

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Gina Vidal Marcilio Pompeu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-325-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Economia. 3. Sustentavel. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I

Incrivelmente, chegamos à segunda metade do mês de junho de 2021. De especial?... a vida! Comemorar a vida, pois, indubitavelmente, somos sobreviventes, até aqui, de uma das maiores tragédias sanitárias mundiais dos últimos cem anos, ainda, relevados os tempos da “Gripe Espanhola” no início do Século passado. No dia 19 de junho de 2021, no Brasil, verificou-se a triste marca de 500.800 mortes por COVID-19 que, para além, de um número inaceitável em pleno Século XXI, é a prova de que ainda estamos fracassando no objetivo de preservar nossa humanidade. São tempos difíceis em que o Planeta sofre as agruras da incompreensão, da destruição, da desarmonia e do egoísmo insano para a acumulação; por fim, insólita, em à medida que caminhamos, a passos largos, rumo a um futuro catastrófico e de incertezas. Nesse cenário de um Planeta em mutações climáticas, ambientais e comportamentais, assim como, em vista dos perigosos e avassaladores avanços da COVID-19, não resta outra possibilidade de avanço pela vida que não a Ciência. Destarte, também, para nós, operadores e pesquisadores do Direito, compete o empenho para o crescimento da estabilidade Institucional no País, para a busca da justiça e para o necessário e oportuno desenvolvimento da doutrina pátria com vistas à inarredável contribuição para implementação de um processo legislativo oportuno e da benfazeja tomada de decisão no Judiciário. Vimos, então, novamente, registrar nossa humilde contribuição para a Ciência do Direito, nesta ímpar oportunidade do III Encontro Virtual do CONPEDI. Registram-se, portanto, aqui, os esforços de pesquisadores de toda parte do nosso Brasil que se dedicam ao tão apreciado, por todos nós, Direito Econômico, agora, ombreado pela Análise econômica do Direito e o ambientalismo para o desenvolvimento. Para além da vida, então, urge como necessário registrar que estamos, já, no III Evento Virtual do CONPEDI que possibilita, mais essa novel oportunidade para que nos encontremos nos GT’s I e II de Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável (DEDES). Fomos e somos resilientes e, aqui, estamos novamente para registrar os esforços de tão seletivo grupo de iniciados e pensadores do Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito para a busca do desenvolvimento sustentável. Por ora apresentamos os seguintes trabalhos e seus autores divididos em 05 Subgrupos de apresentação a saber: a) ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (LaE); b) DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO; c) DIREITO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL; d) DIREITO ECONÔMICO DA EMPRESA e; e) DIREITO

AMBIENTAL ECONÔMICO. Destarte, se passa a enaltecer e convidar o atento público para análise dos seguintes artigos, propedeuticamente organizados nos citados grupos de temas. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A ESSÊNCIA TRANSDISCIPLINAR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO de autoria de Luiz Eduardo Dias Cardoso e Everton das Neves Gonçalves apresenta aspectos propedêuticos para os iniciantes no estudo da LaE enfatizando a interdisciplinaridade com a Microeconomia decorrente da simbiose entre o Direito e a Ciência Econômica peculiar à AEDI e os aspectos históricos; O MARKETPLACE TECNOLÓGICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO escrito por Fabiano Nakamoto, Fabio Fernandes Neves Benfatti e Iuri Ferreira Bittencourt descreve a possibilidade de um “lugar de mercado” que pode e deve ser analisado a partir da LaE, vez que as interações comerciais e empresariais cada vez são mais dinâmicas e virtuais; DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO: REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO DIREITO ECONÔMICO NA INTERRELAÇÃO ENTRE O INDIVÍDUO E O MERCADO CAPITALISTA elaborado por Claudio de Albuquerque Grandmaison e Carla Abrantkoski Rister trata do papel do Direito Econômico frente ao Sistema Capitalista Neoliberal na perspectiva do Princípio da Dignidade Humana como vetor de otimização de interpretação das normas jurídicas segundo visão humanista e deontológica com foco na liberdade do ser humano; A LIBERDADE ECONÔMICA NO ESTADO SOCIAL ECONÔMICO: DESENVOLVIMENTO QUE NÃO DISPENSA A PRESENÇA ESTATAL de autoria de Cleide Sodre Lourenço enfatiza a atuação do Estado enquanto ator indispensável ao desenvolvimento econômico e social cunhado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88); DECRESCIMENTO COMO ALTERNATIVA AO DESENVOLVIMENTO apresentado por Ana Amélia Lobão analisa a Teoria do Desenvolvimento baseada na Teoria francesa do Decrescimento relacionada com a redução de consumo e com as práticas sustentáveis atendendo a demanda da tutela coletiva de um desenvolvimento inclusivo; DIREITO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL: APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO ESTATAL DOS PREÇOS PRIVADOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 trazido ao CONPEDI por Leonardo de Andrade Costa verifica os contornos jurídicos dos principais instrumentos regulatórios e limites da interveniência Estatal sobre a liberdade dos agentes econômicos para estabelecerem os preços privados no Brasil, a partir do contexto desenhado pela Pandemia da Covid-19; O AUXÍLIO EMERGENCIAL COMO MEDIDA INTERVENCIONISTA DIANTE DA CRISE PELA COVID-19: O PENSAMENTO KEYNESIANO E A CRFB DE 1988 criado por Talita Danielle Costa Fialho dos Santos, Suzy Elizabeth Cavalcanti Kouri e Ana Elizabeth Neirão Reymão destaca as políticas públicas de transferência de renda em tempos de crise, como é o caso da pandemia pela COVID-19, notadamente o Auxílio Emergencial; ASPECTOS DETERMINANTES NA IDENTIFICAÇÃO DO DUMPING SOCIAL INTERNACIONAL E SUA RECEPÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

elaborado por Joana Stelzer, Monique de Medeiros Fidelis e Michele de Medeiros Fidelis explana acerca do Dumping Social, mormente, quanto aos aspectos que caracterizam e auxiliam na identificação do dito Dumping Social no âmbito internacional, especialmente quanto à recepção na legislação brasileira; DIREITO ECONÔMICO DA EMPRESA: CLEANTECHS: VALORES DE COMPENSAÇÃO PELA ENERGIA RETORNADA NA REDE SOBRE PAINÉIS SOLARES criado por Richard Bassan e Cristiana Carlos do Amaral Contídio pensa as possíveis alternativas sustentáveis a partir das startups e o problema da tarifação das contas de energia e a possibilidade de utilização do sistema de compensação de energia como forma de redução da conta a partir do excedente de energia da micro e minigeração; CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO CADE COMO FORMA DE PREVENÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA de autoria de Fábio André Guaragni, Maria Victória Esmanhoto e Karla Helene Vicenzi responde ao questionamento sobre a necessidade de intervenção do CADE em contratos de transferência de tecnologia como prevenção aos crimes contra a ordem econômica; EMPRESA ESTATAL: ANTIGOS DILEMAS, A LEI 13.303/16 E NOVOS HORIZONTES apresentado por Aline Zaed de Amorim estuda o manejo na extensão conceitual do interesse público perseguido pelas empresas estatais e a discricionariedade politico-administrativa, já com o advento da Lei 13.303/16; FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL, PERSPECTIVAS PARA UMA NOVA VISÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL escrito por Douglas de Oliveira Santos aborda o papel da empresa e do empresário para o desenvolvimento do Estado segundo novel visão sobre os meios de produção, compliance e Responsabilidade Social Empresarial; CORRUPÇÃO, CAPITAL CÍVICO E EDUCAÇÃO de parte de Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni que analisam o fenômeno da corrupção a partir do conceito de “capital cívico” apontando a educação em Direitos Humanos voltada para a cooperação e para a cidadania como forma de reduzir a corrupção; DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO PATRIMÔNIO GENÉTICO AMBIENTAL BRASILEIRO E A BIOPIRATARIA apresentado por Renato Zanolla Montefusco estuda a proteção ao seu patrimônio genético ambiental e punição da biopirataria; A RELAÇÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: OS IMPACTOS DA MUDANÇA DE PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL trazido por Ligia Ohashi Torres e Suzy Elizabeth Cavalcanti Koury destaca os impactos que o modelo de Estado neoliberal gera na efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desejando a todos (as) profícua leitura, reiteramos nossos votos para que todos (as) mantenham-se saudáveis e resilientes para que vençamos as agruras da Pandemia de COVID-

19 e todas as desafiadoras experiências que teimam em nos fazer perder a maravilhosa dádiva de poder estar vivo e feliz. Que venhamos, todos (as) a nos reencontrar no IV Evento do CONPEDI Virtual.

Junho de 2021.

Everton Das Neves Gonçalves

Prof. Dr. Titular da Universidade Federal de Santa Catarina

Gina Vidal Marcilio Pompeu

Profa. Dra. Da Universidade de Fortaleza

**O MARKETPLACE TECNOLÓGICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.
THE TECHNOLOGICAL MARKETPLACE AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF
LAW.**

Fabiano Nakamoto ¹
Fabio Fernandes Neves Benfatti ²
Iuri Ferreira Bittencourt ³

Resumo

A Análise Econômica do Direito (AED) é disciplina que permite ao operador do direito valer-se do ferramental da microeconomia, através do marketplace, avaliar a eficiência da decisão à luz da regra de Kaldor-Hicks. A doutrina americana sugere que a Análise Econômica do Direito para a realidade dos países de civil law é possibilidade de oxigenação da doutrina e nova visão para o Direito. A atuação da Análise Econômica do Direito no contexto brasileiro encontra um vasto campo de atuação, seja porque a dinamicidade das relações comerciais e empresariais assim exigem.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Direito civil, Direito econômico, Direito negocial

Abstract/Resumen/Résumé

The Law and Economics is the discipline that allows operator of the law to use the tools of microeconomics theory, through the marketplace, to evaluate the efficiency of decision based on the rule of Kaldor-Hicks. The American doctrine suggests that the Law and Economics for the reality of civil law countries is the possibility of oxygenation the doctrine and a new vision to Law. The Law and Economics acting in the brazilian context finds a wide field of action, either because the dynamics of commercial and business relations demand.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and economics, Negotiation law, Civil law, Economics law

¹ Mestrando em Direito, Tecnologia e Sociedades pelas Faculdades Londrina. MBA em Gestão Empresarial. Especialista em Direito Empresarial. Bacharel em Direito pela UEL. Diretor da OAB/Londrina.

² Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial, ambos pela UEL. Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália.

³ Mestrando em Direito, Tecnologia e Sociedades pelas Faculdades Londrina. Bacharel em Direito (Faculdade de Apucarana - FAP); Especialista em Direito Público (Universidade Potiguar - UNP); Especialista em Direito Previdenciário (FAAT).

INTRODUÇÃO

A dinâmica empresarial, não restrita exclusivamente às grandes corporações, mas até o mais simples comerciante de rua, entende que o *timing* das relações negociais é imprescindível para o sucesso da atividade empresarial.

O Marketplace é o exemplo a ser aplicado, através de técnicas da negociação, a partir da visão de Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton, no livro “Como Chegar ao Sim” (2018), cuja primeira edição de 1981 foi resultado do Projeto de Negociação de Harvard (*Harvard Negotiation Project*), nesse contexto o Marketplace tem importância no seu desenvolvimento no mundo virtual, assim a tecnologia é fator essencial para uma visão disruptiva e indicá-la como uma solução na perfectibilização desta eficiência e agilidade.

É justamente a imediaticidade do desejo do consumidor, que quer ser atendido de forma imediata e com qualidade, que obriga as empresas a entregarem igualmente, de forma imediata e com qualidade. Esta é a demanda, as empresas, neste viés, seguem para atender o seu destinatário final.

O empresário enfrenta, além do risco do próprio insucesso empresarial, por não atingir o seu público alvo, uma estrutura legal, com emaranhado de obrigações decorrentes de leis e interpretações judiciais, que conforme se argumentará neste artigo, aumentam o custo dos produtos e serviços, que de forma indireta, precisam absorver todo o aparato estatal.

O Poder Judiciário não reflete necessariamente a melhor expressão da solução para os jurisdicionados, seja porque será um terceiro a solucionar os problemas das Partes, que não necessariamente considerará as barganhas que cada parte estaria disposta a fazer para uma solução mais próxima da Justiça para as duas partes, seja porque há uma histórica e sistemática morosidade que decorre da grandiosidade do sistema, assim considerados o seu acervo de processos e suas diversas nuances processuais.

A pesquisa doutrinária foi a metodologia utilizada neste estudo eis que se considerou autores que tratam da temática proposta e que permitiram as premissas que, através do método dedutivo, concatenaram a construção deste trabalho.

Este é o cenário que em a Análise Econômica do Direito (AED) está inserida na argumentação que se pretende neste trabalho. A intenção é não apenas trazer conceitos da Análise Econômica do Direito, mas sim, demonstrar como, na prática, ela poderia ser interpretada e utilizada, através de seus fundamentos.

Mackaay e Rousseau (2020, p. 675-676), sugerem que a Análise Econômica do Direito é uma ferramenta, para o sistema civilista, capaz de “reanimar a doutrina”, permitindo a reconexão com a realidade social:

“Seu papel nos sistemas civilistas não é, claro, idêntico ao que tem nos países de *common law*. Nos sistemas civilistas, a esperança que traz está em reanimar a doutrina, que tendia a se confinar a um papel descritivo e lembrá-la de sua função, que é pôr em evidência, esclarecer, os fundamentos do direito civil e mostrar sua ligação com a realidade social e as necessárias adaptações às novas realidades. Longe de ameaçar a tradição civilista, a análise econômica do direito promete, ao contrário, reforçar os aspectos que exigem mais respeito. A análise econômica do direito pode consolidar o conhecimento do “civilista comum”, que Philippe Rémy vê ameaçado pelos “especialistas”, cada vez mais numerosos em domínio cada vez mais restritos. Nenhuma outra disciplina próxima do direito – a sociologia do direito, a antropologia jurídica, a criminologia – oferece suporte tão amplo, tão concreto e variado para a compreensão do direito.”

Os fundamentos da Análise Econômica do Direito que se utilizam neste trabalho possuem suas influências no já citado livro de Mackaay e Rousseau, uma vez que, trata-se de uma obra, que traduzida para o vernáculo, vale-se da expertise e trajetória acadêmica dos autores professores canadenses e dos paralelos e análises das notas de tradução da professora Rache Sztajn.

Este artigo, portanto, transita em demonstrar o contexto e como a Análise Econômica do Direito será apresentada como uma possível solução para este cenário do judiciário brasileiro.

1. A EMPRESA E JUDICIÁRIO

1.1. A empresa que precisa ter agilidade e eficiência

A dinâmica empresarial exige a maximização dos resultados não porque o empresário ou empreendedor pretende apenas lucros. Dessa forma a utilização da tecnologia é importante para alavancar as vendas, e nesse cenário surge o marketplace:

“Em sentido estrito, os marketplaces são empresas de comércio eletrônico, que aproximam compradores e vendedores por meio de plataformas centralizadas para a venda de produtos ou serviços.” (BACEN, 2021)

Logo, marketplace tem definição do Banco Central do Brasil, BACEN, como visto acima, pois é uma questão de sobrevivência, adaptando-se às novas práticas inovadoras e disruptivas, que a interconexão exige:

“Muitas empresas brasileiras, antes mais modestas e menos agressivas, com atuação apenas local e de forma tradicional, perceberam as várias mudanças nos cenários de atuação e das “regras do jogo”, e tiveram que adaptar suas práticas à nova realidade. No mundo atual, em função, dentre outros fatores, da globalização dos mercados, mesmas questões antes restritas a outras empresas outros países e até outros mercados, agora afetam a todos e, em muitos casos, entender essas novas práticas e com elas conviver (de preferência dominando-as) deixou de ser uma questão de sobrevivência. E as empresas que a isso tudo melhor se ajustaram, passaram a alcançar voos mais altos, ganhando musculatura, desbravando outros mercados e vivendo, como consequência, situações mais complexas – inclusive no aspecto jurídico.” (LEITE, 2010, p.32/33)

José Goutier Rodrigues, então gerente jurídico da *Samsung Electronics* no Brasil (2010, p. 230/231), aponta a estrutura estatal, através do excesso de regulamentação e a regras do direito tributário, chamando-o de *impostolândia*, de responsáveis pela *aflição empresarial*, já que, muito embora ninguém possa escusar-se de cumprir a lei, a sua aplicação de igual complexidade, porque sequer o juiz “*conhece na sua inteireza, a legislação*”:

“A estrutura estatal, como todos sabem, não funciona em benefício dos cidadãos, tanto menos da classe empresarial. O excesso de regulamentação paralisa a econômica, causando desemprego. A legislação é editada e alterada a todo o momento, nos planos federal, estadual e municipal. Muitas leis são criadas e promulgadas, porém sem eficácia, contribuindo para o emaranhado legislativo.

Também na seara do direito tributária, para não fugir à regra, as normas jurídicas são criadas de forma, muitas vezes, escusas e atabalhoada. Nosso Brasil é a *Impostolândia*: faltou dinheiro, criam-se tributos.. Assim, como o intuito de resolver as inúmeras e intermináveis pendências orçamentárias, o legislador nos presenteia e ao mesmo tempo nos assusta com leis repletas de imperfeições e antagonismos. Isto, se citar intocáveis medidas provisórias, verdadeiras anomalias jurídicas criadas diuturnamente pelo Executivo, que auxiliam a contaminar e apodrecer todo o sistema jurídico brasileiro. As leis tributárias e de ordem econômica, além de numerosas – algo como dezenas de milhares – são confusas. Tácito, que viveu no início do primeiro milênio da era cristã dizia: “*corruptissima res publica plurimae legis*” (“o mais corrupto dos Estados tem o maior número de leis”).

Diz a regra jurídica que “*ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*” (Lei de Introdução do Código Civil, art. 3º).

Na prática, porém, o que se verifica é que os cidadãos não têm conhecimento de muitos dos direitos de que são titulares ou das obrigações a que devam respeitar. O próprio juiz tem grandes dificuldades para aplicar o direito, porque ele também não conhece, na sua inteireza, a legislação.”

Bem verdade que o viés de discussão do advogado de grande empresa privada, tende a um olhar com vistas à intervenção mínima do Estado, mas o ponto que se quer trazer à baila, é justamente demonstrar que o setor empresarial tende a querer soluções que não dependam a máquina estatal, e em especial a judiciária.

Ao tratar especificadamente da atuação do advogado de empresa, Viviane Ribeiro Gago (2010, p.38-39), menciona as dificuldades do profissional em justificar para o executivo uma demanda que demora mais de sete anos para ser solucionada, sem garantia de sucesso.

E mais ainda, outros fatores como a visão de que a empresa, vista como “litigante forte” poderia sofrer com desequilíbrio pelo protecionismo do Estado; Gago assume também que parte da responsabilidade está nos demais operadores do direito que, com base na legislação jurídico-processual, os recursos podem se tornar posturas protelatórias:

“Os advogados de empresa, certamente, como outros aplicadores do direito têm muitas expectativas em face do Poder Judiciário, quando suas pretensões são levadas a decisão. Entre as expectativas dessa classe está a de esperar a solução da lide com celeridade, de maneira a evitar perda de tempo e dinheiro, bem como evitar um aumento da falta de credibilidade no Estado, até porque como podemos explicar a um executivo, leigo em questões jurídico-processuais, que um processo demora cerca de sete, oito ou mais anos para ser resolvido, sem garantia de reaver o que foi perdido!

Não é interessante para qualquer um que procure os serviços jurisdicionais do Estado, vivenciar uma disputa que demore longos anos para finalizar-se e que leve uma das partes a vencer a demanda, sem, no entanto, ver seus pedidos atendidos em decorrência da morosidade do Poder Judiciário.

A visão protecionista do que litiga com a grande empresa, ou o excessivo rigor para com o “litigante forte”, pode revelar um preocupante desequilíbrio do Judiciário.

Por outro lado, configurando-se parte da mesma preocupação, não podemos esquecer que o sistema jurídico-processual brasileiro permite que o direito de defesa seja exercido até as últimas consequências, desencadeando posturas protelatórias das partes, o que também contribui demasiadamente para a morosidade do sistema. Dessa forma podemos dizer que cada qual tem a sua culpa e responsabilidade no presente cenário.”

1.2. O Judiciário que não entrega eficiência esperada

Costandrade *et al* (2013, p.37-67), relembra que desde a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, com a chamada “Reforma do Judiciário”, diversas iniciativas ganharam força com vistas à conferir maior celeridade aos processos judiciais e efetividade às decisões proferidas. Apontam a criação do CNJ, a Súmula Vinculante, Pactos pelo Judiciário.

A crítica que se faz ao que efetivamente se implementou, está relacionada à preocupação, conforme os Autores, de que se quis reduzir o tempo de tramitação dos processos e diminuir a carga de trabalho, implementando-se, por exemplo, “julgamento de matérias repetitivas, reforma do sistema recursal [...]” (p.44).

Em dezembro de 2019 a Justiça Brasileira encerrou o ano com acervo de 77,1 milhões de processos, que de acordo com o CNJ (2020, p.4), são números compatíveis com o ano de 2015, sendo que nos últimos dois anos, houve uma redução do estoque na ordem de 2,4 milhões de processos.

A Justiça em Números revela a taxa de congestionamento, que indica o percentual de processos que ficaram represados sem solução comparando-se com o total tramitado em um ano. Quanto maior o número obtido, maior é a dificuldade dos Tribunais na solução de seu acervo de processos.

Esse percentual também demonstra uma redução neste congestionamento já tendo sido de 70,6% em 2009, 73,4% em 2016 e em 2019 o número é 68,5% (CNJi, p. 112).

Não apenas a eficiência aumentou, mas também as despesas do judiciário também cresceram em 2019 um percentual de 2,6% em relação ao ano anterior de 2018, sendo que atingiu a marca de R\$100,2 bilhões de reais. Um custo médio de R\$479,16 (quatrocentos e setenta e nove reais, dezesseis centavos) por cidadão brasileiro.

Desse orçamento de despesas, 76% foram arrecadados através de custas e emolumentos, destacando o relatório do CNJ, que foi a maior arrecadação de sua série histórica.

Ocorre que, seja porque as despesas com o judiciário foram pagas, no percentual de 76% diretamente pelos usuários do sistema, ou seja porque, a diferença foi paga indiretamente pela coletividade de cidadãos através das arrecadações públicas, fato é que a manutenção da máquina judiciária, custa cem bilhões de reais por ano.

E que muito embora, nos últimos dois anos da análise tenha sido identificada uma melhora nos índices de eficiência, como a redução do acervo de processos, o mesmo relatório ainda aponta que a média de tramitação de uma execução fiscal na Justiça Estadual tramita, em média, por 7 anos e dez meses.

Se análise for feita junto aos números da Justiça do Trabalho, cuja competência tem íntima relação com a atividade empresarial, um processo de execução na primeira instância, demora em média dois anos e cinco meses.

Costandrade *et al* (2013, p.44), chama atenção para um tópico que faz a relação com o tema central deste artigo, a negociação como forma implementar na prática a análise econômica do direito.

De forma muito tímida, os Autores sugerem que é necessário compreender os motivos que levam as partes a se sujeitarem à prestação jurisdicional do Estado ao invés de composição privada:

“Portanto, reconhecendo-se a vantagem da resolução privada de conflitos, não basta para incentivá-la que o Poder Judiciário crie mutirões ou uma audiência de conciliação obrigatória entre as partes, mas que efetivamente forneça instrumentos para que as partes negociem. Para tanto, é necessário compreender os motivos que levam as partes a sujeitarem a resolução de conflitos ao Poder Judiciário, pressupondo-se que tentativas de composição privadas já fracassaram ou não puderam ocorrer por motivos diversos.”

E neste viés, após ter identificado que há interesse do setor privado na resolução ágil de seus conflitos e que o Poder Judiciário não é o melhor exemplo desta agilidade, é se passa, no próximo capítulo, a tratar da análise econômica do direito, aplicada à temática, através da negociação.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: BREVES APONTAMENTOS

Sem grandes digressões históricas, inicia-se os apontamentos deste capítulo a partir da publicação de Ronald Coase em 1960, no *Journal of Law and Economics*, acerca do custo social, que lhe rendeu o Prêmio Nobel em 1991.

O premiado texto de Coase, permite a compreensão do conceito de “custos de transação”. Se um agente A causa um efeito indesejado em B, a conclusão é que “A” causa uma “externalidade” em “B”, em outras palavras, fala-se de um descompasso entre o custo privado de “A” sobre “B” que representa o “custo social”. Se “A” indenizar essa externalidade, reduzindo o prejuízo de “B”, esta indenização é denominada “custo de transação”, e promove uma solução proveitosa para as duas partes:

“Avanço importante vem da Universidade de Chicago. A partir de 1958, é publicada uma nova revista, o *Journal of Law and Economics*, que se tornará o veículo para difundir as incursões dos economistas na área do direito. O ponto de partida é o artigo de Ronald Coase sobre o custo social, publicado em 1960, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991. Se a ação de A tem efeitos indesejáveis sobre B, sem que A os sinta, o conhecimento vigente entre os economistas, e que Coase prendeu a Pigou, considera que se produz uma “externalidade”, isto é, um descompasso entre o custo privado, de A, e o “custo social”. Esse descolamento enseja a má alocação de recursos. O custo pago por A por sua atividade é muito barato. Tornar-se essencial corrigir essa má alocação. Papel que caberia ao governo.

Para Coase, tal análise não aprofunda a questão. O problema, segundo ele, está mal posto. Não há, necessariamente, má alocação, porque as pessoas afetadas, podem contratualmente, dispor a respeito dos ônus de sua interação, se isto lhes for conveniente. B, que deve suportar o ônus da externalidade causada por A, pode compor-se com este e pagar-lhe para prevenir a externalidade. Se A pode suportar o ônus melhor do que B, essa opção será, para B, menos onerosa do que assumir o ônus da externalidade. Um acordo nesse sentido é, pois, interessante, ou, se se preferir, proveitoso – para as duas partes. Se não houver acordo, ainda que proveitoso para ambos, é preciso analisar os fatores impeditivos. Coase propõe para esse fator a expressão *custo de transação*. O estudo dos custos de transação de Coase se converteu em um dos pilares da análise econômica do Direito.” (MAKCAAY, ROUSSEAU, 2020, p. 9-10)

É atribuída à Richard A. Posner, com a obra *Economic Analysis os Law*, publicada pela primeira vez em 1972, o o paradigma aceito como a efetiva incursão do tema pelo Direito:

“A real percepção ocorre em 1972, com a publicação de obra redigida por um professor de direito, cobrindo, de maneira acessível aos estudantes de direito, quase todo o direito (e também, dizem as más línguas, a seus professores). Esse livro é *Economic analysis os law* (Análise econômica do direito), e o autor, que vai dominar o movimento ao longo dos dez anos seguintes, Richard A. Posner”. (MAKCAAY, ROUSSEAU, 2020, p. 11)

Jesulino Nery de Souza Junior (2013, 127), sintetiza os fundamentos das Analise Econômica do Direito:

“Para a AED, os critérios de eficiência e justiça guardam uma relação direta, na medida em que, sob o prisma do princípio da dignidade, a correlação desses princípios proporciona a maximização da riqueza coletiva, gerando ganhos sociais e econômicos para o sistema, incluindo, evidentemente, o Judiciário.

Com base nos pilares da metodologia, podemos inferir que eficiência é o resultado da maximização do valor, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem.”

A incursão da Analise Econômica do Direito sobre questões de eficiência, encontram terreno fértil nas discussões na eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks.

Em uma interpretação consequencialista, na qual as regras são avaliadas por seus efeitos. Isto poderia levar à conclusão de que, bastaria considerar um balanço positivo para a conclusão de que há eficiência na atuação.

O bem estar do sujeito A somente pode atendido se não causar impacto negativo no sujeito B ou na coletividade. Esta é a expressão do que define como Ótimo ou Eficiência de Pareto.

Ocorre que na prática, esta é uma solução pouco eficiente, já que, o mundo não é ideal e ainda, permitiria poucas mudanças, já que não criaria ganhadores e/ou perdedores:

“A dificuldade deu lugar a uma discussão entre economistas. Poderíamos considerar como ganho para sociedade a mudança que produz ganhadores e nenhum perdedor (ganho de Pareto). No fundo, esse critério levanta poucas objeções, salvo se desejarmos sustentar que o bem-estar pessoal dos agentes depende de sua posição relativa entre seus pares. Esse refinamento, porém, excluiria quase qualquer mudança possível. Se o critério de Pareto é pouco controverso, é, ao revés, pouco poderoso por ser incapaz de levar a um julgamento se uma mudança puder criar perdedores o que quase sempre ocorrerá.” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2020, p. 557)

A solução para este impasse, está associada aos econômicas britânicos Nicolas Kaldor e John Hicks, conhecida como Eficiência de Kaldor-Hicks, cuja inovação reflete o incremento de indenização para o *perdedor* na relação em que para que “A” realize sua ação,

isto implica que “B” perca algo, mas o benefício de “A” ou para sociedade é superior ao prejuízo de “B” que permita indenizar “B”.

Bem verdade que se também existe um limitador nesta solução, já que as indenizações devidas à “B” poderiam ser *proibitivamente onerosas*, contudo, isto levaria a um refinamento desta eficiência, para que as partes aceitem valores médios de mercado. Esta dificuldade de valoração da indenização, é apontada por Mackaay e Rousseau como um dilema também do magistrado, lembrando que está é uma tarefa árdua:

“Esse critério não é, contudo, realista porque a indenização proposta é proibitivamente onerosa. Refinamento suplementar proposto é considerar um ganho social se os ganhadores *pudessem* indenizar os perdedores e considerar eu, em uma sociedade, os avanços econômicos deveriam conferir as mesmas oportunidades de ganho a todos e tornar aceitável a ausência de indenização como simplificação da teoria. Como, então, avaliar os ganhos e perdas inexistindo acordos que fixem seus valores? Seria preciso aceitar valores médios ou de mercado. Esse problema existe, também, nos procedimentos em que o juiz deve fixar o montante das perdas e danos, no caso de perda, por exemplo, de um animal de estimação morto em virtude de acidente culposo.” (2020, p. 668-669)

Um exemplo Clássico sempre citado pela doutrina é o julgamento de um caso norte americano, *United States Vs. Carroll Towing Company*, pelo juiz Learned Hand, que passou a ser conhecido como Regra de Hand.

Naquele caso, a decisão posta para solução do juiz, estava relacionada às responsabilidades de uma embarcação cujas amarras se soltaram, sem que estivesse presente o barqueiro, e tal embarcação colidiu em outro barco. Não havia regra específica para se averiguar se a presença do barqueiro era ou não necessária para aferir a responsabilidade da embarcação cujas amarras se soltaram.

Para a decisão o juiz considerou três variáveis: “probabilidade do barco se soltar; a gravidade dos danos causados e ônus das precauções adequadas. O juiz externou que a responsabilidade depende de que o ônus da precaução seja menor do que a gravidade das lesões multiplicado pela probabilidade do evento ocorrer.” (SOUZA Jr, 2013, p. 128)

Fatos que foram considerados ainda: o barqueiro esteve ausente por 21 horas, e no local a maré era agitada, assim concluiu que havia expectativa razoável que a embarcação se soltasse das amarras, e portanto, negligência da empresa que deixa a embarcação naquele local sem um barqueiro.

Jesulino Nery de Souza Junior, (2020, p. 123-132), conclui sua citação da passagem de Learned Hand, apontando que a possibilidade de avaliar as possíveis consequências,

inclusive com olhar econômico, para se averiguar se havia razoabilidade de um dever de cuidado Vs. probabilidade de dano, como um critério objetivo da mensuração do que seja ou não razoável:

“A forma de Hand possui o mérito de expressar a ideia de senso comum de que as pessoas podem razoavelmente serem demandadas a considerar as possíveis consequências de ações importante antes de agir. Podemos considerar a regra de Hand como a existência de uma particular quantidade de preocupação que é economicamente razoável e é dependente da probabilidade ou do risco de dano.

A fórmula de Hand pode ser vista como um sumário conveniente dos fatores relevantes para saber se o acusado faltou com seu dever de assumir razoáveis precauções com vistas à segurança de outras pessoas.” (SOUZA JUNIOR, 2020, p. 129).

Ribeiro e Gico Jr. (2013, p. 19), relembram a utilização do ferramental da microeconomia nas áreas do direito, sem que isto signifique uma atuação dos economistas, e sim, dos juristas. Ao comentar o conteúdo que leitor irá encontrar no livro O Jurista que Calculava, propõe que os textos ali demonstrem o trânsito desse ferramental pelos mais variados ramos do Direito:

“Como se pode ver dos exemplos discutidos acima e no restante desse livro, a AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito: de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família. E é justamente essa amplitude de aplicação que distingue uma abordagem de AED da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia.”

3. A NEGOCIAÇÃO PRIVADA COMO EXEMPLO PRÁTICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Entender e aplicar a ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO não está adstrita a processos judiciais, como no citado caso de Learned Hand, a proposição é que se permita a utilização nas mais variadas áreas de atuação do operador do direito, é uma forma de abordagem “para compreender o direito no mundo”:

“A Análise Econômica do Direito nada mais e que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito (GICO JR, 2010, p.18).” (RIBEIRO e GICO JR., 2013, p. 19)

Na seara empresarial, como já proposto acima, demanda que o desenvolvimento da atividade empresarial, por si só, já reflète uma série de tomadas de decisões, como cálculo do risco do negócio:

“A especificidade do direito empresarial, como conjunto de normas regulamentadoras, propiciadoras e realizadoras da atividade econômica, agrega a ideia de que o fato atividade econômica ou empresarial, necessariamente, ocasionará custos para quem estiver disposto a desenvolvê-la (o empresário e a sociedade empresária), mas, ainda que indiretamente, também gerará custos para o restante da sociedade. A construção de uma hidroelétrica, por exemplo, reclamará o exaurir de determinadas matérias primas e ultimar a demanda por investimentos em infraestrutura. O deslocamento de populações, o remanejamento de espécies da fauna e da flora. Assim, há o gerar de custos sociais, os quais poderão ou não ser compensados pelos benefícios do referido empreendimento.

A mensuração de proporcionalidade entre os custos e os benefícios sociais poderá tornar-se tarefa bastante tormentosa.” CHAGAS, 2013, p. 72-73)

Permitir que uma eventual celeuma que surja entre partes envolvidas seja resolvida entre os próprios particulares, sem a intervenção Estatal, parece, nos termos que se avalia neste trabalho ser uma opção mais viável.

Sob o prisma do custo e tempo, as conclusões até aqui permitem afirmar que certamente crescerão um valor muito inferior se os particulares, através de uma negociação, conseguirem chegar à solução de autocomposição ou composição com um auxiliar privado se comparados com petição de solução perante o Poder Judiciário, considerando os argumentos já traçados em tópicos anteriores neste trabalho.

Por seu turno, não se espera que o operador do Direito brasileiro tenha em seu rol de competências, entender a Análise Econômica do Direito e saber como aplicá-la em sua prática de trabalho. Desenvolver uma habilidade, posta de forma metodológica a partir das proximidades dos anos 60 no Estados Unidos da América, e muito mais recentemente no Brasil, não se trata apenas da mudança de paradigma da forma de aplicar o Direito, que na formação do jurista brasileiro está intimamente relacionada com viés processualista e contencioso, mas sim, da mudança na forma de se interpretar a própria linguagem, a letra da lei, e os comportamentos humanos.

“Toda a análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em respostas aos estímulos.” (MACKAAY E ROUSSEAU, 2020, p. 666)

O paralelo que se propõe é pela necessidade de transcender os limites do mundo individual do participante do direito, promovendo a mudança dos “limites da linguagem”:

“O homem possui a capacidade de construir linguagens com as quais se pode eximir todo sentido, sem fazer ideia de como e do que cada palavra significa – como também falamos sem saber como se produzem os sons particulares.

A linguagem corrente é parte do organismo humano, e não menos complicada que ele.

É humanamente impossível extrair dela, de modo imediato, a lógica da linguagem.

A linguagem é um traje que disfarça o pensamento. E, na verdade, de um modo tal que não se pode inferir, da forma exterior do traje, a forma do pensamento trajado; isso porque a forma exterior do traje foi construída segundo fins inteiramente diferentes de tornar reconhecível a forma do corpo.

Os acordos tácitos que permitem o entendimento da linguagem corrente são enormemente complicados.” (WITTGENSTEIN, trad. Por Luiz Henrique Lopes dos Santos, 2020, p.155)

Longe que se querer propor uma solução para os limites da linguagem, com fundamentos na filosófica obra de Ludwig Wittgenstein, o que se pretende, é trazer a discussão de **como**, a partir do estudo de um tema relativamente pouco difundido entre os acadêmicos de Direito e de seus operadores, permitir de forma prática, o seu estudo e aplicação à realidade empresarial.

Não apenas promover o estudo do tema, e sim, neste capítulo, trazer a discussão de como a Análise Econômica do Direito é instrumento para solução para o problema histórico do volume do acervo de processos brasileiro e da eficiência que se espera nas relações empresariais, trazendo, ainda que em hipótese, a forma prática como isto pode acontecer.

Fundado na teoria consequencialista, na qual faz-se para buscar consequências mais desejáveis, este tópico também menciona a subdivisão dos tipos ou níveis de análise,

Primeiro nível: Análise dos efeitos das normas

Nesta seara, a análise econômica auxilia o interlocutor, no caso o jurista, a entender os efeitos ou consequências importantes da regra que foi modificada, e como isto impacta em regras que não foram alteradas, e se abstém de fazer julgamento moral. Permite que o leitor, a partir dos fatos e efeitos que recebeu, faça o seu próprio julgamento moral.

O exemplo, citado no texto de referência, permite entender que, uma determinada medida estatal, acaba por influenciar toda uma cadeia de matriz energética que não foi diretamente afetada pela política pública imediata:

“*La Presse* de Montréal traz, em sua edição de 2 de junho de 2005, que o preço do petróleo bruto é US\$55. Data a rápida exaustão dos estoques conhecidos de petróleo, há quem proponha a adoção de intervenção do Estado na economia para frear o consumo de produtos petrolíferos. O economista põe em dúvida o bom fundamento

de tais políticas. O efeito do esgotamento é aumentar o preço bruto na medida em que a ameaça seja sentida. O preço mais alto torna viável a exploração de outras fontes de petróleo, tal como os imensos campos de areia betuminosa em Alberta. Da mesma forma aumenta o interesse em pesquisas de outras formas de energia. O petróleo segue, como outros recursos naturais utilizados pelo ser humano, uma lógica que faz com que comecemos a explorar fontes as mais acessíveis na medida em que o esgotamento das primeiras e o avanço do conhecimento sobre os métodos de exploração das outras aumentem.” (MACKAAY E ROSSEAU, 2020, p. 667)

Segundo nível: o fundamento da norma: visa esclarecer o fundamento da norma, através dos efeitos (consequencialistas). Avalia-se as discussões sobre a eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks.

Terceiro nível: a regra desejável: avalia a partir das normas que deveriam ser utilizadas ou adotadas. Trata-se de determinar quais são os efeitos da norma e julgá-la. Busca-se determinar qual a norma mais eficiente e compara-la a regra existente ou considerada.

A negociação está presente em todas as relações:

“Cada vez mais ocasiões exigem negociações; o conflito é um setor em crescimento. Todos querem participar das decisões que os afetem, e cada vez menos pessoas aceitam decisões ditadas por outros. Os indivíduos são diferentes entre si usam a negociação para lidar com essas diferenças. Sejam numa empresa, no governo ou na família, a maioria das decisões é alcançada por meio da negociação.” (FISCHER, *et al*, 2018, p.17-18)

Como referencial de análise neste trabalho utiliza-se a negociação à partir do livro “Como chegar ao sim”. Proposta de exemplo de aplicação da ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO à prática profissional, capaz de apresentar uma solução não apenas prover soluções ágeis e eficientes aos seus participantes, como também para uma solução paralela e complementar ao acervo de litígios brasileiros.

A primeira edição remonta à 1981, como fruto do Projeto de Negociação de Harvard (*Harvard Negotiation Project*), baseado numa negociação de princípios.

O negociador está focado não nas barganhas ou na sua habilidade do que se diz ou no que se deixa de dizer. A inovação do método está no fato do negociador decidir a partir de seus méritos.

Relatam os autores, que há época da primeira edição, o termo *negociação* não estava tão evidente para todas as pessoas, e eram vistas como praticadas apenas por especialistas e

que havia uma nítida vinculação com o ideal de que em um acordo uma parte precisa “ceder”, ou ainda, para um “ganhar” o outro precisa “perder”.

Através das técnicas, desmistifica-se que precise haver perdedores, e na construção da negociação, os elementos, muito embora não chamados assim pelos Autores, são elementos que se interligam com a ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

O método possui quatro pontos centrais: 1) Pessoas: as pessoas não são o problema, separe as pessoas do problema a ser resolvido; 2) Interesses: foque em encontrar os interesses comuns, e não as posições pessoais; 3) Opções: crie diversas opções com cenários e possibilidades de ganhos mútuos; 4) Critérios: identifique critérios objetivos que permitam que o resultado esteja baseado nesses critérios.

Quando se separam pessoas dos problemas, é possível ser gentil com o outro ser humano, e focar rigidez com o problema. Sensibilidade e empatia com o outro, e foco no problema. Veja o exemplo, numa renovação de locação, para a mesma situação, o Proprietário pode perceber que as suas despesas aumentaram muito e por isso precisa de mais renda, e para o Locatário, suas despesas aumentaram muito e por isso não pode pagar mais pelo aluguel.

O problema, por mais pessoal que possa parecer, e isto de fato ocorre muitas vezes porque oriundo de um relacionamento anterior, deve ser visto sem as impressões pessoais. Por isto, o primeiro pilar propõe essa separação entre o problema a ser solucionado que não é idêntico às pessoas ali envolvidas.

Num segundo pilar, a proposta é focar no interesse comum, e não na posição das pessoas. No exemplo acima, ambos têm interesse na locação, pois o Locador precisa alugar o imóvel para sua renda, e o Locatário precisa de um lugar para desenvolver sua atividade empresarial. Num outro exemplo, em uma biblioteca, um leitor quer fechar a janela porque está ventando muito, e outro leitor quer mantê-la aberta para o ar circular. A bibliotecária então, percebe que o interesse de ambos é um local fresco, mas que não vende. A solução é fechar a janela e ligar o condicionador de ar.

O terceiro e quarto pilar, são os dois, que, conforme se argumentará mais se assemelham com os ideais da Análise Econômica do Direito: analisar opções e utilizar critérios objetivos.

No exemplo da locação, o negociador poderia fazer uma consulta de preço médio do metro quadrado da locação na região, consultar índices de atualização monetária daquele ano,

variações do custo de vida naquela localidade, os reajustes que sofreram as respectivas remunerações de cada parte, consultar os documentos contábeis, etc. Isto permite mapear critérios objetivos, e construir diversos cenários para a negociação.

Ambos podem seguir intransigentes, encerrando a locação, perdendo o Locador a sua renda, e perdendo o Locatário o seu ponto comercial.

Ambos poderiam encontrar uma variação de reajuste dentre as diversas opções, ou ainda, negociar um congelamento de reajuste mediante uma contrapartida de reajuste futuro ou de reforma do imóvel pelo Locatário, etc.

No paralelo com o clássico caso do Juiz Learned Hand, lá também se pensou critérios objetivos como (i) probabilidade do barco se soltar; (ii) gravidade dos danos causados e custo das precauções; (iii) quanto tempo o barco ficou desassistido; (iv) qual a probabilidade das amarras se soltarem naquele porto sabidamente com maré agitada.

Se for considerada a eficiência de Kaldor-Hicks, no exemplo da locação, poder-se-ia considerar que, para que o Locatário não tenha o aluguel reajustado, o Locador estaria em uma situação de desvantagem. Se fosse pensada uma indenização pecuniária, parecia obvio, e isto corresponderia dizer que bastaria a atualização do aluguel. Mas nesta hipótese esta não é uma condição ou solução válida.

O negociador visando um ponto de convergência e compensação para o Locador poderia sugerir (i) aumentar o prazo de vigência de locação, garantindo assim ao Locador maior tempo de aluguel do imóvel; (ii) propor um reajuste pré-definido maior no próximo ano; (iii) que o Locatário compense fazendo reformas no imóvel ao longo da locação.

Nas hipóteses, o negociador pode ainda, demonstrar quais são as cláusulas contratuais e/ou a legislação de inquilinato que podem ser invocadas por cada uma das Partes, demonstrando as probabilidades de como um litígio judicial envolvendo essa situação poderia ser desencadeado.

Nesta incursão sobre os benefícios, ou melhor, no que se quer pautar neste trabalho, os prejuízos que as Partes teriam ao levar a discussão para ser decidida ao tempo do Judiciário (morosidade) e por uma decisão imposta de um terceiro (juiz), que com uma probabilidade grande decidirá em favor de uma das partes, em detrimento da outra, gerando insatisfação na parte sucumbente e levando à interposição de recursos e todas as outras intercorrências típicas do processo judicial.

As soluções aplicadas ao hipotético caso da locação, não se restringem a situações pré-processuais ou extrajudiciais, e poderiam, se amplamente utilizadas no âmbito judicial, já que o direito patrimonial e disponível poderia ser negociado à qualquer tempo.

O Marketplace surge como medida de disrupção para aplicação prática da Análise Econômica do Direito e as técnicas de negociação, porque, podem fornecer ao operador do Direito, instrumental capaz de levar solução ao jurisdicionado independentemente do Judiciário.

Joseph Schumpeter inaugura o pensamento disruptivo que se propõe neste trabalho, no que se denominou *destruição criativa*: “produzir outras coisas, ou as mesmas coisas com método diferente, significa combinar diferentes esses materiais e forças” (1982, p. 48).

Befatti (2021, p. 66) defende o que pensamento de Schumpeter, muito embora à primeira vista possa parecer complexo, “é fluído e lógico”, na medida em que “trata do *fluxo circular da mudança* pela aplicação de *novas técnicas* de produção, chamadas aqui, neste estudo, de inovação tecnológica”.

Em relação às fases de implementação das ODRs no Brasil, tem-se que a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil brasileiro, inaugura possibilidades de aderência à ODR, principalmente no que tange ao texto do seu art. 334, §7º, que refere que “a audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. Ademais, a Lei nº 13.140, de mediação e autocomposição, também de 2015, institui no seu art. 46 que a “mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

No âmbito do Judiciário, o *marketplace*, sob conceito da conexão virtual entre comprador e vendedor, a aproximação das Partes litigantes, o Autor e o Réu, tem-se atribuído a expressão *online dispute resolution* (ORD), ou a sua tradução como Resolução de Litígios Online, que conforme Fornasier e Schwede (2021, p. 574), possui seu fundamento legal de validade na jurisdição brasileira a partir do novo Código de Processo Civil de 2015:

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, pretendeu-se demonstrar que a dinâmica das relações humanas, em especial as empresariais, não são acompanhadas pelas soluções que são usualmente permitidas pela atuação do Poder Judiciário, seja porque, é típico do processo o seu tempo próprio, seja porque por mais que se perceba uma melhor eficiência na prestação jurisdicional

ela está aquém de atender o tempo razoável de duração do processo, quando a média das execuções fiscais estaduais superam os 07 anos de tramitação.

A Análise Econômica do Direito e o Marketplace é tema relativamente novo na academia brasileira, socorrendo-se quase sempre da doutrina estrangeira e a sua efetiva aplicação pelos operadores do Direito depende de soluções práticas que permitam a tais profissionais conhecer o tema, a forma de pensar e como agir no caso concreto.

O ferramental da microeconomia permite que profissional do direito possa delinear critérios com maior objetividade, que atualiza uma racionalidade subjacente das normas e da previsibilidade dos efeitos e mudanças (MACKAAY e ROUSSEAU, 2020, P. 664)

As técnicas de negociação podem ser um aliado nesta trajetória, porque permitem que as Partes possam se auto compor, ou ainda, compor através de intermediário privado, onde as expectativas de cada parte possam ser melhor atendidas, em um tempo menor, e trazendo o cidadão para o centro da discussão, tornando-o protagonista da sua própria solução.

A implementação sistêmica da metodologia, poderá resultar na redução da litigiosidade, na medida em que, se os mais de um milhão de advogados passarem a influenciar na tomada de decisão de seus clientes no sentido de viabilizar soluções como a negociação, ainda que o direito esteja *subjudice*.

REFERÊNCIAS

BACEN. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *O que são “arranjos de pagamento”*. Disponível em: [www.bcb.gov.br/htms/novaPaginaSPB/liqcentralizada.asp?idpai=SPBARRPAG&frame=1#11]. Acesso em: 12.04.2021.

BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. **Direito à Inovação**. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2021.

CHAGAS, Edilson Eneidino das. **Análise Econômica da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. In RIBEIRO, Gustavo Ferreira e IVO, T. Gico Jr. *O Jurista que calculava*. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013, p. 71-90.

CNJ. **Justiça em números 2020**. Sumário Executivo. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 26 de fevereiro de 2021.

CNJI. **Justiça em números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2021.

COSTANDRADE, Pedro Henrique Arazine de Carvalho, *et al.* **Panorama do Judiciário brasileiro: crise e números**. In RIBEIRO, Gustavo Ferreira e IVO, T. Gico Jr. O Jurista que calculava. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013, p. 37-70.

FISCHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. Tradução de Rachel Agavino. Ed., rev. E atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

FORNASIER, Mateus de Oliverira. SCHWEDE, Matheus Antes. **As plataformas de solução de litígios online (ODR) e a sua relação com o direito fundamental ao acesso à justiça**. IN Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 22, n. 1, disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/2452>>, acesso em 12.04.2021.

FULGÊNCIO, Rafael Figueiredo. **A Eficiência de Pareto e as desigualdades justas**. In RIBEIRO, Gustavo Ferreira e IVO, T. Gico Jr. O Jurista que calculava. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013, p. 25-36.

GAGO, Viviane Ribeiro. **Advocacia corporativa, o Poder Judiciário. Reflexões**. In ADVOCACIA COPORATIVA Desafios e reflexões. Organizada por Rosa Maria de Andrade Nery, Fernando Vieira de Figueiredo, Viviane Ribeiro Gago. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.29-46).

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O custo do direitos: porque a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LEITE, Leonardo Barém. **Gestão Estratégica e Moderna do Departamento Jurídico**. In SELEM, Lara e LEITE, Leonardo Barém (coord). Gestão estratégica do Departamento Jurídico moderno: caminhos para a excelência e formas de inseri-lo nas decisões empresariais. Curitiba: Juruá, 2010.

MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rache Sztajn. 2ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2020.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira e IVO, T. Gico Jr. **O Jurista que calculava**. In In RIBEIRO, Gustavo Ferreira e IVO, T. Gico Jr. O Jurista que calculava. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013, p. 11-24.

RODRIGUES, José Goutier. **SAMSUNG: Gestão jurídica na indústria eletrônica: a busca da excelência no suporte a aflição empresarial**. In SELEM, Lara e LEITE, Leonardo Barém (coord). Gestão estratégica do Departamento Jurídico moderno: caminhos para a excelência e formas de inseri-lo nas decisões empresariais. Curitiba: Juruá, 2010. (p. 225-243).

SCHUMPETER, Joseph. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Introdução de Rubens Vaz da Costa. Tradução e Maria Silvia Possas. São Paulo: Abril Cultura, 1982.

SOUZA Jr, Jesulindo Nery de. **Da possibilidade do uso da regra de Hand no Instituto da Responsabilidade Civil no Brasil**. In RIBEIRO, Gustavo Ferreira e IVO, T. Gico Jr. O Jurista que calculava. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013, p. 123-132.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução, apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; introdução de Bertrand Russel – 3ª ed, 4ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.