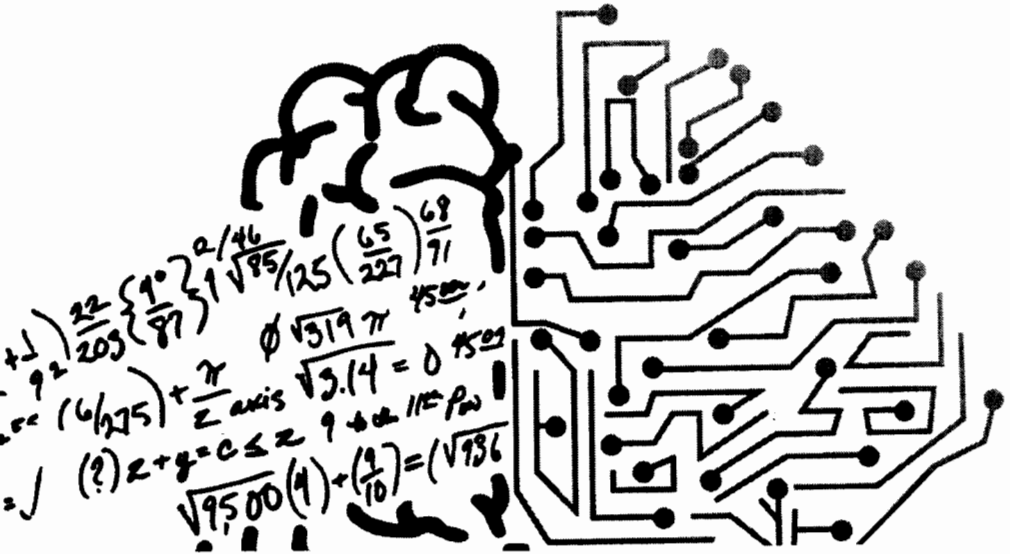


ERIK NAVARRO WOLKART

ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL



COMO A ECONOMIA, O DIREITO E A PSICOLOGIA
PODEM VENCER A TRAGÉDIA DA JUSTIÇA



REFÁCIO . MINISTRO LUIZ FUX • APRESENTAÇÃO . TERESA ARRUDA ALVIM • RESENHA . MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROS

2ª TIRAGEM

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Anarêia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial

Coordenação

IMÉ A. M. LOUREIRO GOMES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Karina Delgadinho e Leonardo Rocha

Capa: Leonardo Fusco

Adaptação de capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

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

Wolkart, Erik Navarro

Análise econômica do processo civil : como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça / Erik Navarro Wolkart. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

Bibliografia.

ISBN 978-85-5321-311-5

1142383

1. Direito - Aspectos econômicos 2. Direito - Aspectos psicológicos 3. Direito e economia 4. Processo civil 4. Processo civil - Brasil I. Título.

19-23693

CDU-347.9(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Processo civil 347.9(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
PREFÁCIO.....	7
LISTA DE GRÁFICOS.....	9
LISTA DE FIGURAS.....	13
LISTA DE TABELAS.....	17
LISTA DE SIGLAS.....	19
INTRODUÇÃO.....	29
1. A TRAGÉDIA DOS COMUNS E A JUSTIÇA BRASILEIRA EM NÚMEROS.....	39
1.1. A Justiça brasileira em números: panorama geral.....	41
1.1.1. Números da Justiça brasileira.....	44
1.1.1.1. Panorama geral da Justiça brasileira.....	45
1.1.1.2. Justiça Federal.....	47
1.1.1.3. Justiça estadual.....	49
1.1.1.4. Superior Tribunal de Justiça.....	50
1.1.1.5. Supremo Tribunal Federal.....	51
1.1.2. O problema do tempo do processo.....	55
1.1.2.1. Justiça estadual.....	59
1.1.2.2. Justiça Federal.....	64
1.1.2.3. Superior Tribunal de Justiça.....	67
1.1.2.4. Supremo Tribunal Federal.....	68
1.1.3. Recorribilidade.....	69
1.1.4. A execução é o grande vilão?.....	74
1.1.4.1. Números da execução.....	75
1.1.5. Conciliação.....	79
1.2. A Justiça como <i>bem comum</i>	82
1.2.1. A tragédia dos comuns e a tragédia da Justiça.....	85
1.2.1.1. Pequeno panorama da <i>tragédia da Justiça</i> em outros países (nem tão <i>trágico</i> assim).....	89
1.2.2. Soluções para a <i>tragédia da Justiça</i> : a cooperação como caminho.....	91

2.	UMA MUITO BREVE HISTÓRIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	95
2.1.	Antecedentes filosóficos.....	95
2.2.	Nascimento da AED.....	101
2.3.	Uma outra visão.....	106
2.4.	Notas de um utilitarismo pronunciado.....	107
2.5.	Ampliação do movimento e novas descobertas.....	110
2.6.	Críticas e outras escolas.....	113
2.7.	Análise econômica do direito fora dos Estados Unidos.....	115
2.7.1.	Pequeno perfil da AED e o processo no Brasil.....	119
2.8.	Uma explicação adicional: formalismo <i>versus</i> realismo e a “nova” análise econômica do direito.....	130
3.	MATRIZES TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DESTE TRABALHO.....	135
3.1.	O que é eficiência? De Posner a Shavell/Kaplow e Calabresi.....	138
3.1.1.	Eficiência, Tântalo e as garantias processuais.....	138
3.1.2.	O(s) critério(s) de Posner.....	141
3.1.3.	Shavell e Kaplow: muito mais que <i>riqueza</i> : o bem-estar social como critério normativo (<i>welfare economics</i>).....	148
3.1.3.1.	Uma análise mais formal da função de bem-estar social (<i>Social Welfare Function – SWF</i>).....	154
3.1.3.2.	Questões distributivas importam para o bem-estar social.....	155
3.1.3.3.	Por que não consideraremos a norma (de forma geral) e o processo como meio adequado para promoção de redistribuição de renda?.....	156
3.1.4.	Calabresi/Ackerman e “escola de Yale”.....	158
3.1.4.1.	A função de bem-estar social é Pareto superior? Isso realmente importa? Como essa função opera no estudo do princípio da cooperação no processo civil?.....	161
3.2.	A teoria da utilidade esperada e a teoria da perspectiva.....	163
3.2.1.	Teoria da utilidade esperada.....	164
3.2.1.1.	Valor esperado, utilidade esperada e comportamento cooperativo no processo civil: uma primeira aproximação.....	167
3.2.2.	Uma atualização decorrente da economia comportamental: a teoria da perspectiva.....	169
3.2.2.1.	Teoria da perspectiva e comportamento cooperativo no processo civil: uma primeira aproximação.....	174
3.3.	Matriz filosófica: a neurociência da moralidade e o pragmatismo profundo.....	175
3.3.1.	<i>Dual process brain</i> e os caminhos da moralidade.....	176
3.3.2.	Explicando as traições do <i>sistema 1</i> : a troleologia de Joshua Greene.....	181

3.3.3.	A raiz biológica dos instintos transformada em imperativo categórico kantiano (a teoria da <i>miopia modular</i>).....	195
3.3.4.	Pragmatismo profundo e políticas públicas: como debater questões difíceis, inclusive em direito processual civil.....	206
4.	A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: LEI E DOUTRINA EM CAMINHOS DIVERGENTES.....	213
4.1.	Cooperação como modelo e como princípio de processo civil.....	213
4.2.	Comportamento cooperativo na norma e na doutrina: caminhos divergentes.....	226
5.	O QUE É COOPERAÇÃO? DIREITO, BIOLOGIA, ECONOMIA E PSICOLOGIA JUNTAS NA ODISSEIA EVOLUTIVA DA ESPÉCIE HUMANA.....	229
5.1.	A cooperação levada a sério.....	230
5.2.	A cooperação na teoria dos jogos.....	232
5.3.	A cooperação nas ciências naturais (cooperação como <i>mecanismo evolutivo</i>).....	243
5.4.	Como promover cooperação: a lição de Robert Axelrod.....	252
5.4.1.	Estratégias para a promoção da cooperação.....	262
5.4.1.1.	Principal premissa do comportamento cooperativo: o poder da punição.....	266
5.5.	Fundamento da cooperação no processo civil brasileiro: o devido processo legal: devido para o quê?.....	276
5.5.1.	A participação é elemento necessário ao processo civil?.....	279
5.5.1.1.	Participação como instrumento às finalidades do processo civil.....	280
5.5.1.2.	Participação como elemento essencial ao conceito de processo.....	298
5.6.	Conclusão parcial.....	304
6.	PRIMEIRO MOMENTO DA COOPERAÇÃO: DE ANTES DO PROCESSO À AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO CPC/2015.....	307
6.1.	A decisão de ajuizar uma ação: custas processuais, condições da ação e demandas frívolas.....	313
6.1.1.	Processos socialmente desejáveis e processos socialmente indesejáveis.....	315
6.1.2.	Comentários sobre as soluções.....	319
6.2.	Análise econômica da decisão de demandar (ajuizamento da ação).....	323
6.2.1.	Comportamento da parte.....	325
6.2.2.	Comportamento do advogado.....	330
6.2.3.	A demanda na Justiça Federal.....	333
6.3.	Desperdício de recursos públicos e privados (<i>deadweight loss</i>).....	335
6.4.	Modelagem em árvores decisórias: aprendendo a trabalhar com <i>backwards induction</i>	338
6.5.	Postura do réu.....	341

6.6.	Análise econômica da autocomposição: modelo básico	343
6.6.1.	Realização do acordo apenas na audiência preliminar.....	347
6.6.2.	Causas da não realização do acordo sob o prisma da abordagem econômica clássica.....	353
6.6.2.1.	Assimetria de informação	354
6.6.2.2.	A condição de litigância em uma simples fórmula ...	356
6.6.2.3.	As causas da assimetria de informação no processo brasileiro.....	359
6.7.	<i>Behavioral Law and Economics</i> e o necessário ajuste dos modelos até aqui estudados	406
6.7.1.	Otimismo: não somos pessimistas, e isso é um problema!	410
6.7.1.1.	Por que somos otimistas? Partes e advogados	414
6.7.1.2.	Otimismo endógeno e realidade brasileira.....	419
6.7.2.	Aversão ao risco	425
6.7.3.	O momento do acordo: gastos a fundo perdido importam... mas de um jeito diferente	429
6.7.3.1.	O efeito da falácia dos custos a fundo perdido no processo civil brasileiro	431
6.7.4.	Outros vieses e possíveis atualizações de modelo.....	433
6.8.	Conclusão parcial.....	435
7.	PRIMEIRAS SOLUÇÕES COOPERATIVAS.....	437
7.1.	Retrato em branco e preto do processo civil brasileiro.....	438
7.2.	Reestruturação das custas processuais (correção de incentivos para as partes)	439
7.2.1.	Aumento substancial das custas judiciais e extinção do teto de custas	439
7.2.2.	Redistribuição do valor das custas ao longo do processo.....	441
7.2.3.	Desvinculação parcial entre pagamento de custas e sucumbência	442
7.2.4.	Reestruturação da apreciação ao pedido de gratuidade da Justiça	445
7.2.4.1.	Considerações preliminares: por que é tão difícil questionar as <i>gratuidades de justiça</i> ?	445
7.2.4.2.	A racionalização da gratuidade: dar a cada um de acordo com a sua “necessidade”	449
7.2.5.	Fim das isenções às pessoas jurídicas de direito público	464
7.3.	Incentivos aos advogados.....	471
7.3.1.	Alteração do regime de “dupla remuneração sem risco” dos advogados públicos.....	472
7.3.1.1.	A decisão de produzir mais	476
7.3.1.2.	Análise econômica dos honorários	481
7.3.2.	O regime de honorários na autocomposição	484
7.4.	Incentivos para o juiz	489

7.4.1.	Possíveis soluções.....	499
7.4.1.1.	A reputação como instrumento para a cooperação	503
7.4.1.2.	Reputação e cooperação.....	505
7.5.	Um problema extra: o <i>jeitinho brasileiro</i> (juízes, partes e advogados).....	508
8.	CRIANDO UM AMBIENTE COOPERATIVO NO PROCESSO: CONTRA A LITIGÂNCIA HABITUAL E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	521
8.1.	Como promover a cooperação dos litigantes habituais	522
8.1.1.	Modelo.....	523
8.1.2.	A interação entre litigantes habituais e o sistema de justiça: <i>the public goods game</i> e a tragédia anunciada.....	524
8.1.3.	O dilema do prisioneiro repetitivo e a busca da autocomposição ...	531
8.2.	Comportamento cooperativo das partes e juízes no âmbito da fase cognitiva de processos individuais: contra a litigância de má-fé	544
8.2.1.	Em busca dos incentivos adequados à cooperação na fase cognitiva do processo.....	547
8.2.2.	Dificuldades na busca dos incentivos adequados	554
8.2.2.1.	Premissa não punitiva e exigência do elemento subjetivo	554
8.2.2.2.	Dificuldades executivas das multas devidas ao Estado.....	558
8.2.2.3.	Tipificação dos casos de litigância de má-fé e abuso do direito de litigar	559
8.2.2.4.	Indisposição do juiz para aplicação das sanções devidas	560
8.2.2.5.	<i>Agency problems</i> e a (i)responsabilidade dos advogados	563
9.	CRIANDO UM AMBIENTE COOPERATIVO NO PROCESSO: INCENTIVOS À LITIGÂNCIA DE BOA-FÉ COMO ESTRATÉGIA PREDOMINANTE.....	567
9.1.	Atipicidade e desnecessidade de elemento subjetivo.....	568
9.1.1.	Um caso particular de atipicidade do abuso do direito de litigar: o comportamento contraditório em processos distintos	571
9.2.	Valor esperado da multa: perspectiva de punição e exequibilidade	577
9.3.	Superando a indisposição dos juízes no combate ao comportamento não cooperativo (desleal)	581
9.3.1.	A importância dos honorários sucumbenciais recursais	583
9.3.2.	Novamente a <i>função de utilidade</i> do magistrado	587
9.4.	<i>Agency problem</i> advogado-cliente e <i>vicarious liability</i>	588
9.5.	Refazendo as contas em busca de um <i>valor ideal de sanção</i> contra a litigância ímproba	592
9.6.	Ajustes da economia comportamental	595
9.6.1.	O viés de otimismo (<i>optimism bias</i>).....	595
9.6.1.1.	Desprezo às pequenas probabilidades.....	598
9.6.1.2.	<i>Priming</i> e outras ferramentas comportamentais.....	605

26	ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL	
	9.6.2. Teoria da perspectiva (<i>Prospect Theory</i>) e o verdadeiro valor da perdas e punições.....	612
	9.6.2.1. Teoria da perspectiva e magnitude da punição: certeza ou probabilidade?	615
	9.6.3. Força de vontade limitada (<i>bounded willpower</i>) e o poder das punições rápidas: passado versus presente e desconto hiperbólico	618
	9.7. Conclusão parcial.....	623
10.	EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: A COOPERAÇÃO NOS RECURSOS E NA EXECUÇÃO	625
10.1.	Análise econômica dos recursos (principalmente da apelação).....	626
10.1.1.	O interesse social na eliminação dos erros de julgamento	627
10.1.2.	Calculando o custo social do erro	632
10.1.2.1.	Interposição de apelação: análise de eficiência do modelo brasileiro.....	633
10.1.3.	Qualificações e extensões do modelo	639
10.1.4.	Atualizações da economia comportamental.....	641
10.1.4.1.	<i>Endowment effect</i> , <i>status quo bias</i> e autocomposição em segunda instância.....	642
10.1.5.	Conclusão parcial	647
10.2.	A efetividade das decisões judiciais como fundamental ao ambiente cooperativo do processo: cooperação na execução.....	647
10.2.1.	Brevíssimo panorama doutrinário e nossa posição sobre a abrangência do art. 139, IV, do CPC/2015	650
10.2.2.	Análise econômica da execução: modelo	657
10.2.2.1.	Cumprimento de sentença e o Teorema de Coase ..	657
10.2.2.2.	Cumprimento de sentença, tutela efetiva e bem-estar social	658
10.2.3.	Execução <i>flexível</i> , <i>credible threat</i> e comportamento cooperativo do devedor	661
10.2.4.	Modelando o comportamento do executado (<i>backwards induction</i>)	668
10.2.4.1.	Jogo dinâmico e sequencial: colocando tudo junto	671
10.2.4.2.	Estudo dos cenários.....	672
10.2.4.3.	Extensões do modelo a outros temas ligados à execução.....	694
10.2.5.	Atualizações da economia comportamental.....	695
10.2.6.	Conclusão parcial	698
11.	TECNOLOGIA E DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DIMINUINDO OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E PROMOVENDO COOPERAÇÃO DE FORMA DISRUPTIVA	701
11.1.	Por que vivemos um momento revolucionário?	702
11.1.1.	Inteligência artificial: o que é e como funciona	706
11.1.2.	Inteligência artificial versus inteligência natural: semelhanças e limites da IA	715

11.2. Impactos da tecnologia no sistema de justiça: automação, reinvenção, custos de transação e cooperação	723
11.2.1. Autocomposição digital de conflitos (<i>online alternative dispute resolution</i> – OADR)	726
11.2.2. Inovações tecnológicas nas cortes de Justiça	733
11.3. Tecnologia e acesso à justiça: uma nova abordagem	741
11.3.1. Esclarecimento ao cidadão	742
11.3.2. Garantia da aplicação da lei	745
11.4. A inteligência artificial e o futuro do processo civil: precedentes, litigância de boa-fé e decisão por algoritmos	748
11.5. Conclusão parcial	760
CONCLUSÃO	763
REFERÊNCIAS	779
ANEXOS	823
Anexo 1. Número de processos julgados pela Quarta Turma especializada em direito tributário: Tribunal Regional Federal da Segunda Região: meses de julho e agosto de 2017	825
Anexo 2. Pesquisa: acórdãos do STJ sobre litigância de má-fé (janeiro a 26 de outubro de 2017)	829