser aplicada ao caso concreto.

Esta correlação é demonstrada por Porto e Garoupa (2020) no seguinte trecho de sua obra:

“... quando apreciamos a Teoria Normativa de Coase, oportunidade em que afirmamos que, conquanto, em regra, os custos de transação sejam exógenos ao ordenamento jurídico, há obstáculos aos direitos de propriedade que podem decorrer do próprio sistema jurídico. Isto indica que a definição clara dos direitos de propriedade pode enfraquecer eventuais obstáculos, reduzindo o custo de transação, que impedem a negociação entre os proprietários.”

Nestes casos, a tutela mais eficiente a ser aplicada é a inibitória, pois os custos exógenos são baixos, o que significa que há toda estrutura para a cooperação entre as partes. Assim, como esta tutela em questão está voltada para o futuro, e se consubstancia em evitar a prática ou repetição do ilícito, eliminando as incertezas, o ambiente se torna verdadeiramente favorável a negociação pelas partes, não demandando maiores interferências do Estado.

Assim sendo, nestes casos a sentença apenas encerra o debate judicial, mas não o direito em disputa, uma vez que ela retira o custo endógeno da indecisão, reduzindo por isso o custo de transação estimulando a negociação privada.

Além disto, a tutela inibitória apresenta-se como melhor opção pois com ela o Poder Judiciário não incorre no custo de investigar e decidir sobre o valor da indenização, assim como não corre o risco de errar nesta medida, pois nem sempre o valor indenizatório correto é o valor de mercado do bem, garantindo deste modo melhor eficiência à solução final, visto ser esta construída pelas próprias partes envolvidas.

Tal implicação é enunciada por Cootler e Ulen, citados na obra de Antônio Porto e Garoupa (2020):

“Para Cootler e Ulen, a condição de baixos custos de transação propicia e, mais do que isto, estimula a negociação interna entre as partes e o encontro de uma solução eficiente. Portanto, quando o judiciário retira, através de decisão judicial, os custos endógenos do direito, os entraves à cooperação desaparecem e as partes podem chegar ao resultado mais eficiente.”

Exemplificando tal situação de modo a esclarecê-la os autores supracitados desenvolvem o seguinte exemplo:

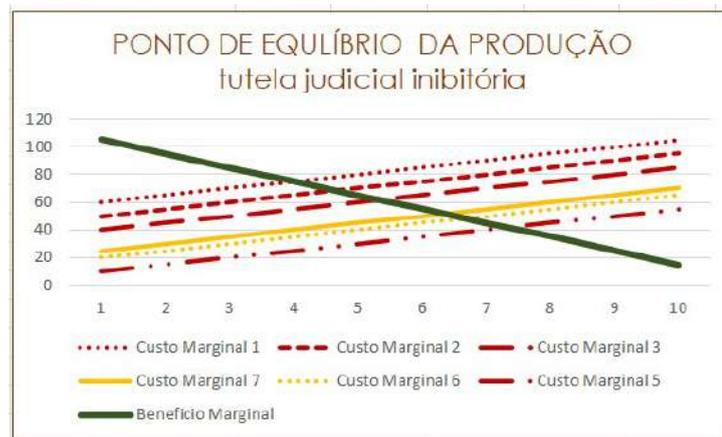
“Muito embora, aparentemente, os custos de transação supostamente fossem baixos – baixo custo de localização, negociação e supervisão – os direitos de propriedade não estavam claramente definidos. Pode ser que A e



B tivessem dúvidas quanto à posição correta da divisa. Neste caso, o aumento do custo de transação se deu por uma 'obscuridade' do direito, tendo em vista que as partes, verdadeiramente, divergiam quanto à localização correta da linha divisória de seus terrenos. O aumento do custo de transação se deu, portanto, por uma indefinição do direito. O direito pode, desse modo, adquirir, nesses casos, o papel de protagonista, na incumbência de reduzir os custos de transação e propiciar – ou até mesmo mais que isto, incentivar – a segurança privada. Afinal, se os direitos de propriedade estivessem definidos claramente, a negociação na esfera privada teria sido facilitada. (...) O fato é que, tão logo prolatada a sentença, A e B passam a enxergar a clara definição dos direitos de propriedade e, em razão desta, podem, finalmente, iniciar uma negociação privada, afinal, todos os outros custos – localização, negociação e supervisão – são baixos o suficiente para permitir a sua realização. Neste ponto, o que sustentávamos antes se confirma: a partir da definição clara dos direitos de propriedade – que, na hipótese, se deu pela interferência da decisão judicial – a negociação de tornou possível.”

Sob a ótica gráfica, não há dúvida de que a saída da órbita extrajudicial de solução dos litígios, ainda que através do instituto heterocompositivo da arbitragem, gera um retrocesso no nível de produção, uma vez que provoca aumento do custo de transação, especialmente considerando a morosidade do esgotado Poder Judiciário, assim como a dificuldade em relação a especialização da decisão, visto que os juízes recebem uma gama de assuntos diversificados diariamente para decidir, além da ausência de sigilo *a priori*, o que afeta especialmente as demandas comerciais/empresariais.

Com isso a curva de custos de produção se desloca para cima, dado o incremento do custo de transação quando comparado as soluções extrajudiciais autocompositivas do conflito, gerando ponto de equilíbrio a um nível de produção menor que o comparativo supracitado.



Fonte: arquivo particular dos autores.

Vista a situação em que a tutela inibitória se apresenta como meio mais eficiente para alocação dos recursos, quando então a tutela indenizatória demonstra-se a melhor forma para obtenção da solução economicamente eficiente?



Como visto acima a tutela indenizatória é aplicável a situações em que o custo de transação é alto, e notadamente inexistente cooperação entre as partes. Tal tutela é voltada para o passado, e possui como objetivo sanar danos já ocorridos, além de desencorajar a repetição destes no futuro.

No que concerne a seu cabimento, esta ocorre de acordo com a natureza da responsabilidade envolvida, contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva. Fato é que de certa forma, neste tipo de tutela a culpa é discutida, seja diretamente em razão do causador do dano, ou nos casos de responsabilidade objetiva, em relação à vítima, de modo a verificar se no caso concreto há excludente de responsabilidade através da verificação da culpa exclusiva desta.

Trazendo a sistematização da culpa para a análise econômica do direito, o juiz Learned Hand desenvolveu a fórmula com o objetivo do estabelecimento de parâmetros para a caracterização das condutas culposas. Para tanto, o fundamento é de que há necessidade de sopesamento do dano de um lado e dos custos de precaução do outro para se obter uma decisão eficiente quanto a culpa.

Segundo Hand, o potencial causador A de um dano terá agido com culpa se não houver adotado a medida de precaução cujos custos marginais fossem menores que a consequente redução do dano esperado. Mais uma vez o determinante encontra-se no fronteiroço ponto de equilíbrio, traduzido graficamente abaixo:



Fonte: arquivo particular dos autores.

Quando a precaução tomada pelo causador do dano estiver à esquerda do ponto de equilíbrio, resta identificada a conduta culposa, pois a precaução que poderia ter sido tomada possuía um custo menor do que o dano causado, não tendo sido tomada por imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano, e por isso culpa.



Noutro giro, caso a precaução tomada pelo causador do dano localize-se a direita do ponto de equilíbrio, não há culpa, mas sim precaução excessiva e portanto, não indenizável, mas apenas caracterizadora de ineficiência na alocação dos recursos na direção da prevenção dos danos.

Portanto, no que concerne a tutela indenizatória, esta torna-se a tutela mais eficiente na alocação de recurso quando o custo de transação é alto, não há cooperação entre as partes, e está presente o elemento culpa, que do ponto de vista da análise econômica do direito ocorre quando o custo para a prevenção do dano é menor do que o custo incorrido pela concretização deste dano, surgindo então o dever de reparação por parte do causados do evento danoso.

Do ponto de vista gráfico, ainda que seja a tutela mais eficiente quando os custos de transação derivados da negociação direta entre as partes continua alto, em que se pesem todas as tentativas de sua redução, esta repercute negativamente no nível de produção e consequentemente no desenvolvimento econômico do país, uma vez que mais uma vez sobem a curva dos custos de produção, em razão da manutenção da alta parcela dos custos de transação, o que reduz ainda mais o ponto de equilíbrio onde o custo marginal para produção de uma unidade iguala-se ao benefício marginal obtido com a circulação desta, demonstrando que a tutela indenizatória deve ser exceção nas soluções de conflitos.

6 CONCLUSÃO

Como pôde ser observado ao longo do estudo, as ciências jurídicas e econômicas possuem forte intersecção na qual o direito atua como importante propulsor do desenvolvimento econômico, papel que pode ser observado claramente na análise do direito de propriedade, meio original de apropriação e posterior circulação de riquezas.

Dentro desta “relação simbiótica” entre direito e economia para o desenvolvimento econômico, pôde ser verificado, inclusive em análise gráfica, que o principal foco de ambas as ciências está em provocar e estimular trocas voluntárias e diretas entre os detentores dos bens, pois somente estes sabem o valor dado à transação, constatação explicada pela economia na teoria das curvas de utilidade (ou indiferença), e consequentemente o valor agregado ao mercado como um todo com a negociação.

Para que tal ponto de eficiência seja atingido, este definido pelo princípio da maximização da satisfação pessoal e do bem estar social, o papel do Estado, como redutor de impedimentos a negociação e das externalidades negativas, é fundamental, sendo primordialmente exercido através das instituições jurídicas voltadas, com fundamento no



Teorema Normativo de Coase , especialmente para o reconhecimento e proteção da propriedade, assim como ao estímulo das negociações privadas, notadamente através dos meios extrajudiciais autocompositivos dos litígios, os quais, como comprovado graficamente, possuem o condão de atingir o maior volume de produção em equilíbrio, e conseqüentemente o maior nível de desenvolvimento do país.

No entanto, como detalhadamente verificado, nem sempre, em que se pesem o reconhecimento e proteção da propriedade e a adoção de incentivo aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos por parte do Estado, é possível promover a barganha direta entre as partes de modo a atingir o ponto ideal de produção, especialmente pelo fato de que o custo de transação envolvido é composto também por elementos exógenos (custo de localização, negociação e execução) não controláveis pelo direito.

Por isso, com vistas a redução do custo de transação em busca do desenvolvimento econômico, foram também estudados os meios heterocompositivos de conflitos, no qual a arbitragem apresentou-se como melhor escolha, quando possível, visto que é a que causa menor retrocesso no nível de produção.

Contemplando a inexistência de possibilidade da arbitragem, foram estudados também o impacto da prestação jurisdicional pública, que também afeta de modo diverso o nível de produção de acordo com suas características.

Quando inevitável a interferência do Estado na decisão do litígio, concluiu-se que, sempre que possível o ideal encontra-se em promover a tutela inibitória, tendo em vista que esta retira a matéria em litígio, seja através de uma tutela de urgência, ou mesmo da própria decisão final, permitindo que a partir deste ponto as partes transacionem diretamente para a concretização do objeto/direito demandado.

Deste modo, a conclusão do presente estudo é de que o papel do Estado é fundamental para o desenvolvimento econômico da nação, do qual as instituições jurídicas assumem extrema relevância, e dentro destas as que promovem e incentivam os meios extrajudiciais de conflitos, especialmente os autocompositivos, tornando mais eficiente o direito da personalidade acesso à justiça em razão do seu mecanismo multiportas.

Dentro deste contexto, foi então verificado o atual estágio em que se encontra a economia e o ordenamento jurídico brasileiro, concluindo este estudo que o Brasil está, no que se pode dizer de forma popular “no meio do caminho”, pois já possui importantes instituições jurídicas que reconhecem e protegem o direito de propriedade, mas estas ainda promovem interpretações diversas, o que gera insegurança no mercado e conseqüente retração da produção.



Por isso, o desafio brasileiro, entre outros, para o estímulo do crescimento econômico, encontra-se na promoção da segurança jurídica e previsibilidade as aplicações das instituições jurídicas já existentes quando ao reconhecimento, e especialmente quanto à proteção do direito de propriedade.

Noutro giro, no que concerne aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, verificou-se que o cenário brasileiro se apresenta bastante favorável e avançado quanto as instituições jurídicas que preveem e estimulam tais soluções. Por isso, conclui-se que o desafio nesta área está na mudança da cultura brasileira do litígio, o que faz com que hoje existam muitos instrumentos disponíveis, mais com pouca utilização no dia a dia, tendo o Estado papel promocional importante para tanto.

REFERÊNCIAS

COOTLER, Robert e ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5ª Edição. Porto Alegre. Bookman Editora. 2010.

DORNBUSCH, Rudier and FISHER, Stanley. **Macroeconomics**. Fifth Edition. United State of America. McGraw-Hill. 1987.

FERGUSON, C.E. **Microeconomia**. Traduzida por Almir Guilherme Barbassa e Antônio Pessoa Brandão. Rio de Janeiro. Forense. 1989.

HAL, R. Varian. **Microeconomia – Uma abordagem moderna**. 6ª Edição. Rio de Janeiro. Campus. 2003

IBGE – SÉRIES ESTATÍSTICAS E SÉRIES HISTÓRICAS. Disponível em <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br>. Acesso em 12/03/2021

LEAL, Fernando. **Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica**. IN CASTELAR PINHEIRO, Armando; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia R.P. Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro. FGV Editora. 2019.

MILANEZ, Márcia Marta. A conciliação e a mediação como instrumentos para a desjudicialização das relações sociais. **Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em <https://www.editorajc.com.br/cociliacao-mediacao-instrumentos-desjudicializacao-relacoes-sociais/>, acesso em 11 de maio de 2021.

NORTH, Douglass, THOMAS, Robert. P. **Custos de transação, investimento e desempenho econômico**. Rio de Janeiro. Instituto Liberal. 1992.

PIMENTEL, Wilson. Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litígio. Rio de Janeiro. **Lumen Juris**. 2019.

PINHEIRO, Armando Castekar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro. Editora Campos Elsevier. 2005

PORTO, Antônio Maristrello e GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo, Atlas, 2020.



SANDER, Frank e CRESPO Mariana Hernadez. **Diálogos entre os professores Frank Sanders e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do tribunal IN** (vários) **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de conflitos no Brasil.** Rio de Janeiro. FGV. 2012.

SZTAJN, Rachel. e ZYLBERSZTAJN, D. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro. Elsevier, 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** Rio de Janeiro. Forense. 2008.

TIMM, Luciano Benetti e CAOVIALLA, Renato Vieira. Propriedade e Desenvolvimento: Análise Pragmática da Função Social IN Yeung, Luciana. **Análise Econômica do Direito.** São Paulo. Actual. 2020.

VERA, Flávia Santinoni. Análise Econômica da Propriedade IN Timm, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil, estudos sobre a análise econômica do direito.** 4ª Edição. Indaiatuba/São Paulo. Editora Foco. 2021.

WATANABE. Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos IN (vários) **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de conflitos no Brasil.** Rio de Janeiro. FGV. 2012.