

A **Análise Econômica do Direito** enquanto abordagem interpretativa de questões relativas à incorporação imobiliária em precedentes obrigatórios

André FERRONATO GIRELLI

Resumo

Este artigo almeja mostrar a relevância da análise econômica do direito enquanto abordagem hermenêutica no contexto recente do mercado das incorporações imobiliárias. O sistema de precedentes implementado pelo Novo Código de Processo Civil tende a gerar mudanças no próprio processo de tomada de decisão do magistrado, o qual, ao invés de atentar exclusivamente ao que a dogmática jurídica recomenda para a situação posta no caso concreto, precisará mais do que nunca se preocupar com os efeitos que cada precedente produzirá na sua abrangência territorial. Em um primeiro momento, o artigo apresenta um breve relato sobre a importância da incorporação imobiliária para o país. Em seguida, são analisadas as recentes mudanças legislativas do Processo Civil, especialmente quanto ao tratamento das demandas repetitivas. Por fim, a análise econômica do direito é estudada e analisada enquanto possível abordagem para a interpretação destas questões jurídicas, com o objetivo de identificar as demandas repetitivas mais relevantes sobre incorporações imobiliárias e verificar se há indicativos do seu uso pelas Cortes Superiores.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo discutir se a análise econômica do direito – enquanto possível abordagem para a interpretação do direito – ganha relevância em face do contexto recente do mercado das incorporações imobiliárias e das recentes mudanças da legislação processual brasileira, com destaque para o que poderia constituir uma mudança no paradigma casuísta de resolução de demandas repetitivas, para o chamado microssistema normativo de litigiosidade repetida.

A análise se iniciará com um breve relato acerca da importância da incorporação imobiliária para o país, apresentando índices macroeconômicos e dados que servirão como pano de fundo para a investigação que se seguirá. Em um segundo momento, serão analisadas as recentes mudanças legislativas do Processo Civil brasileiro, em especial no tratamento das demandas massificadas (repetitivas), inclusive aquelas que envolvem matérias afeitas à relação entre incorporador e adquirente. Na sequência, estudar-se-á a análise econômica do direito enquanto possível abordagem para a interpretação destas questões jurídicas. Finalmente, pretende-se identificar quais são as demandas repetitivas mais relevantes sobre incorporação imobiliária no recente contexto nacional e verificar se há indicativos do uso dessa abordagem pelo Poder Judiciário, em especial pelas Cortes Superiores.

1 • Direito imobiliário e precedentes

A construção civil é um setor nevrálgico no Brasil. No aspecto econômico, por exemplo, é responsável pela geração de emprego e renda para a população – com destaque para a faixa com menor escolaridade e qualificação profissional – e de receitas para o Estado, além de promover o desenvolvimento econômico e a circulação de riquezas. Especificamente no tocante à construção de imóveis, o setor também é responsável por realizar direitos sociais, como os de moradia, e saúde, viabilizando o acesso da população a serviços públicos como energia elétrica, água e saneamento básico.

Entre os anos de 2008 a 2014, falou-se muito do momento vivido pelo mercado imobiliário. Impulsionado pela estabilidade econômica então vigente, por políticas de incentivo à concessão de crédito e pela instituição de programas de incentivo ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, houve significativo aumento no número de lançamentos para todos os tipos de público, gerando desenvolvimento das cidades e conferindo a devida função social a propriedades urbanas.

Estimativas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA demonstram que o déficit habitacional brasileiro teve queda de 12% entre os anos de 2007

e 2011¹. O setor foi responsável pela geração de 193.432 empregos apenas nos seis primeiros meses de 2012², ressaltando-se que o país encerrou o referido ano com 1,1 milhão de desocupados³, número que poderia ser até 17,58% maior, não fossem os empregos gerados por este setor apenas no primeiro semestre.

Por outro lado, este aquecimento trouxe também consequências negativas, como compras por impulso e vendas mal feitas – que via de regra levavam ao arrependimento e inadimplemento do comprador –, atrasos de obra – que nada mais é do que o inadimplemento por parte do vendedor – e o acirramento de opiniões sobre práticas contratuais e de mercado – destacando-se questões como a transferência ao comprador da obrigação de pagamento de comissão de corretagem. Todas essas questões aportaram o Poder Judiciário, aumentando significativamente o número de demandas a respeito de matérias envolvendo a incorporação e o direito imobiliário.

Não bastasse isso, ainda no ano de 2014, o mercado passou a dar sinais de arrefecimento. Segundo pesquisa da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), no ano de 2009, 111.000 imóveis foram financiados entre os meses de maio e agosto⁴; esse índice chegou a marcar 178.000 imóveis financiados no mesmo período do ano de 2011, e atingiu seu ápice em 2013, quando, no mesmo período, foram financiados 199.000 imóveis. Em 2014, houve queda para 183.000 imóveis financiados, tendo apresentado preocupante derrocada em 2015, quando foram financiados apenas 102.000 imóveis.

Esse arrefecimento também tornou menos atraentes os ativos imobiliários, espantando investidores que, diante da frustração da expectativa de realizarem bons negócios com estes imóveis, se assomaram aos demais compradores que postulavam distrato pelos outros motivos já mencionados – compras por impulso, vendas mal feitas e atraso de obra – agravando ainda mais a situação do setor.

De acordo com notícia divulgada pelo Ministério da Fazenda⁵, em 2014 os distratos atingiram quase 40% do volume de vendas das incorporadoras brasileiras, fazendo da desistência da compra do imóvel na planta⁶ a

1. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. "Nota técnica estima o déficit habitacional brasileiro". Disponível em: <goo.gl/vcDhtT>. Acesso em: 15 jan. 2018.

2. MANAGER EMPREGOS. "Construção Civil gera mais de 190 mil vagas de empregos". Disponível em: <https://goo.gl/CRR4jq>. Acesso em: 15 jan. 2018.

3. BRASIL. Governo do Brasil. "País fecha 2012 com menor taxa de desemprego desde 2002". Disponível em: <goo.gl/553ztH>. Acesso em: 15 jan. 2018.

4. VIVA CORRETOR. "18 dados sobre o mercado imobiliário que você precisa saber". Disponível em: <goo.gl/5WeS6d>. Acesso em: 15 jan. 2018.

5. BRASIL. Ministério da Fazenda. "Firmado acordo para reduzir litígios na compra e venda de imóveis". Disponível em: <https://goo.gl/QBQt7b>. Acesso em: 15 jan. 2018.

6. Sobre esta questão, é importante destacar que, na modalidade de construção denominada "na planta" - que representa uma quantidade parcela dos lançamentos no período em comento -, os empreendimentos são construídos mediante uma conjugação de recursos, parcialmente proveniente e integralmente custeados pelas vendas das unidades imobiliárias. Tanto é assim que o art. 34 da Lei nº 4.591/1964 possibilita que o incorporador estipule um prazo de carência, dentro do qual pode desistir da incorporação, caso as vendas não alcancem o esperado e necessário para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento. Nesta linha de raciocínio, tendo o incorporador decidido pela continuidade da incorporação e por dar início às obras – motivado justamente pelo suficiente volume de vendas –, a ocorrência posterior de distratos é altamente prejudicial à incorporação, não apenas porque impõe a restituição total ou parcial dos valores pagos, esvaziando repentinamente os cofres do incorporador, como também porque suprime parte

principal causa dos processos contra construtoras e incorporadoras no Brasil.

Concomitantemente a estes desdobramentos do mercado imobiliário nacional, tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei nº 166/2010, que, após proposição do Substitutivo nº 8.046/2010 pela Câmara dos Deputados, teve seu texto final aprovado pelo Congresso Nacional, recebendo sanção presidencial em 16 de março de 2015, dando origem à Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que revogou a Lei nº 5.869/1973 (CPC/1973).

Do conteúdo do CPC/2015, é possível extrair uma sensível preocupação do legislador em propor soluções novas e incrementar soluções antigas para problemas relacionados à (e em boa parte decorrentes da) ampliação do acesso à justiça, que apesar de desejável, aumentou de modo quase que insustentável o número de demandas judiciais ajuizadas, muitas das quais versando sobre questões idênticas (causas repetitivas).

Tal como retrata Guilherme Rizzo⁷, são nefastos os efeitos que as chamadas causas repetitivas vêm causando à Justiça brasileira, na medida em que elevam o custo da administração da justiça, incentivam o uso de estratégias de jurisprudência defensiva para atender (sem qualidade) ao volume de recursos, reduzindo a efetividade do Estado em conceder a tutela almejada pelo jurisdicionado e até mesmo a qualidade das decisões judiciais.

Um destes efeitos decorre de uma constatação simples: a de que os magistrados não pensam igual – e nem é esperado que o façam –. Obviamente, cada juiz tem sua história, suas convicções econômicas, políticas, sociais e filosóficas, disso se extraindo que o interesse racional que definirá a aplicação

dos recursos com os quais o empreendimento é construído, prejudicando o planejamento financeiro e colocando em risco a viabilidade econômica da incorporação. Sobre o tema, Melhim Namem Chalhub alerta que “esse desfazimento pode até atender o interesse individual de um adquirente, mas poderá obstruir a realização da função social do contrato, que, para atender a comunidade dos adquirentes, na sua totalidade, reclama a manutenção do fluxo financeiro que fornece os recursos para a construção” (CHALHUB, Melhim Manem. Da Incorporação Imobiliária. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 333).

7. Sobre o assunto, leciona o autor: Somadas as causas repetitivas em todo o país, o número chega à casa dos milhões. O fato de elas serem analisadas individualmente – e não em bloco – atenta seriamente contra a economia processual, valor inserido no complexo valorativo da efetividade. Ora, se a economia processual pressupõe “obter o maior resultado com o mínimo de esforço”, e se ela pode ser analisada sob a vertente da “eficiência da administração judiciária”, então não se pode analisá-la com o foco apenas na causa individual, devendo-se, pelo contrário, focar o sistema como um todo sob o ponto de vista da sua logicidade e economicidade. Grave deformidade causada pela massificação dos litígios é, ainda, a supervalorização da forma como um meio de reduzir as pilhas de autos que se acumulam nos tribunais. Enrijecem-se os requisitos de admissibilidade recursal: um carimbo ilegível, uma folha faltante na formação de um agravo de instrumento, a interposição do recurso antes da publicação da decisão recorrida, são causas suficientes para fulminar pretensões muitas vezes legítimas. A solução é falha, pois, em vez de reduzir a quantidade dos recursos, acaba-se atingindo apenas a sua qualidade. Saem de cena os recursos que discutem o mérito, entram em cena, praticamente em igual número, recursos para discutir problemas de forma. Perde-se tempo com questões inúteis e não com os reais problemas dos cidadãos. Abandona-se o princípio da simplicidade e do aproveitamento dos atos processuais. Atinge-se, ao fim e ao cabo, a capacidade do Judiciário em alcançar a tutela específica ao jurisdicionado, elemento fundamental e integrante do valor efetividade. A segurança jurídica é também gravemente atingida. A massificação de litígios tende a tornar os juízes verdadeiras máquinas, incapazes, muitas vezes, de refletir sobre soluções adequadas e moldadas para cada caso. Contaminam-se também os processos que não constituem causas massificadas, mas que se perdem em meio delas, caindo na já consagrada “vala comum”. O erro judiciário passa a frequentar o Foro com maior assiduidade, perdendo espaço a correta investigação sobre os fatos e, ao fim e ao cabo, a confiança legítima no Judiciário. E, nos julgamentos das ações de massa, surge talvez a pior consequência para a segurança jurídica: a ausência de um julgamento concentrado das causas torna absolutamente imprevisível a sua solução. Cada juiz, uma sentença. Com isso, demandantes e demandados voltam a sua atenção e as suas súplicas para Brasília, cada um por si, porém num “comportamento de manada”, esperando que no dia e no órgão jurisdicional em que o seu recurso for julgado sejam eles premiados pela sorte. (AMARAL, Guilherme Rizzo. “Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’”. Revista de Processo, vol. 196, Jun/2011, p. 237.



Um destes efeitos decorre de uma constatação simples: a de que os magistrados não pensam igual – e nem é esperado que o façam –.

e interpretação do direito a cada caso concreto irá variar de acordo com o julgador, mesmo que versando sobre questões repetitivas, o que gera insegurança jurídica e falta de isonomia.

De fato, para além de causar um problema de administração da Justiça pelo Estado, as causas repetitivas cobram um altíssimo preço de toda a sociedade que, dada a variedade de entendimentos judiciais sobre uma mesma questão jurídica, é incapaz de pautar suas condutas pelo Poder Judiciário, seja para prevenir o ajuizamento de ações ou para prever o desfecho das ações onde já litiga.

Visando responder a esta questão problemática, o Novo Código de Processo Civil incrementou o dispositivo que já se encontrava insculpido no art. 543-C do CPC/1973, criando o que Rafael Knorr Lippmann⁸ denomina de *microsistema normativo de litigiosidade repetida*, cuja proposta é oferecer instrumentos que possibilitem a identificação e reunião (tecnicamente chamada, *afetação*) de conflitos individuais que versem sobre uma mesma questão jurídica (repetitiva), a qual será então analisada e definida por uma única decisão judicial, chamada *precedente obrigatório*, pacificando a controvérsia até então existente sobre a matéria no seu âmbito de abrangência territorial, estadual ou nacional.

Sobre a necessidade de adoção de precedentes obrigatórios para assegurar a isonomia e a segurança jurídica, Luiz Guilherme Marinoni leciona que “num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica, elementos indispensáveis a um Estado de Direito”⁹.

Esta mudança legislativa repercute em uma mudança no paradigma casuista de resolução de conflitos desta natureza (repetitivos), deslocando para as instâncias hierarquicamente superiores a definição das questões jurídicas afetadas, que posteriormente repercutirão na aplicação a cada caso concreto. Considerando a obrigatoriedade de aplicação do precedente, a discussão processual nas causas repetitivas, a partir de então, se restringe unicamente sobre se o caso concreto se amolda ou não à questão jurídica definida no precedente, impedindo que para causas idênticas sejam conferidas soluções diversas.

Na prática, a tendência é que, para além de maior isonomia e celeridade processual, os precedentes obrigatórios propiciem maior pacificação social,

8. LIPPMANN, Rafael Knorr. “Primeiras reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Cadernos Jurídicos: série especial – novo CPC*, OAB Paraná, nº 60, set/2015.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

tornando menos controvertidas as questões jurídicas, já que a sociedade estará ciente de qual é o posicionamento do Poder Judiciário acerca de um determinado assunto, prevenindo ou pelo menos conferindo maior previsibilidade ao desfecho de uma demanda sobre ele.



Na prática, a tendência é que, para além de maior isonomia e celeridade processual, os precedentes obrigatórios propiciem maior pacificação social.

Porém, mais que isso, a provocação do presente artigo é que esse sistema tende a modificar também o próprio processo de tomada de decisão do magistrado, que ao invés de atentar exclusivamente ao que a dogmática jurídica recomenda para a situação posta no caso concreto, precisará mais do que nunca se preocupar com os efeitos que cada precedente produzirá na sua abrangência territorial. É neste ponto que a análise econômica do direito se apresenta como abordagem indispensável para a formulação de precedentes obrigatórios.

2 • A Análise Econômica do Direito nos precedentes

O primeiro passo para entender como a análise econômica do direito se insere neste contexto é compreender em que consiste esta abordagem, desmistificando algumas concepções.

Tal como aborda Ivo T. Gico Jr.¹⁰, no capítulo introdutório de obra doutrinária

¹⁰. Sobre o assunto, leciona o autor: (...) o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão. (...) quando se fala em análise econômica não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro, lucro), mas ao método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato, poluir ou não poluir). Assim, a abordagem econômica seve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica. (GICO JR. Ivo T. "Introdução à análise econômica do direito". RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 19).

sobre o assunto, a análise econômica não tem correlação necessária com mercado, dinheiro ou lucro, como a expressão poderia indicar. Trata-se de um método que investiga o processo racional de tomada de decisão humana, disso se extraindo que, no caso dos magistrados prolatores de precedentes obrigatórios pode servir tanto para analisar o seu processo decisório, como para informá-los e auxiliá-los na tomada desta decisão.

Para ilustrar a questão, convém trazer o exemplo de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau¹¹, sobre a decisão do legislativo francês em instituir um salário mínimo. Os autores relatam que, apesar da intenção generosa de garantir condições mínimas de dignidade para os trabalhadores assalariados, na prática, o resultado foi que os empregadores das pessoas que antes recebiam abaixo do mínimo legal, passaram a demitir algumas delas, seja por não terem capacidade de pagar tais valores a todos os funcionários que empregavam, seja pelo interesse de contratar um número menor de pessoas para desempenhar a mesma função. A lei acabou prejudicando principalmente aos jovens – que por não terem experiência no mercado de trabalho eram menos valorizados do que os profissionais que já estavam contratados pelo salário-mínimo – e às mulheres que retornaram às atividades depois de longa ausência, por exemplo, em virtude de atividades relacionadas ao cuidado com a família, em especial com filhos pequenos. Além do problema do desemprego, o salário mínimo acabou por estimular a sujeição destes grupos a empregos informais, onde no mais das vezes as condições de dignidade e renda eram ainda piores, gerando uma série de outros problemas sociais.

Os autores concluem que, evidentemente, esse não era o efeito desejado pelos legisladores. No exemplo citado, a análise econômica do direito poderia ter servido para antever e prevenir os efeitos negativos da instituição do salário-mínimo, quiçá implementando concomitantemente políticas de incentivo à empregabilidade de jovens ou mulheres que se amoldassem à situação descrita. É essa análise racional dos efeitos de uma determinada medida que se espera de quem se encontra em uma posição de tomada de decisão.

Não fica difícil transportar noção similar para o caso dos precedentes obrigatórios, inclusive porque tais decisões acabam produzindo efeitos sociais e econômicos similares àqueles verificados na cogência legal. É razoável supor que um magistrado, ao decidir uma questão jurídica repetitiva, esteja muito mais inclinado a analisar as consequências macro da sua decisão, do que no paradigma casuista de resolução de conflitos.

“É razoável supor que um magistrado, ao decidir uma questão jurídica repetitiva, esteja muito mais inclinado a analisar as consequências macro da sua decisão, do que no paradigma casuista de resolução de conflitos.

11. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas: 2015, p. 02.

Essa noção é abordada por Sérgio Cruz Arenhart¹², embora sob o enfoque do uso do critério da proporcionalidade, que o autor indica para pautar a atuação do Poder Público, objetivando atingir o melhor resultado possível e evitar que, ao fazê-lo, se prejudique um outro interesse também tutelado pelo ordenamento jurídico. Segundo Arenhart, dito critério “importa que o Poder Público observe a estrita relação entre os meios e os fins, porque só assim se tem a exata percepção da extensão em que a lei deve ser interpretada e até que medida ela legitima o agir público”.

Neste panorama, o conceito econômico da escassez acaba ganhando maior relevância. Muitas vezes, na definição de um determinado caso concreto, o magistrado não necessita levar em conta que os recursos são finitos¹³. Entretanto, ao se transportar a resolução de uma imensa gama de casos similares para o paradigma do *microsistema normativo de litigiosidade repetida*, onde todos serão resolvidos por uma única decisão, a escassez acaba impondo ao magistrado fazer escolhas conscientes, buscando extrair de cada situação aquilo que lhe pareça a melhor solução, identificando quais são os resultados desejados e indesejados, quais são as escolhas possíveis, bem como, em que medida cada escolha aproxima o resultado desejado, e a que custo¹⁴.

Assim, também é razoável supor que, a partir do momento em que o magistrado insere a sua decisão neste procedimento racional de escolha, passará a levar em conta não apenas o que recomendaria a dogmática jurídica, mas também as consequências práticas de sua decisão, e estará com isso ampliando o âmbito de análise da questão jurídica em debate, o que inevitavelmente produzirá efeitos no próprio conteúdo do precedente obrigatório:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados

12. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

13. Mais uma vez, ao contrário do que a expressão poderia indicar, a palavra recursos aqui não tem acepção necessariamente econômica ou financeira. A palavra recursos pode significar qualquer fator limitado, a ser levado em conta em um processo racional de tomada de decisão. Para um sobrevivente na selva, por exemplo, os suprimentos de água e comida, o peso que é capaz de suportar e a energia que gastará transportando tais suprimentos, são os recursos de que ele dispõe para sobreviver até encontrar socorro. Para o gestor de uma equipe, os funcionários a ele submetidos e inclusive o prazo concedido, são os recursos de que ele dispõe para definir a melhor forma de desempenho de uma determinada tarefa. Para o motorista, o combustível e até mesmo a durabilidade das peças do seu meio de transporte são o recurso de que ele dispõe para chegar ao seu destino.

14. A escassez impõe fazer escolhas. À medida que o ambiente é modificado, o ser humano adapta seu comportamento de forma a tirar partido das mudanças. Ao reagir à mudança das circunstâncias, o ser humano tenta extrair aquilo que, a seus olhos, pareça o *melhor*. A hipótese baseia-se no que é conhecido, nas ciências sociais, como modelo da escolha racional. Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (*valores*), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (*opções*); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (*valorização*) e adotar aquela que contribuir mais (*escolha*). (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, op. cit., p. 02).

ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Neste sentido, a AED é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo).¹⁵

De forma mais simplificada, Maurício Vaz Lobo Bittencourt, define que, partindo-se da premissa de que os formuladores e aplicadores do direito são racionais, e de que os recursos são escassos, a aprovação, interpretação e aplicação das leis dependerá de um processo racional de escolha pelos formuladores e aplicadores do direito¹⁶.

No mesmo sentido, Richard Allen Posner aborda a questão da escolha racional dos magistrados:

A lei que eles (os juízes) criam e a forma como eles as incentivam/reforçam são atos deliberados. Se são boas ou ruins as doutrinas elaboradas judicialmente, isso tende a depender, portanto, dos incentivos dos juízes, que por sua vez podem depender da cognição e psicologia, de como as pessoas são selecionadas (inclusive as auto selecionadas) para serem juízes, e nos termos e condições de trabalho dos juízes (...) A mentalidade do julgador seria pouco interessante se os juízes não fizessem outra coisa que não aplicar regras legais claras, criadas pelo legislador, agências administrativas e constitucionalistas, além de outras fontes extrajudiciais (incluindo os costumes comerciais), a fatos que juízes e juris determinassem sem vieses e preconceitos. Então, os juízes estariam bem a caminho de serem substituídos por programas de inteligência artificial. Mas, mesmo os juristas que acreditam apaixonadamente que juízes deveriam ser aplicadores de lei, e selecionadores de fatos sem preconceções e nada mais, não acreditam que é dessa forma que todos, ou ao menos a maior parte dos juízes americanos se comporta o tempo todo. Nossos juízes têm e exercitam discricionariedade. (...) eles são "legisladores ocasionais". E para entender a sua atividade legislativa, é preciso

15. GICO JR. Ivo T. "Introdução à análise econômica do direito", *op. cit.*, pp. 17-18.

16. BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. "Princípio da eficiência". RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, pp. 27-28.

entender as suas motivações, capacidades, formas de escolha, normas profissionais e psicologia.¹⁷

Como ensina Posner, os juízes “têm e exercitam discricionariedade”, premissa essa que se verifica mesmo na tradição jurídica civilista, onde seus julgamentos devem obrigatoriamente estarem pautados pela lei. Em sentido semelhante, Sérgio Cruz Arenhart observa que a discricionariedade judicial consiste na busca pela “decisão ótima”, com a diferença de que o órgão judicial não avalia a oportunidade, como ocorre no caso da discricionariedade administrativa.¹⁸

Logo, *afetar* uma questão jurídica num dado momento, em detrimento de outras tantas existentes é, por si só, uma escolha racional do magistrado, efetuada – ainda que inconscientemente – com base em uma abordagem de análise econômica do direito.

Inclusive, a quantidade de temas relacionados à incorporação imobiliária que foram afetados pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos é um indicativo disso, dada a relevância (já demonstrada anteriormente) da incorporação imobiliária para a sociedade e para a macroeconomia brasileira.

Citam-se como exemplos disso a afetação das matérias atinentes (i) aos efeitos da resolução contratual (REsp nº 1.300.418/SC), (ii) ao prazo prescricional aplicável à pretensão de ressarcimento da comissão de corretagem (REsp nº 1.551.956/SP), (iii) à validade da transferência da obrigação de pagamento de comissão de corretagem ao comprador de imóvel (REsp nº 1.599.511/SP), (iv) à validade da transferência da obrigação de pagamento de comissão de corretagem ao comprador de imóvel edificado sob a égide da Lei Minha casa minha vida (REsp nº 1.601.149/RS), e (v) à possibilidade de inversão da multa contratual estipulada por atraso no pagamento de parcelas pelo comprador e a possibilidade da sua aplicação em desfavor do vendedor em caso de atraso na conclusão de obras ou entrega da unidade imobiliária (REsp nº 1.614.721/DF), bem como (vi) a sua cumulatividade com lucros cessantes (REsp nº 1.631.485/DF).

A mesma situação se verifica nos Tribunais estaduais, destacando-se neste sentido a atuação do Tribunal de Justiça paulista, com a edição de súmulas estaduais sobre matérias relacionadas ao direito privado, e com especial alusão à quantidade surpreendente de enunciados relacionados especificamente com a temática da incorporação imobiliária.¹⁹

Apenas para citar o exemplo mais emblemático, no julgamento do REsp nº 1.599.511/SP, atinente às ações de ressarcimento da comissão de corretagem, o Superior Tribunal de Justiça adotou posição contrária ao entendimento até então prevalente na jurisprudência nacional, entendendo válida a cláusula

17. POSNER, Richard Allen. *How Judges Think*. Cambridge, MA. Harvard University Press, 2008, p. 05.

18. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, op. cit., p. 29.

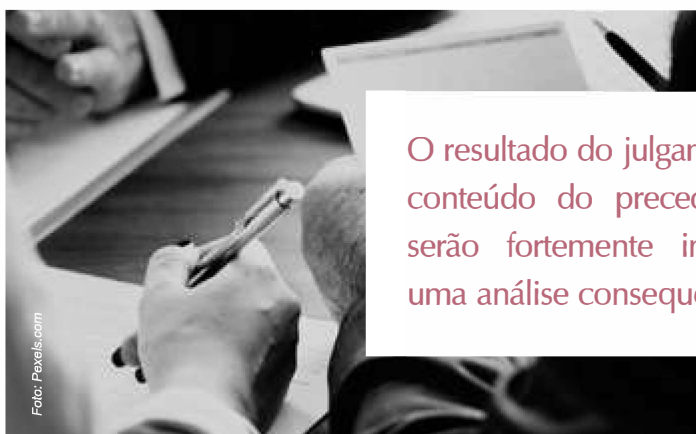
19. BRASIL. Poder Judiciário. “Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicadas ao Direito Privado”. Disponível em: <goo.gl/SbtmiP>. Acesso em: 15 jan. 2018.

contratual que estipula a transferência da obrigação de pagamento da comissão de corretagem ao comprador, desde que atendido o dever de informação.

Dentre outras questões abordadas no acórdão, os Ministros fundamentaram a decisão nas vantagens e reflexos trabalhistas, tributários e cíveis desta prática para as incorporadoras²⁰, em contraponto à ausência de prejuízo para o consumidor, partindo da premissa de que “o repasse ao consumidor dos custos do empreendimento é decorrência lógica da economia”²¹, de modo que, “sob a ótica de repasse de custos e despesas (não de amostra grátis), chega-se diretamente à conclusão no sentido da inexistência de prejuízo aos consumidores com a assunção de dívida, pois, não fosse desse modo, o custo seria embutido no preço total da compra e venda”.

Consciente disso ou não, para além de outros argumentos tipicamente jurídicos constantes do acórdão, o Superior Tribunal de Justiça acabou aplicando na definição do aludido recurso repetitivo um conceito econômico bastante básico, o “Ótimo de Pareto”, que consiste em almejar situações nas quais haja o máximo benefício para um agente, sem prejudicar o outro. Inclusive, o acórdão vai além, reputando irrelevante a questão jurídica de fundo – fundamental para a tese dos adquirentes –, consistente na “controvérsia doutrinária acima aludida, acerca do caráter isento ou parcial da corretagem”.

De fato, colocando-se na posição do julgador, seria pouco aconselhável obrigar todas as incorporadoras do país a restituírem aos adquirentes uma porcentagem – que normalmente varia de 4% a 6% – do preço negociado por cada imóvel vendido nos últimos anos. É claro que, em 06 de setembro de 2016, quando foi julgada a matéria, uma decisão em sentido contrário teria causado consequências nefastas para as incorporadoras – possivelmente a falência de muitas delas –, mas esse não é um argumento jurídico, daí porque este tipo de linha de raciocínio não se faz expressamente presente no julgado, mesmo que se espere que tais questões sejam levadas em conta pelo magistrado no momento de decidir.



20. Nomeadamente: trabalhistas (terceirização), tributárias (redução da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a aquisição da unidade imobiliária) e cíveis (desnecessidade de restituição do valor da corretagem, em caso de posterior desfazimento da promessa de compra e venda).

21. VALVERDE, Hector Miranda. “Pagamento da comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor”. Revista de Direito do Consumidor, v. 91, São Paulo, 2014, pp. 141-165.

Nada obstante, se a afetação de questões jurídicas é uma escolha racional do magistrado – com objetivo de declarar a posição do Poder Judiciário sobre alguma questão coletivamente relevante – via de consequência, o resultado do julgamento e o próprio conteúdo do precedente obrigatório serão fortemente influenciados por uma análise consequencialista.

O efeito prático disso é que a dogmática jurídica, que sistematicamente prevalece no discurso da *civil law*, passa a se entrelaçar mais estreitamente – e, por vezes, a competir – com outras abordagens tão ou mais relevantes (ou adequadas) para a definição de uma questão jurídica coletivamente relevante, como por exemplo as consequências sociológicas, criminológicas, ecológicas, econômicas e políticas desta definição.

Aliás, o próprio ordenamento jurídico já vinha convergindo neste sentido desde a Constituição Federal de 1988, que reserva a órgãos de cúpula a tarefa de unificar a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso acaba tornando inerente à atividade destas Cortes – seja para formular um precedente obrigatório, ou não – uma preocupação com as consequências que determinada interpretação do direito representará em âmbito nacional. A obrigatoriedade do precedente apenas torna mais preponderante e importante esta análise consequencialista, dada a aplicação praticamente inafastável de seus efeitos a todos os jurisdicionados.

Outra evidência de que o ordenamento jurídico já vinha convergindo neste sentido é a exigência de repercussão geral para o conhecimento de Recurso Extraordinário – ou seja, a necessidade de demonstrar que o recurso envolve questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa –, do que se extrai uma política legislativa com intuito de filtrar como atribuição do STF a resolução apenas de questões que terão consequências coletivamente relevantes. Essa tendência é também confirmada pela existência da PEC 209/2012²² – que foi elaborada pelo próprio pleno do STJ, aprovada pela Câmara dos Deputados e está pendente de votação no Senado – com a finalidade de atribuir também ao Recurso Especial o requisito de repercussão geral.



A utilização da análise econômica do direito no chamado microssistema normativo de litigiosidade repetida já é uma realidade no exercício da jurisdição brasileira.

Com base nestas ponderações e informações, é possível concluir que a utilização da análise econômica do direito no chamado microssistema normativo de litigiosidade repetida já é uma realidade no exercício da jurisdição brasileira, seja nas suas afetações, seja nos seus julgamentos, o que inclusive já vem produzindo efeitos práticos nos precedentes obrigatórios

22. BRASIL. Câmara dos Deputados. “Projeto de Emenda à Constituição nº 209/2012”. Disponível em: <goo.gl/szxFi3>. Acesso em: 15 jan. 2018.

relativos à matéria de incorporação imobiliária, muito embora não raras vezes tais abordagens interdisciplinares e consequencialistas acabem não constando expressamente na fundamentação das decisões.

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo analisar se, em face das mais recentes mudanças pelas quais passou a legislação processual brasileira, com a adoção do chamado microsistema normativo de litigiosidade repetida, e especialmente diante do recente contexto em que se inseriu o mercado da incorporação imobiliária, haveria ambiente para a adoção da análise econômica do direito enquanto abordagem para definir as questões jurídicas pertinentes a esta matéria.

Observando que a afetação de matérias jurídicas coletivamente relevantes constitui uma escolha racional do magistrado, percebendo o número considerável de questões afetadas sobre a relação jurídica entre incorporador e adquirente, analisando brevemente a fundamentação do REsp nº 1.599.511/SP e verificando outros elementos que indicam uma convergência do ordenamento jurídico para este sentido, concluiu-se que há indícios de que o Poder Judiciário, em especial as Cortes Superiores, tendem a pautar cada vez mais a sua atuação em questões que extrapolam os limites da dogmática jurídica, entrelaçando mais estreitamente suas análises com outras abordagens, por exemplo, estudando previamente as consequências sociológicas, criminológicas, ecológicas, econômicas e políticas dos precedentes obrigatórios que irá produzir.

É inquietante para qualquer jurista, especialmente aqueles formados na cultura jurídica da civil law, a contradição que aparentemente se encerra entre uma análise científica do “dever ser”, pela qual o resultado é obtido mediante a subsunção do fato à norma, e uma análise consequencialista, onde o resultado poderia ser escolhido racionalmente, como solução que melhor se adequa ao caso concreto.

Neste momento, é possível concluir que a escolha das Cortes Supremas brasileiras em afetar temas relacionados à incorporação imobiliária sofre fortes influências de uma abordagem econômica do direito, o que tende a gerar efeitos no próprio conteúdo destas decisões. Entretanto, há inúmeros outros desafios de ordem teórica e prática relacionados ao assunto, que não poderão ser explorados neste trabalho, em face da amplitude do tema proposto.