



Brasília | ano 50 | nº 197
janeiro/março – 2013

Teoria econômica aplicada ao processo civil brasileiro

CECÍLIA BARBOSA MACÊDO CORREIA

DANY RAFAEL FONSECA MENDES

Sumário

1. Introdução. 2. Objetivo da teoria econômica aplicada ao processo: minimização dos custos sociais. 3. A judicialização do conflito de interesses: o litígio é mesmo necessário? 4. A troca de informações entre as partes litigantes. 5. Julgamento. Considerações sobre a função do juiz nos sistemas da *civil law* e da *common law*. 6. Recursos. 7. Considerações finais.

1. Introdução

As leis que repercutem de maneira significativa no ordenamento jurídico do país normalmente são precedidas de uma exposição de motivos, a qual, por sua vez, tem o objetivo de justificar as razões e a finalidade de tais leis. Embora não seja uma parte da lei propriamente dita, a exposição de motivos apresenta os princípios orientadores do projeto de lei, o que serve, inclusive, como critérios de interpretação e vivência do sistema recém-instituído.

Os códigos, pelo âmbito de incidência, pela complexidade e pela repercussão que impõem ao sistema jurídico, em regra apresentam uma exposição de motivos bastante útil para o intérprete. É o que acontece com o Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973), cuja Exposição de Motivos é reveladora das pretensões do legislador e dos princípios orientadores do sistema processual civil.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil indica que a finalidade do CPC é colocar o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico, revogando institutos processuais arcaicos e criando outros, afinados com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos.

Cecília Barbosa Macêdo Correia é advogada, professora e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Dany Rafael Fonseca Mendes é advogado, professor e mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

A Exposição de Motivos ressalta ainda que, diversamente de outros ramos do direito, orientados por valores éticos e morais, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a realização e o desempenho do Direito. Essa racionalidade é dirigida à construção de um sistema no qual as demandas sejam processadas e decididas em curto período de tempo e com o mínimo de despesas.

Nessa linha de ideias, é legítimo afirmar que o sistema processual brasileiro foi construído com base em uma racionalidade (econômica) que tem por finalidade alcançar a efetividade do processo, consistente na boa aplicação do direito material, com o menor custo possível (maximização de resultados).

Tais premissas, por si sós, já autorizam uma interpretação do CPC à luz de teorias que, em vez de primar pelo formalismo ou só se orientar por valores éticos e morais, tenham por escopo tornar o processo um instrumento de aperfeiçoamento do sistema jurídico como um todo, inclusive com a prevenção de lides, a um baixo custo social (aqui entendido como custo imposto a toda a sociedade).

Se o tempo gasto em um processo pode ser considerado custo (e, economicamente, ele o é, na verdade), a Exposição de Motivos do CPC informa que, processualmente, é preciso atender ao máximo de demandas ao mínimo de custos. Essas são, em síntese, as razões que justificam a crítica dos atuais institutos do direito processual civil à luz da teoria econômica.

O tema do presente trabalho, assim, diz respeito à aplicação da economia aos aspectos processuais das disputas civis, o que se pretende fazer de uma maneira ampla, examinando, desde o surgimento do conflito de interesses, passando pela contratação de advogados, a judicialização da demanda, com a propositura da ação e as diversas fases do processo, até o julga-

mento. Neste estudo, pretende-se dar destaque à repercussão que a solução da disputa pode ter no ordenamento jurídico e na prevenção de demandas.

Apesar de sua relevância para as pesquisas de Análise Econômica do Direito (AED), as questões de governança relacionadas à força das instituições e dos contratos (*enforcement*), apresentadas por Dixit (2004), não farão parte deste estudo, em função da dificuldade de sua mensuração e de delimitação necessária ao trabalho que se apresenta.

2. Objetivo da teoria econômica aplicada ao processo: minimização dos custos sociais

Embora seja imprescindível a qualquer sociedade minimamente organizada, o processo judicial é um instrumento complicado e dispendioso de solução de conflitos de interesses. Apesar da existência de meios alternativos de solução de conflitos, o processo, pelas funções política e garantidora que desempenha, é indispensável.

É interessante notar que o direito tem duas dimensões: uma abstrata, constituída pelo sistema de normas jurídicas e princípios, e outra concreta, na qual se verifica a efetividade das normas jurídicas. O intérprete do direito normalmente leva em consideração somente a sua dimensão abstrata. A boa interpretação, entretanto, não pode prescindir da consideração dos aspectos práticos que dizem respeito à concretização e funcionalização do direito, tanto para as partes quanto para a sociedade; ou seja, a avaliação de diferentes regras e práticas processuais exige a mensuração dos custos sociais.

As regras processuais não podem ser entendidas como simples instrumentos necessários à aplicação do direito substantivo (material). O uso dos instrumentos processuais tem um

custo social que, segundo Cooter e Ulen (2010, p. 405) pode ser entendido como a soma dos custos administrativos e dos custos de erros na aplicação do direito.

Os custos administrativos podem ser entendidos como a soma dos custos suportados pelo Estado para garantir o funcionamento do Poder Judiciário, ou seja, aquilo que se gasta com pessoal (juizes, funcionários e auxiliares), prédios, materiais de escritório etc.

Além dos custos administrativos, outro fator interessa à composição do custo social. O processo não se traduz numa atividade mecânica de aplicação do direito, mas, antes disso, é uma atividade orientada por fins sociais, que podem ser frustrados ou postergados pela ocorrência de erros na concretização do direito material, como e.g. na condenação de pessoa errada, ou na condenação da pessoa certa, mas em valor errado. Em ambos os exemplos há má aplicação do direito.

Os erros judiciais, ao contrário do que pode parecer inicialmente, não se circunscrevem aos interesses individuais das partes envolvidas na demanda. Eles irradiam seus efeitos para toda a sociedade, fenômeno que normalmente não é percebido pelo aplicador do direito, o qual está com os olhos voltados para a dogmática jurídica e desconsidera a dimensão concreta do direito, considerando, quando muito, a repercussão da decisão nos interesses individuais das partes do processo.

É importante reconhecer que o erro não só prejudica os interesses individuais das partes, mas distorcem os incentivos relativos às demandas judiciais, conforme advertem Cooter e Ulen (2010, p. 405), impondo custos à sociedade, que podem ser entendidos como custos de erros.

Assim, do ponto de vista da teoria econômica, os custos são compostos pela soma dos custos administrativos e dos custos de erros, o que pode ser representado pela seguinte fórmula, adaptada de Cooter e Ulen (2010):

$$\text{Min } C_s = C_a + C_{(e)}$$

onde: $\text{Min } C_s$ é medida mais simples dos custos sociais; C_a é custos administrativos e $C_{(e)}$ é custo de erros.

O objetivo da teoria econômica aplicável ao processo civil, conforme já se vem demonstrando, é minimizar a soma dos custos administrativos e dos custos de erros e, por conseguinte, reduzir o custo social ao mínimo.

Uma parte dos custos administrativos é suportada pelas partes do processo, mediante pagamento de taxas que são exigidas da parte autora para o ajuizamento da ação (custas iniciais) e da parte vencida, ou sucumbente, ao final do processo (custas finais). Embora não seja viável saber quanto custa exatamente um processo para o Estado, o certo é que

as custas processuais não são suficientes para cobrir todas as despesas de uma demanda. Assim, é razoável afirmar que, se as partes fazem um acordo, evitando que a demanda seja julgada, isso minimiza os custos administrativos, pois são menos atos processuais praticados e, portanto, menos recursos materiais empregados para extinguir o processo.

Ora, se minimiza os custos administrativos, o acordo deve, em razão do benefício social de tal redução, ser sobreincentivado, mediante a adoção de medidas que o tornem economicamente atrativo para as partes, conforme se verá mais adiante.

Se, por um lado, é fácil perceber o que pode minimizar os custos administrativos, embora estes não sejam, como já se disse, mensuráveis com exatidão, por outro lado, os custos de erros são ainda mais difíceis de compreender e mensurar, pois a medida do erro exige um padrão de perfeição, conforme advertem Cooter e Ulen (2010, p. 406). Assim, para os custos de erros, a solução da lide deve ser pensada dentro de uma moldura ideal, na qual o juiz tenha informações perfeitas tanto sobre os fatos quanto sob o direito material aplicável ao conflito de interesses entre as partes do processo, de tal sorte que, se os tribunais tivessem informações perfeitas, não cometeriam erros.

Para ilustrar o que ora se afirma, podemos pensar na seguinte hipótese: imagine-se um processo no qual o valor real do dano que se pretende reparar seja de R\$ 2.500,00 e a sentença condene o réu ao pagamento de R\$ 2.000,00; logo, o tamanho do erro é de R\$ 500,00. O que pode ser representado pelo seguinte cálculo, adaptado de Cooter e Ulen (2010):

$$J^* - J = 500$$

onde J^* é a sentença com informações perfeitas e J é a sentença real.

O erro repercute diretamente na esfera patrimonial das partes, mas, indiretamente, irradia efeitos sobre a sociedade de maneira bem mais significativa, pois as pessoas passam a pautar suas condutas a partir daí, levando em consideração a decisão do tribunal. Muito embora, no sistema processual brasileiro, em regra, as decisões judiciais não tenham força vinculante e, portanto, não estejam habilitadas a criar regras jurídicas, o fato é que ninguém ignora a influência da jurisprudência sobre a sociedade, coibindo ou estimulando determinadas condutas.

Assim, o erro, que se afigura pequeno na perspectiva individual das partes do processo, poderá, na perspectiva dos interesses sociais, ser demasiadamente significativo. Se o erro, por exemplo, beneficia um fornecedor, este poderá diminuir o seu controle de qualidade, o que representa uma distorção dos incentivos (se gasta menos com indenizações do que

com o controle de qualidade ou precaução, o fornecedor não terá incentivos para investir na precaução).

3. A judicialização do conflito de interesses: o litígio é mesmo necessário?

Um ditado popular diz que é melhor um acordo ruim do que uma briga boa. A sabedoria popular parece indicar que os custos do processo, do ponto de vista psicológico, recomendam que se faça o acordo e se evite a demanda. Entretanto, do ponto de vista econômico, nem sempre é fácil saber quando é melhor fazer um acordo e evitar a demanda, principalmente no sistema processual brasileiro, no qual as partes e seus advogados não têm oportunidade de discutir suas pretensões antes da propositura da ação.

Apesar disso, o problema não merece ser abandonado, pois, ainda que não seja possível uma solução do conflito de interesses pela via extrajudicial, a solução do litígio pelo acordo, mesmo que isso se dê em fase adiantada do processo, ainda é melhor, do ponto de vista econômico, do que o esgotamento de todas as instâncias recursais. Afinal, quanto mais o processo avança, maior o seu custo administrativo.

É razoável afirmar que as partes litigam na justiça porque não encontraram meios mais eficientes para resolver a disputa na qual estão envolvidas. Para o autor, vítima de um dano, por exemplo, é possível calcular o ponto crítico a partir do qual o ajuizamento da demanda não valha a pena. A avaliação dos custos começa com a contratação do advogado, e este, por sua vez, para aceitar uma causa, também leva em consideração o tempo que deverá dedicar à causa, a remuneração no caso de a causa ser vencida e o provável valor da condenação, de maneira que é forçoso concluir que há determinadas demandas que são economicamente inviáveis.

Da mesma maneira, é possível calcular o ponto crítico para o réu, autor de um dano, por exemplo, aceitar um acordo, levando em consideração os custos do processo, a possibilidade de ser condenado e o valor da condenação.

Segundo Cooter e Ulen (2010), atualmente nos Estados Unidos, onde o processo é especialmente caro para as partes, mais de 95% das disputas terminam em acordo, não chegando a ser julgadas. No Brasil não há sequer dados a respeito do percentual de demandas que terminam em acordo; porém, a tomar como base o que a mídia frequentemente divulga sobre o volume de processos que tramitam nos tribunais, em especial nos tribunais superiores, o percentual de processos que poderiam terminar em acordo, mas vai a julgamento e é reexaminado na esfera recursal, não deve ser pequeno, pois os custos do processo para as partes são pequenos e os incentivos para o acordo praticamente não existem.

a) Custas processuais e honorários advocatícios como filtros empregados no controle do ajuizamento de demandas

Se age racionalmente, o autor, antes de ajuizar uma ação, deve avaliar os custos da demanda e o retorno esperado de sua reivindicação (aquilo que espera obter na justiça caso seu pedido seja julgado procedente); ou seja, tecnicamente, ele deverá fazer uma análise do custo-benefício da demanda. Para demandas fundadas em interesses não patrimoniais, ou puramente morais, como aquelas ligadas ao direito de família, por exemplo, bem como para aquelas diretamente ligadas à pacificação social, envolvendo uma camada mais desafortunada da sociedade, que necessita da justiça, mas não tem condições de custear o processo, o Judiciário deve estar aparelhado para julgar sem levar em consideração o aspecto econômico, mas,

antes disso, a conveniência política e o interesse social. Assim, para tais demandas, para as quais não se pode aplicar a relação de custo-benefício, justifica-se a assistência judiciária gratuita, a instituição de competências especializadas em direito de família, órfãos, sucessões etc., providências relacionadas a um tipo de litigiosidade que não tem fundo econômico.

No Brasil ainda não é possível saber, com exatidão, qual o custo administrativo de uma demanda, mas é quase certo que as custas processuais (suportadas pelos litigantes) são insuficientes para cobrir todas as despesas de um processo. Parte dos custos do processo, assim, não é internalizada¹ pelas partes (autor e réu), mas suportada pelo Estado, o qual, por óbvio, faz frente a tais despesas com o dinheiro do contribuinte. Para aquelas demandas cuja litigiosidade não têm fundo patrimonial ou econômico, conforme já referido anteriormente, dada a função política da justiça, é razoável que os custos do processo sejam suportados pelo Estado; porém, para as demandas que têm fim econômico, como aquelas derivadas de relações de consumo, por exemplo, os custos administrativos devem ser internalizados pelas partes. Para tanto, é necessário um sistema de custas que leve em consideração a natureza da demanda e a qualidade das partes.

Ao que tudo indica, dar o mesmo tratamento às partes, desconsiderando as diferenças referidas, implica um tratamento formalmente igual aos materialmente desiguais. As custas processuais para pessoas jurídicas que exploram atividades empresariais altamente lucrativas e que, não raro, terminam fazendo da justiça uma extensão de seus escritórios e estabelecimentos, costumam ser as mesmas para a pessoa natural, que só eventualmente recorre ao Judiciário.

É com respeito às demandas que têm fundo econômico e patrimonial que a teoria econômica deve ser aplicada para a minimização dos custos sociais. Por óbvio, conforme já se mencionou, a análise econômica não deve estender-se à toda atividade jurisdicional; porém, é inegável que as demandas relacionadas ao direito do consumidor, à responsabilidade civil etc. não podem ficar de fora dessa análise.

Cooter e Ulen (2010, p. 408) dão notícias de que, na justiça norte-americana, cada uma das partes que litiga em juízo arca com os seus custos processuais e, mesmo que venha a vencer a demanda, os valores que despendeu com as despesas do processo não são restituídos (por lá, a regra é “cada um paga o seu”). No sistema brasileiro, adota-se uma regra

¹ Para Pindyck e Rubinfeld (2010), externalidades são frutos da ação de um produtor ou consumidor que afeta outros produtores ou consumidores, mas que não é considerada no preço de mercado. Logo, quando se diz que uma parte não internalizou todos os custos do processo, pode-se afirmar que ela não arcou com todos os efeitos de sua ação, ou seja, os custos de sua demanda foram, em boa monta, internalizados (pagos) por toda a sociedade.

distinta, pois o vencido (sucumbente), além de suportar suas despesas, deve restituir as custas processuais que foram pagas pela outra parte (a regra é no sentido de que o perdedor pague tudo). Em outras palavras, no sistema processual civil brasileiro vige o princípio da sucumbência, no qual a parte que perde a demanda arca com as custas e despesas processuais da outra. Conforme dispõe o art. 20 do CPC, “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

O sistema brasileiro, com sua regra de que o perdedor paga tudo, não oferece qualquer incentivo para as partes evitarem a demanda, seja deixando de ajuizá-la, seja entabulando acordo no curso do processo, pois, sendo baixos os valores das custas processuais, para o autor é sempre vantajoso judicializar a sua demanda e, para o réu, é sempre vantajoso protelar ao máximo o pagamento, prolongado o processo até onde seja possível, já que, ao final, não haverá qualquer consequência.

Se um fornecedor é condenado por um dano causado ao consumidor, além do valor da indenização, aquele deverá restituir ao consumidor o valor das custas que este adiantou na propositura da ação. Se a demanda é ajuizada perante o Juizado Especial Cível, essa regra se torna inócua, pois o processo é gratuito para as partes, o que aumenta o custo social, não só porque o Estado suporta todo custo administrativo da demanda, mas também porque não incentiva o fornecedor a investir em prevenção, evitando danos futuros no exercício de sua atividade.

Além de prevenir danos, a regra do “perdedor paga tudo” deve servir como um filtro, impedindo que determinadas demandas sejam judicializadas. Cooter e Ulen (2010) questionam a eficiência dessa regra de distribuição dos custos do processo, indagando se o perdedor deve mesmo pagar tudo, e respondem comparando os sistemas dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha.

Na Grã-Bretanha, onde é adotada a regra do “perdedor paga tudo”, menos disputas vão a julgamento do que nos Estados Unidos, onde cada parte normalmente paga os próprios custos. Ao que tudo indica, a regra do perdedor paga tudo funciona como um filtro porque os custos do processo são de fato suportados pelo perdedor. Contudo, se a justiça é barata ou gratuita para as demandas fundadas em interesses estritamente patrimoniais, como ocorre no sistema brasileiro, tal regra torna-se inócua.

Possíveis autores de ação com baixa possibilidade de vitória, com a regra do “perdedor paga tudo” e valores elevados de custas processuais, vêem-se desmotivados a demandar, pois podem ter prejuízos com as custas processuais. O réu, por seu lado, vê-se incentivado a resolver a disputa mediante um acordo, pois o prolongamento do processo lhe é desfavorável, no caso de perder a demanda.

b) O valor e a natureza do dano como filtro no ajuizamento de demandas

Se, por um lado, é relevante o custo da ação, por outro, o retorno esperado com a reivindicação também deve ser considerado, pois é com esse benefício que o custo da demanda deve ser confrontado, a fim de se descobrir o ponto crítico a partir do qual o litígio não é economicamente viável.

Além desses dois fatores, é necessário considerar que a própria ocorrência do dano é outro fator relevante, pois, não havendo dano, não há razão para demandar.

O modelo proposto por Cooter e Ulen (2010, p. 411) identifica três causas imediatas para o ajuizamento de uma ação: 1 – lesão ou dano que provoca disputas; 2 – o custo do processo e; 3 – o valor esperado da reivindicação. Pela combinação desses fatores pode-se afirmar o seguinte: (i) o aumento da ocorrência de danos aumenta o número de litígios; (ii) o aumento do custo do processo para a parte diminui o número de demandas; (iii) a expectativa de valores elevados nas condenações aumenta o número de ações e; (iv) a prevenção contra danos evita demandas.

Os custos com ajuizamento de uma ação podem servir como filtro, ou seja, as disputas de valores altos passam pelo filtro e produzem processos judiciais, enquanto as de valores baixos não o atravessam e, conseqüentemente, não geram litígios. Conforme já se mencionou, o aumento do valor das custas judiciais tem relação direta com a decisão de ajuizar uma ação: se este preço aumenta, diminui o número de demandas na justiça; se ele cai, o número de litígios aumenta.

O ideal é encontrar um ponto de equilíbrio entre o ajuizamento de demandas e a eficiência social. Para tanto, o valor das custas judiciais deveria ser fixado de maneira a minimizar

os custos administrativos e os custos de erros na aplicação do direito. Não se trata, simplesmente, de usar as custas processuais como um mecanismo para impedir o acesso à justiça, o que poderia, em última análise, ser considerado inconstitucional; porém, é inegável que não há sentido algum em atribuir ao Estado o custo de demandas fundadas em interesses individuais e de natureza exclusivamente patrimoniais.

O ideal é que, num sistema processual organizado, levando em consideração os custos sociais, determinados danos não sejam indenizados e, apesar de isso consistir em um erro de aplicação do direito material, os ganhos com o sacrifício do direito individual são compensados pela diminuição dos custos sociais; ou seja, sacrificar o direito individual, em determinados casos, compensa, pois a sociedade ganha com isso.² Assim, “o tribunal imporia taxas ótimas para a apresentação de petições quando os custos administrativos do processo judicial fossem iguais aos custos do erro de não oferecer remédio jurídico para a lesão no caso marginal” (COOTER; ULEN, 2010, p. 414).

Assim, se um dano não é indenizado porque o custo de ajuizamento da demanda é igual ou maior do que o retorno esperado com a reivindicação perante a justiça, caso a ação seja julgada procedente, essa circunstância opera uma redistribuição nos custos com os danos (em vez de o autor do dano responder, a vítima arca com as conseqüências).

Essa mudança na distribuição dos custos do dano, deixando a vítima sem indenização, embora constitua um erro sob o ponto de vista do direito material, só deve ser evitada quando se justificar do ponto de vista econômico. Se os

² Para a Análise Econômica do Direito, em razão do princípio da Eficiência Econômica, a mera distribuição de recursos, ainda que seja considerada justa, não gera benefícios à sociedade como um todo, vez que não há, nesse caso, criação de excedentes, como no caso de barganhas.

erros têm grandes efeitos no sentido de desestimular a precaução em relação a danos, as custas processuais devem ser mantidas baixas (o que incentiva a judicialização da demanda). Por outro lado, quando não produzem mudanças no comportamento de quem causa lesões, ou seja, afetam a distribuição dos custos com o dano, mas não os incentivos, a eficiência econômica exige a manutenção de altas taxas de apresentação. Nesse caso, ainda que economicamente inviável, a vítima do dano tem acesso à justiça; porém, deverá tomar a decisão de ajuizar a demanda com base em critérios morais e não econômicos.

Em outras palavras, o erro na aplicação do direito, ainda que deixe determinadas lesões sem indenização, deve ser socialmente tolerado se representar uma vantagem do ponto de vista dos custos sociais.

Em síntese, qualquer modelo gratuito resulta na apresentação de mais reivindicações do que o sistema com custas judiciais, as quais, entretanto, devem variar de acordo com a natureza das demandas e a qualidade das partes litigantes. Se a demanda tem um fundo moral ou ético e se há interesse político na sua solução, os critérios para fixação do valor das custas podem ser políticos; mas, se a demanda tem um conteúdo exclusivamente patrimonial, os critérios para a fixação das custas judiciais devem ser econômicos, levando em consideração, sobretudo, a necessidade de diminuição dos custos sociais.

c) A oferta de serviços jurídicos

É razoável acreditar que o aumento do número de advogados militantes afeta o ajuizamento de demandas. Onde há livre mercado para a contratação desses profissionais intelectuais, o preço dos seus serviços tende a diminuir e, por consequência, dá-se uma redução nos custos totais de um processo.

Assim, é natural que o órgão de classe dos advogados tente controlar o acesso à profissão, pois, ao reduzir a oferta de profissionais, o preço dos serviços jurídicos aumenta.

Em cada lugar, a relação entre cliente e advogado tem suas vicissitudes. Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo Cooter e Ulen (2010, p. 416), para alguns ilícitos civis, o advogado cobra um pequeno valor adiantado e, se ganhar a causa, tem direito a uma participação na indenização; mas, se perder, nada recebe. Por óbvio, se aumentar o número de advogados, o ponto crítico para um profissional aceitar a causa tende a cair, de maneira que os advogados passam a aceitar causas com valores cada vez mais baixos, o que aumenta o número de demandas na justiça.

O que se percebe, claramente, é que a advocacia não é uma atividade profissional que se deva reger pelas leis do livre mercado. Na medida em que se trata de uma profissão diretamente relacionada com o acesso à justiça, o número desses profissionais deveria ser controlado, levando-se em consideração as reais necessidades de seus serviços e os custos sociais. Entretanto, ainda faltam estudos que indiquem quais as melhores providências a serem tomadas.

4. Troca de informações entre as partes litigantes

a) Diferenças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*

Se desconsiderarmos os casos nos quais as partes podem litigar sem a assistência de advogado, conforme acontece nos Juizados Especiais Cíveis em causas não superiores a vinte salários mínimos, o primeiro passo na instauração de uma disputa judicial é a contratação de um advogado e, em seguida, vem o ajuizamento da demanda.

No sistema norte-americano, antes da disputa ser apresentada à justiça, dá-se a troca de informações entre as partes e advogados, o que ocorre em uma fase pré-processual e, a depender dessa troca de informações, pode dar ensejo ao não ajuizamento da ação.

No sistema processual civil brasileiro, o encontro entre os advogados das partes se dá em audiência, quando a demanda já foi ajuizada, sendo que essa audiência se dá perante o juiz que a preside. Antes do processo não há, em regra, qualquer contato entre as partes ou entre seus advogados. Assim, no sistema norte-americano, o acordo é mais eficiente do que no sistema brasileiro, pois, se o acordo se dá antes do ajuizamento da ação, o custo administrativo do processo equivale a zero. A comparação entre os dois sistemas, nesse tocante, sugere que os advogados das partes deveriam ter a oportunidade de se encontrar antes da judicialização da demanda. Disso se pode concluir que seria proveitosa a criação de mecanismos processuais que incentivassem as partes, antes do recurso à justiça, a participarem de uma audiência extrajudicial de tentativa de conciliação. Entretanto, tal observação, de que a troca de informações pré-judicial reduziria o número de litígios, é meramente empírica, pois faltam ainda estudos (com dados confiáveis) que a confirmem.

b) A minimização dos custos sociais pela troca de informações

Os julgamentos ocorrem porque as partes têm expectativas diferentes sobre o valor da condenação, cada uma das partes espera ganhar com o julgamento mais do que se aceitasse a proposta da contraparte.

Um exemplo de Cooter e Ulen (2010, p. 422) serve bem para ilustrar o problema: um ônibus atropela um pedestre, a empresa de ônibus admite a culpa, mas as partes discordam quanto ao valor da indenização. O otimismo das partes quanto ao valor da possível condenação (maior para o autor e menor para o réu) dificulta o acordo; o pessimismo das partes, por sua vez, quando ao valor da condenação (menor para o autor e maior para o réu) facilita o acordo.

Em uma disputa judicial com tais características, o autor sabe mais que o réu sobre a magnitude da lesão; e o réu, por outro lado, sabe mais que o autor sobre as precauções que foram tomadas para evitar o acidente. As informações, assim, são assimétricas, situação que pode criar o pessimismo nas partes e facilitar o acordo, mas pode, também, criar uma situação de otimismo que o dificulte.

Se ambas as partes tivessem as mesmas informações, não haveria motivos para que elas fossem pessimistas ou otimistas. Se, por outro lado, uma das partes tem informações das quais a outra não dispõe, o retorno esperado da indenização diverge, de acordo com a expectativa de

cada uma das partes, por causa das informações assimétricas.

O compartilhamento de informações pode ser voluntário ou involuntário (determinado por lei). O problema que se coloca é saber qual dos dois modelos é mais eficiente para a produção de acordos. Cada uma das partes só tem interesse em revelar aquilo que é uma má notícia para a outra, ou seja, as más notícias saem de graça, pois quanto mais pessimista a outra parte estiver, mais esta estará disposta a aceitar um acordo que lhe é desfavorável. Nesse sentido, o compartilhamento voluntário de informação reduz o otimismo das partes e promove acordos, de maneira que a eficiência econômica indica que as partes devem ser livres para revelar os fatos que corrigem o falso otimismo do lado oposto.

Nessa linha de ideias, é razoável afirmar que, no compartilhamento obrigatório, há redução da assimetria de informações entre as partes e incentivos ao acordo. Por outro lado, a descoberta de informações que fazem com que uma das partes exija condições melhores reduz a probabilidade de acordos, o que conduz a uma aporia: não é possível saber se a exibição das provas ou das informações privadas das partes aumenta ou diminui a possibilidade de acordos. Daí se pode concluir que o compartilhamento obrigatório de informações entre as partes, dada a sua ambiguidade, não torna o sistema mais eficiente, pois não é possível saber se as informações vão encorajar ou desencorajar a realização de um acordo (COOTER; ULEN, 2010, p. 427).

Essa situação de aporia revelada no sistema norte-americano chama a atenção para um fato relevante e próprio do sistema processual brasileiro: o papel desempenhado pelo juiz na condução do processo. Vige, no sistema processual brasileiro, quanto às alegações das partes e às provas por elas produzidas, o princípio da eventualidade, segundo o qual, todas as razões

de fato das partes devem ser apresentadas na primeira oportunidade que “falam” em juízo. Portanto, é na petição inicial e na contestação que o autor e réu, respectivamente, alegam os fatos que lhes parecerem adequados à defesa de seus interesses.

No que concerne à prova, exceto os documentos, é toda ela produzida em juízo e perante o juiz (prova testemunhal), pelo próprio juiz (inspeção judicial) ou com a sua autorização (perícia).

No sistema processual brasileiro, conforme se pode notar, o processo é totalmente voltado para a figura do juiz, a quem os fatos são relatados e para quem as provas são produzidas (a finalidade da prova é convencer o magistrado dos fatos articulados na petição e na contestação), de maneira que o juiz é a figura central do processo e, como tal, sobre ele recai a responsabilidade por levar as partes a resolver a disputa mediante acordo.

Se tanto as alegações quanto as provas são dirigidas para o juiz, no intuito de convencê-lo, é o magistrado que terá melhores condições de convencer as partes a fazer um acordo, de maneira que, quanto maior o conhecimento do juiz sobre as informações que as partes têm sobre os fatos, tanto maior será a possibilidade de convencê-las, reduzindo o otimismo de ambas quanto aos resultados da demanda. Mais do que as informações, no entanto, a postura do julgador parece que é decisiva para a solução do processo por meio do acordo.

Contudo, para que as possibilidades de acordo não dependam exclusivamente do juiz, o ideal seria que, paralelamente ao sistema processual, fosse criado um mecanismo de troca de informações entre as partes, de preferência antes da propositura da ação perante o Judiciário, o qual propiciasse aos advogados a feitura de acordos extrajudiciais, o que pode funcionar como um meio alternativo de solução de conflitos de interesses.

5. Julgamento. Considerações sobre a função do juiz nos sistemas da *civil law* e da *common law*

Nos países que seguem a tradição da *common law*, o procedimento é acusatório e os juízes agem como árbitros, enquanto na *civil law* o procedimento é inquisitivo e os juízes tendem a atuar no desenvolvimento do processo assumindo uma postura mais ativa.

No sistema da *common law* dá-se primazia para o contraditório, os advogados têm mais liberdade no desenvolvimento de seus argumentos do que no sistema da *civil law*, em que o processo tem na figura do magistrado o seu principal personagem, pois todos os atos processuais são dirigidos ao juiz.

A partir dessas características básicas, podem-se vislumbrar possíveis incentivos aos advogados e ao juiz que possam tornar o processo mais eficiente do ponto de vista econômico.

Embora não seja raro encontrar profissionais comprometidos com a realização dos interesses públicos e com as responsabilidades de seus cargos, juízes e advogados vocacionados e comprometidos com a realização da justiça e com a ética profissional, o certo é que os mecanismos da competição ainda são os melhores meios de alinhar os interesses públicos com os interesses privados. É na defesa dos interesses próprios que os advogados terminam defendendo os interesses de seus clientes e, ao fazê-lo, ajudam os tribunais a produzir o resultado ideal para as disputas.

A estrutura de incentivos para o juiz, entretanto, é bem diferente da dos advogados, pois os juízes devem ser independentes. Essa é uma exigência que se impõe em qualquer sistema: para julgar, o magistrado deve ser imparcial e, por isso, deve estar equidistante das partes e dos interesses em disputa no processo, de tal sorte que, para o juiz, não há – ao menos em tese – qualquer importância no resultado da disputa.

No sistema da *civil law*, o magistrado é um funcionário público, pertence a uma burocracia judiciária alheia às disputas privadas. Nos EUA, os juízes, em sua maioria, são indicados por políticos, em qualquer caso; entretanto, o julgador, para fazer o que reputa certo, não pode correr o risco de ter a sua riqueza ou poder afetado, o que o colocaria numa situação de dependência dos resultados dos atos que praticam no exercício de sua função. De acordo com o diagnóstico de Cooter e Ulen (2010, p. 439), independentemente do sistema, o cenário não é animador, pois os juízes têm incentivos para fazer o que é certo e fácil, enquanto os advogados têm incentivos para fazer o que é lucrativo e difícil, e nenhum desses dois incentivos em nada contribui para a eficiência econômica do processo.

De acordo com essa perspectiva, se o desenvolvimento do processo está centrado no trabalho do juiz, conforme se passa no processo inquisitivo, o

juiz aumenta a sua independência e reduz a sua motivação. Por outro lado, se o desenvolvimento do processo está centrado no advogado, conforme se passa no processo contraditório, sua conduta fortalece a busca por fatos e argumentos, o que representa uma vantagem na diminuição dos custos de erros, podendo, porém, aumentar os custos administrativos.

A identificação das diferenças entre a *civil law* e a *common law*, bem assim o que cada um dos sistemas tem de positivo e de negativo para a eficiência do processo, reclama maior atenção de cientistas sociais. Ainda que o juiz, no sistema da *civil law*, não possa se comportar como se estivesse atuando sob a égide da *common law*, o certo é que a simples tomada de consciência dessas diferenças já descortina para o magistrado uma série de possibilidades no exercício de sua função, tornando o seu trabalho mais eficiente. A simples constatação, por exemplo, de que no processo inquisitivo o juiz tem melhores condições de conduzir as partes para a realização de um acordo, conforme já ficou demonstrado anteriormente, por si só já deveria ser suficiente para o julgador adotar uma postura menos formal e mais propícia à conciliação entre as partes.

6. Recursos

O sistema processual brasileiro é orientado pelo princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as decisões judiciais são passíveis de recurso. Esse princípio, embora não seja expresso na Constituição Federal, pode ser inferido de sua normativa, na medida em que a norma constitucional organiza o Poder Judiciário a partir de uma estrutura que reconhece a existência de juízes de primeira instância, tribunais locais e tribunais superiores.

Os tribunais, nessa linha de justificativa, têm duas funções distintas: (i) corrigir erros

das instâncias inferiores e; (ii) interpretar a lei, uniformizando o seu entendimento em todo o território nacional.

Ao contrário do que o senso comum possa indicar, de acordo com a teoria econômica a simples existência de um tribunal recursal faz com que os custos sociais caiam significativamente. O efeito psicológico que a falta de controle recursal das decisões judiciais causa é muito forte para que possa ser desconsiderado, e o juiz que sabe que sua decisão é a última palavra vê-se seduzido pela ideia de querer fazer justiça de acordo com os seus critérios pessoais, não de acordo com os critérios legais.

A história dos Juizados Especiais Cíveis ilustra bem o que ora se afirma. Os Juizados foram criados para funcionar como uma estrutura paralela à justiça tradicional, de maneira que existem os Juizados Especiais Cíveis, na primeira instância, onde a judicatura é exercida pelo Juiz de Direito que julga monocraticamente; e as Turmas Recursais, funcionando como segunda instância, na qual os recursos das decisões monocráticas são julgados por um colegiado. Essa estrutura limita-se e esgota-se em cada Estado da Federação, pois as Turmas Recursais julgam em última instância, sem possibilidade de recurso para o Tribunal de Justiça ou para Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Essa estrutura deu origem a uma jurisprudência destoante daquela gerada no âmbito do STJ, o qual tem a função constitucional precípua de unificar a interpretação do direito em todo o território nacional, de maneira que as decisões das Turmas dos Juizados Especiais Cíveis destoantes daquelas proferidas pelo STJ, do ponto de vista da análise econômica, podem ser consideradas um erro que contribui para a desagregação do ordenamento jurídico como sistema, criando, assim, insegurança jurídica. Afinal, se uma demanda é proposta na justiça tradicional, poderá ter um resultado; porém, se

é iniciada perante os Juizados Especiais Cíveis, o desfecho pode ser completamente diverso.

O STJ, sensível a esse problema que desafia sua autoridade, embora sem previsão legal, tem admitido reclamações contra decisões das Turmas Recursais, com a finalidade de corrigir abusos na interpretação e aplicação do direito.

Há quem argumente que o erro não seria das Turmas Recursais, mas do STJ que, por julgar com base em critérios puramente abstratos, do ponto de vista exclusivo do direito positivo, distancia-se da realidade dos fatos e, por isso, erra na aplicação do direito – o que, se for verdade, revela um grave problema na organização do Poder Judiciário. Contudo, não parece ser esse o caso.

Na filosofia ainda se discute se o juiz pode ou não decidir uma causa com base na ideia de eficiência ou se deverá priorizar a justiça; e, naquela área do conhecimento, é fácil concluir que uma coisa não exclui a outra, pois o direito incorpora e utiliza regras de eficiência, mas acaba atribuindo-lhes outros nomes.

O sistema recursal, por óbvio, não fica imune à análise econômica do direito e deveria ser organizado levando em consideração, em primeiro lugar, não o interesse subjetivo da parte litigante de recorrer e ver sua demanda reexaminada pelo órgão jurisdicional recursal, mas sim a diminuição dos custos sociais, sendo certo que uma boa solução nessa linha de ideias é a cobrança de taxas elevadas para o caso de recursos improcedentes e de caráter protelatório.

7. Considerações finais

Diversamente de outros ramos do direito, orientados por critérios de justiça baseados em valores de ordem moral, os quais regulam conflitos de interesses que normalmente não têm conteúdo econômico ou patrimonial, o direito processual civil deve ser orientado por

critérios exclusivamente racionais, na medida em que o processo é um instrumento para a concretização do direito material.

O objetivo do processo civil é resolver os conflitos de interesses que são judicializados, mediante a aplicação do direito positivo, de maneira eficiente e com baixo custo, conforme se pode perceber na Exposição de Motivos do CPC. O que muitas vezes se esquece é que toda decisão judicial tem uma repercussão direta na esfera de interesses particulares das partes do processo, mas indiretamente irradia efeitos sobre os interesses sociais.

O exame crítico do sistema processual civil à luz da teoria econômica fornece valiosos elementos para a realização dos fins propostos para o processo. Sem querer repisar o que se falou ao longo do presente trabalho, vale lembrar que não se tem notícia de quanto um processo efetivamente custa. O certo é que as custas processuais não são suficientes para cobrir todos os seus custos; e uma parte destas despesas, talvez a mais significativa, é custeada pelo Estado. A gigantesca estrutura do Judiciário não nos deixa perceber que cada um dos processos que tramitam em suas diversas seções tem um custo, o qual, embora difícil de calcular, não é impossível de se mensurar e, tampouco, deve ser desconsiderado.

Apesar de o processo ser caro e custeado com o dinheiro do contribuinte, o Estado garante o acesso de todos à justiça, sem distinguir as partes ou os diversos tipos de demandas que lhe são apresentadas. O acesso é universal, não importa se o conflito de interesses tem um fundo moral ou alberga razões puramente patrimoniais ou econômicas.

Essa liberalidade do Estado, em nome da garantia constitucional de acesso à justiça, segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do Judiciário, resulta na ineficiência do processo e na clara negação

de seus princípios norteadores, pois, no fim das contas, conforme ficou demonstrado no decorrer do presente estudo, tal liberalidade representa alto custo social, resultando em um sistema jurídico injusto. A título de exemplo, cabe mencionar que as demandas relacionadas com o direito do consumidor são julgadas, normalmente, pelos Juizados Especiais Cíveis e, no caso de procedência do pedido, o processo tem custo zero para o fornecedor, o que se traduz num desestímulo para que o fornecedor evite demandas investindo em precaução. Então, qual o sentido social dessa liberalidade?

Essa é apenas uma das contradições que a concretização do direito processual pode apresentar e que pode perfeitamente ser resolvida, com base em critérios, razoáveis e válidos, fornecidos pela teoria econômica. Para a fixação do valor das custas processuais suportadas pelas partes litigantes, conforme já se argumentou, deve-se buscar um patamar que minimize os custos sociais, sem com isso negar o acesso a Justiça. No entanto, é necessário clareza de espírito e coragem para quebrar determinados paradigmas.

Em uma sociedade complexa como é a nossa, onde as necessidades são cada vez maiores e mais sofisticadas, valer-se dos mesmos conceitos de justiça utilizados pelos cultores do Direito Natural, desde a antiguidade, é ignorar as vicissitudes dos tempos presentes, onde a eficiência a cada momento é invocada para dar conta dos novos desafios.

Referências

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and economics: alternative modes of governance*. Princeton: Princeton University, 2004.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v.1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.
- MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael Dennis; GREEN, Jerry R. *Microeconomic theory*. New York: Oxford University, 1995.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 7. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8. ed. Boston: Aspen, 2011.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. Coimbra: Almedina, 2007.