

CAPÍTULO IX
**STEVEN SHAVELL E O PREÇO DO PROCESSO:
NOTAS PARA UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL**

*Eduardo Ferreira Jordão**
*Mateus Piva Adami***

Sumário: 1. Introdução – 2. Considerações sobre a Análise Econômica do Direito (AED): 2.1. O método econômico; 2.2. A crítica à AED: 2.2.1. A crítica à premissa da racionalidade maximizadora; 2.2.2. A questão da suposta finalidade da AED – 3. As potencialidades da Análise Econômica no Direito Processual Brasileiro: 3.1. A AED como auxílio na aplicação normativa; 3.2. A AED como instrumento de aprimoramento da política legislativa; 3.3. A AED como mecanismo de legitimação da atuação administrativa – 4. A AED Processual de Steven Shavell; 4.1. A “Teoria Básica da Litigância”; 4.2. As extensões da “Teoria Básica da Litigância”; 4.3. As limitações da AED Processual de Shavell para o Direito brasileiro: 4.3.1. A escassez de pesquisas quantitativas no Brasil; 4.3.2. A limitação do escopo da AED de Shavell; 4.3.3. A arbitrária restrição das finalidades processuais ao “deterrence”; 4.3.4. As ações de menor racionalidade econômica; 4.3.5. As limitações informacionais e o “deterrence”; 4.3.6. A decisão de conciliar ou levar a julgamento – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A publicação de *Economic Analysis of Litigation and Legal Process* de Steven Shavell nesta coletânea¹ possui intenção declarada: provocar o debate a propósito das potencialidades e dos limites de uma Análise Econômica do Direito Processual (doravante “AED Processual”) no Brasil. Este professor da Universidade de Harvard é uma das figuras de maior destaque do movimento da AED – o líder de sua “terceira geração”, nas palavras de Richard Posner, ele próprio um dos maiores especialistas no assunto.² O texto corresponde

(*) Mestrando em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP) e pela London School of Economics and Political Science (LSE).

(**) Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

1. Ver capítulo XXXVII deste livro.

2. De acordo com a categorização proposta por Richard Posner, a primeira geração da AED seria composta por autores como Gary Becker, Guido Calabresi e Ronald Coase, entre outros. A segunda geração incluiria o próprio Posner, além de William Landes e Isaac Ehrlich, discípulos de Becker. Shavell lideraria a terceira geração, em que ainda constariam Oliver Hart, Mitchell Polinsky, Lucian Bebchuk, Louis Kaplow e Alan Sykes. Posner ressalta ainda as características de cada uma destas gerações e os desafios das gerações futuras. Para maiores detalhes, ver Richard POSNER, “A Review of Steven Shavell’s Foundations of Economic Analysis of Law”, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV (June 2006), pp. 405-414.

ao primeiro dos capítulos da sua obra *Foundations of Economic Analysis of Law*³ referentes ao exame das normas processuais americanas. A escolha deste trabalho dentre tantos outros que Shavell produziu sobre o tema deve-se à sua natureza preliminar e genérica, bastante adequada a uma introdução.⁴

Uma “introdução” é, de fato, necessária. Ao contrário do que se passa nos Estados Unidos da América, em que a AED Processual é comum e relativamente bem desenvolvida, no Brasil não há sequer um estudo acadêmico sobre o tema. Este é um fato a se lamentar. Não é necessário embarcar em “modismos econômicos” para admitir a relevância da perspectiva econômica para o exame do fenômeno jurídico. De um lado, ela permite a mais plena compreensão da razão de ser de algumas normas jurídicas – circunstância que contribui para que elas sejam mais bem aplicadas.⁵ De outro, provê o jurista de um instrumental essencial na avaliação crítica da eficiência das normas positivadas.

Óbvio, a admissão das potencialidades da utilização do método econômico para o exame do fenômeno jurídico não implica que se possam importar acriticamente as considerações que a seu respeito se tenham procedido em outro país, onde vigem outra tradição e outro sistema jurídico. Será sempre necessário proceder a uma filtragem das lições estrangeiras para que elas possam servir à nossa realidade.

Nem tanto, nem tão pouco: é necessário encontrar a exata medida da utilidade deste método científico para o exame da normatividade processual brasileira. Este artigo se presta a dar um primeiro passo nesta direção. Para tanto,

3. Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.
4. Apenas para citar alguns de seus textos sobre o assunto: “The Appeals Process and Adjudicator Incentives”, *Journal of Legal Studies*, Volume 35, 2006, pp. 1-29; “The Level of Litigation: Private versus Social Optimality”, *International Review of Law and Economics*, Volume 19, Number 1, March 1999, pp. 99-115; “The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *Journal of Legal Studies*, Volume 26, Number 2, Part 2, June 1997, pp. 575-612; “Reply to a Comment on ‘The Appeals Process as a Means of Error Correction’”, *Legal Theory*, Volume 2, 1996, pp. 83-85; “Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial is Possible”, *Journal of Legal Studies*, Volume 25, Number 2, 1996, pp. 493-501; “The Appeals Process as a Means of Error Correction”, *Journal of Legal Studies*, Volume 24, Number 2, June 1995, pp. 379-426; “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies*, Volume 24, Number 1, January 1995, pp. 1-28; “Suit versus Settlement when Parties Seek Nonmonetary Judgments”, *Journal of Legal Studies*, Volume 22, Number 1, January 1993, pp. 1-13; “Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation”, *Rand Journal of Economics*, Volume 20, Summer 1989, pp. 183-195; “Optimal Sanctions and the Incentive to Provide Evidence to Legal Tribunals”, *International Review of Law and Economics*, Volume 9, June 1989, pp. 3-11; “The Judgment Proof Problem”, *International Review of Law and Economics*, Volume 6, Number 1, June 1986, pp. 45-58; “The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System”, *Journal of Legal Studies*, Volume 11, June 1982, pp. 333-339; “Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”, *Journal of Legal Studies*, Volume 11, January 1982, pp. 55-81.
5. Fábio NUSDEO, *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 19.

inicia-se com uma breve exposição sobre os fundamentos da AED, oportunidade em que também se enfrentarão os supostos empecilhos genéricos à sua utilização no Brasil. Após este momento inicial, ingressa-se no exame específico das potencialidades da Análise Econômica do Direito Processual brasileiro, a partir das lições de Steven Shavell. Seu texto será usado como guia para debater a utilidade deste enfoque em nosso sistema jurídico.

Finalmente, e antes de prosseguir, é preciso justificar a inserção de um artigo desta natureza numa coletânea sobre a Teoria Geral do Processo. Segundo nos parece, esta última expressão não possui significado único. Na hipótese mais comum, denota o estudo de *conceitos* aplicáveis a todos os ramos do Direito Processual (Civil, Trabalhista, Penal, Administrativo).⁶ Seu conteúdo equivale à análise de noções como jurisdição, ação, competência, litisconsórcio, prazos, nulidades. Num segundo sentido, a TGP abarca o estudo da *normatização* comum às diversas espécies processuais, compreendendo o exame de princípios compartilhados, como contraditório ou juiz natural.⁷ Finalmente, pode designar uma secção interdisciplinar da ciência processual, em que o Direito Processual é examinado sob as lentes da Economia, da Filosofia ou da História, por exemplo.⁸ Nesta última acepção, há lugar para uma Análise Econômica do Direito Processual.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

2.1. O método econômico

A análise econômica do fenômeno jurídico possui origens históricas bastante remotas. Suas primeiras manifestações significativas se encontram já nos estudos de Jeremy Bentham, Giuseppe Beccaria, Adam Smith e Karl Marx.⁹ Bastante

6. Ver, por exemplo: Marcus Orione Gonçalves CORREIA, *Teoria Geral do Processo*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2003; Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2004; Carlos Cortes FIGUEROA, *En torno a teoría general del Proceso*, 3. ed., México, Cardenas, 1994; Carlos Arellano GARCÍA, *Teoría General del Proceso*, México, Porrúa, 2005; Gonzalo Armienta CALDERÓN, *Teoría General del Proceso*, México, Porrúa, 2003; Galeno LACERDA, *Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro, Forense, 2006; Gil Ferreira de MESQUITA, *Teoria Geral do Processo*, Uberlândia, IPEDI, 2004.
7. Luis Dorantes TAMAYO, *Teoría del Proceso*, México, Porrúa, 2004; Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2004; José Ovalle FAVELA, *Teoría general del proceso*, 6. Ed, México, Oxford, 2005.
8. Ver o cap. 7 de Manuel Galdino da PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria Geral do Processo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
9. Cf. Richard POSNER, "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho". *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 66; Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS,

mais recente, o surgimento da moderna Escola de Análise Econômica do Direito coincide com a publicação, no final da década de 50 e início da década de 60, de três artigos: o estudo de Gary Becker sobre a discriminação racial, um artigo de Guido Calabresi sobre responsabilidade civil e o texto de Ronald Coase sobre o custo social.¹⁰ Neste último, Coase revela as relações existentes entre a Economia e o Direito, concluindo com uma idéia bastante desconcertante para os juristas: à ausência de custos de transação¹¹, as normas jurídicas não possuem efeito sobre a repartição de recursos e sobre as condutas humanas (Teorema de Coase).¹² Assim, nesta situação ótima, a alocação inicial dos direitos de propriedade, por exemplo, não afetaria o efetivo uso que se lhe daria.

Nestes três estudos inaugurais, a “Análise Econômica do Direito”, antes circunscrita a domínios mais propriamente “econômicos”, ganha maior amplitude. Fundamentalmente, a Economia passa a ser entendida como um *método* aplicável aos mais diversos campos do conhecimento humano.¹³ Este método consiste

“Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. n. 1. jan/mar 2003, p. 79; Fábio Ulhôa COELHO, “A análise econômica do direito”. *Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP*. São Paulo. n.2. 1995, p. 156; José SARAIVA, “Análise econômica, o conhecimento do direito e a realidade jurídica brasileira”. *Universitas/Jus*. Brasília. n.2. jul./dez. 1998, p. 85.

10. Os textos referidos são os seguintes: Gary BECKER, *The economics of discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1957; Guido CALABRESI, “Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts”, 70 *Yale Law Journal* 499 (1961); Ronald COASE, “The problem of social cost”, 3 *Law & Economics* 1 (1960).
11. Os custos de transação são normalmente definidos como aqueles custos em que uma empresa incorre ao satisfazer as suas necessidades operacionais no mercado, ao invés de fazê-lo internamente (adquirir matéria prima, por exemplo). Há diversas outras formas de defini-lo. Na tese de Carl DAHLMAN, os custos de transação correspondem aos custos empresariais de “pesquisa, informação, negociação, decisão, segurança e controle”. Na sintética definição de Oliver WILLIAMSON, é a dúvida entre “fazer e comprar” (in Richard JANDA, “État des réflexions sur l’analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents”. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris. n. 37, 1992, p. 176).
12. Ensina Richard JANDA: “Coase démontre qu’en l’absence de coûts de transaction, les parties en arriveront à la même allocation ou répartition des ressources. Quels que soient l’usage qu’il fait de son bien un propriétaire impose des coûts aux tiers – ce que Coase qualifie de “coûts sociaux” et que l’on appelle généralement des “effets externes” négatifs –, il importe peu que le droit en attribue la responsabilité au propriétaire ou qu’il laisse plutôt les tiers en supporter les poids” (in “État des réflexions sur l’analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents”. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris. n. 37, 1992, p. 174). Na formulação de Richard POSNER: “If transaction costs are zero, the initial assignment of a property right - for example, whether the polluter or to the victim of pollution - will not affect the efficiency with which resources are allocated” (in “Nobel Laureate: Ronald Coase and Methodology”. *Journal of Economic Perspectives*. v. 7. n. 4. Outono 1993, p. 196).
13. Uma extrapolação desta idéia pode ser conferida no interessante *best-seller* de Steven D. LEVITT e Stephen J. DUBNER, *Freakonomics*: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta, São Paulo, Campus, 2005. Richard POSNER sustenta que o primeiro grande “extrapolador” foi Gary BECKER: “More than any other economist in the history of the profession, with the possible exception of Bentham, Becker has insisted that the model of rational choice can be applied to all social behavior. (Notice that I have not even qualified this by saying all human social behavior.) This insistence has been immensely important

na análise da “escolha racional”, em um mundo em que os recursos são limitados diante das necessidades humanas. A tarefa da Economia é explorar as implicações da assunção de que o homem é um “maximizador racional” de seu próprio interesse.¹⁴ Este conceito implica que o homem responde a incentivos para aumentar a sua satisfação pessoal. Dele deriva o potencial de previsibilidade das condutas promovidas a partir de estímulos normativos, fator que é uma das bases da moderna AED.¹⁵

Na sistematização de Steven Shavell, são três as características principais e peculiares da análise econômica: (i) o uso enfático de estatísticas, de testes empíricos e de modelos simplificados da realidade; (ii) o peso que é posto na idéia de racionalidade tendente à maximização da utilidade pessoal para o exame dos comportamentos humanos; (iii) a explicitação das medidas de bem-estar social levadas em consideração, que restam obscuras em outros enfoques.¹⁶

2.2. A crítica à AED

A Análise Econômica do Direito é alvo de duros questionamentos. Chega-se mesmo a duvidar da utilidade deste método, com base em duas críticas recorrentes. A primeira delas atinge um dos seus pressupostos: a idéia de racionalidade na atuação humana dirigida à satisfação pessoal. A segunda delas ataca a suposta finalidade única deste método científico: garantir a eficiência econômica. Analisemo-las separadamente.

2.2.1. A crítica à premissa da racionalidade maximizadora.

Uma das críticas dirigidas à Análise Econômica do Direito busca colher um de seus pressupostos: a idéia da racionalidade humana tendente à maximização da utilidade pessoal. O questionamento é duplo. Primeiro, a premissa da

for the law and economics movement”, in “Gary Becker’s Contributions to Law and Economics”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2. (Jun., 1993), p. 213.

14. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, pp. 3-4.
15. Concluem Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS: “*O ser econômico, em suma, é considerado como um indivíduo que age racionalmente, buscando maximizar a sua utilidade, tomando decisões alocativas de recursos dentro dessa perspectiva. Assim sendo, é esperável que o indivíduo reaja a mudanças de modo a que preserve seus recursos e possa, em última análise, seguir maximizando a sua utilidade*” (in “Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. n. 1. jan/mar 2003, p. 32). Nas palavras de José Ramon COSSÍO DÍAZ, a Análise Econômica do Direito corresponde ao “*estudio de conductas económicas realizadas en las condiciones determinadas por normas jurídicas*” (in *Derecho y análisis económico*, México, ITAM, 2002, p. 238).
16. Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 4.

racionalidade é posta em dúvida. Afirma-se que não é razoável pressupor a análise racional prévia a todos os atos da vida humana, quando muitas das ações cotidianas são impensadas ou irrefletidas. Segundo, questiona-se o pressuposto *individualista* adotado pela AED. Apresentam-se, contrariamente, diversos exemplos de situações em que as pessoas fazem opções ou tomam decisões altruístas, despidas de interesses próprios. A idéia aqui é a de que nem sempre a ação humana é movida por interesses egoísticos. Destas duas objeções salta-se à conclusão da inutilidade do método econômico aplicado ao fenômeno jurídico.

A crítica, contudo, não procede. Em primeiro lugar, não é necessário que haja uma reflexão *premeditada* anterior a cada ação para que se possa falar em racionalidade humana. A opção pela via da maximização da utilidade individual pode decorrer – e freqüentemente decorre – de uma ponderação inconsciente.¹⁷ Mais importante ainda, a objeção parece desconhecer a chamada “Lei dos Grandes Números”, segundo a qual “*a dispersão e a diversidade dos comportamentos, atos e fatos relativos a indivíduos isoladamente considerados ou a pequenos grupos tendem a se reduzir drasticamente quando vistos em seu contexto global*”.¹⁸ Deste modo, a objeção em questão de modo algum afeta a premissa da racionalidade humana. De um lado, tal racionalidade não depende de um “cálculo consciente” para cada ação humana. De outro, ações “irracionais” eventuais não infirmam o padrão de racionalidade que é prevalente.

Em segundo lugar, e muito mais sutil, nem sempre é útil, para demonstrar a correção de uma teoria, valer-se do método de comparar seus pressupostos com a realidade. Richard Posner¹⁹ esclarece com um exemplo: “*Seguido consistentemente, este enfoque nos levaria (...) ao absurdo de negar a primeira lei de*

17. No mesmo sentido, Richard POSNER esclarece que “*La idea de que el único resorte de la acción humana son las decisiones bien pensadas es ingenua. No hay que ser un freudiano para darse cuenta de que muchas acciones humanas con un propósito se formulan en un nivel inconsciente*” (in “Usos y abusos de la teoría económica en el derecho”. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 83). Neste mesmo sentido, ver Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, pp. 3-4, em que o autor sustenta que “*Rational maximization should not be confused with conscious calculation*”.

18. Cf. Fábio NUSDEO, *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 67-68. Afirma ainda o autor: “*As reações imprevisíveis, erráticas ou inteiramente discrepantes a que se atêm os céticos quando criticam as explicações científicas no campo social não constituem a regra do comportamento humano, mesmo quando individualmente considerado, o qual aliás não é o objeto da Economia, como, de resto, de nenhuma outra ciência. Quando, porém, focalizado o grupo maior ou a sociedade como um todo, tais reações discrepantes passam a representar uma verdadeira e negligenciável exceção*”.

19. Para uma melhor compreensão das idéias de POSNER a este respeito, recomenda-se a leitura de Sebastião MACHADO FILHO, “O pragmatismo jurídico de Richard A. Posner e sua análise econômica”. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo. v.10. n.10. 2002.

Newton (“na ausência de forças atuando sobre ele, um corpo permanece estático, ou em um movimento retilíneo uniforme”) com base em que a sua condição antecedente (ou suposto) – a ausência de forças – nunca se realiza”.²⁰ De fato, várias premissas normalmente utilizadas em estudos econômicos, como concorrência perfeita, conhecimento perfeito, e respostas instantâneas dos agentes econômicos ao aumento do preço, por exemplo, não são, na prática, verificáveis. Nem por isso, os estudos que os tomam como premissas são imprestáveis.²¹ Este é apenas um outro modo de dizer que a Análise Econômica do Direito envolve um método científico *dedutivo*. Ou seja, define situações e comportamentos hipotéticos mesmo antes de verificar a sua efetiva existência.²²

É também por esta razão que Posner requer uma legitimação “posterior” da Análise Econômica do Direito – mais precisamente, uma legitimação “por resultados”. Seu valor não estaria na colheita de dados reais relevantes, para posterior exame, mas na capacidade de explicar e prever as condutas a partir de alguns estímulos normativos. Tendo em vista o seu sucesso neste particular, é razoável supor que a idéia do homem como “maximizador racional” não diste tanto da realidade, como se poderia imaginar.²³

Muito próxima desta crítica é aquela que reprova o uso de modelos simplificados, em que se destacam (e se consideram) apenas algumas das circunstâncias factualmente verificáveis. Aqui também a idéia é a de que os economistas baseariam o seu raciocínio em premissas equivocadas, do que decorreria a inutilidade de suas conclusões. O fato é que a representação da realidade em modelos simplificados não veicula somente as limitações do método econômico, mas também os seus méritos: evidentemente, é esta simplificação que permite a melhor

20. Richard POSNER, “Usos y abusos de la teoría económica en el derecho”. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 66.

21. Neste mesmo sentido, entendem Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS: “Para que a escassez seja contornada, ou ao menos minimizada, a economia neoclássica assume que os indivíduos agem racionalmente. Trata-se de um apoditismo, ou seja, uma premissa básica, a qual, evidentemente, pode ser contestada em termos concretos. Todavia, essa premissa é necessária, pois permite investigar padrões comportamentais, e, assim, avaliar a previsibilidade das condutas, o que torna possível a teorização a respeito dos comportamentos humanos, em face da escassez” (in “Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. n. 1. jan/mar 2003, p. 32).

22. Ensina Fábio NUSDEO que os métodos indutivos “decorrem da indução, observação e mensuração estatística dos fatos e do estabelecimento de possíveis relações funcionais entre as variáveis que os representam”, ao passo que os métodos dedutivos partem “de uma proposição de grande potencialidade explicativa, independente de qualquer observação prévia” (in *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 67-68).

23. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 18. Ver também José Ramon COSSÍO DIAZ, *Derecho y análisis económico*, México, ITAM, 2002, p. 227.

compreensão e apreensão da realidade.²⁴ Posner é enfático: “*Uma teoria econômica do Direito não capturará a inteira complexidade e riqueza dos fenômenos (...) que ela busca iluminar. Mas este déficit de realismo no sentido de completude descritiva, longe de invalidar a teoria, é sua pré-condição. Uma teoria que buscasse reproduzir fielmente a complexidade do mundo empírico em suas assunções não seria uma teoria – uma explicação –, mas uma descrição*”.²⁵

Uma importante analogia poderia ser feita com um mapa. Toda representação cartográfica deste tipo consiste na simplificação (redução) de uma realidade. Neste processo, perdem-se diversos detalhes aferíveis no mundo real – e, portanto, um mapa é só *relativamente* uma acurada representação da realidade. Por outro lado, é evidente que um hipotético mapa de escala 1:1 não teria qualquer utilidade. Neste mesmo sentido, Posner sugere que o maior risco que corre o cientista não é o “reducionismo”, mas o seu oposto, que ele denomina “complicacionismo”: a inserção de diversas variáveis (como custos de informação e aversão a riscos) que tornam o modelo dificilmente aferível na realidade.²⁶ A observação é válida, mas deve ser aceita com ressalvas. Evidentemente, há também o risco da escolha inadequada das variáveis. A desconsideração de fatores relevantes poderá minar a capacidade preditiva e explicativa de um modelo.

2.2.2. A questão da suposta finalidade da AED

Outra crítica bastante difundida mas redundamente mal informada é a de que a análise econômica do Direito seria necessariamente prescritiva, e a sua finalidade seria garantir a realização da eficiência econômica. É neste sentido que Fábio Ulhôa Coelho sustenta o seguinte: “*A hipótese com que trabalha a análise econômica do direito é a de que o juiz, ao decidir as demandas, deveria adotar a solução que se revelasse a mais eficiente. (...) Há, na verdade, uma hierarquia implícita a qualquer empreendimento teórico com tal diretriz: a economia deve prevalecer sobre o direito; isto é, a eficiência econômica deve nortear a aplicação da ordem jurídica*”.²⁷ Usualmente, a esta observação se segue a conclusão de que, portanto, a análise econômica não poderia ser utilizada entre nós, tendo em

24. Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 1.

25. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 18.

26. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 18.

27. Fábio Ulhôa COELHO, “A análise econômica do direito”. *Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP*. São Paulo. n. 2. 1995, p. 160.

vista que a nossa ordem jurídica consagra outras finalidades que não a eficiência econômica.²⁸

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que esta crítica ignora a existência de diferentes espécies de AEDs, a normativa e a positiva. A análise econômica *normativa* é de fato utilizada para argumentar o que *deve ser*. Há, no caso, claro matiz preceptivo: busca-se alcançar resultados concretos, estudam-se as normas sob um ponto de vista econômico para examinar de que forma uma sua alteração viabilizaria determinado fim. Há, enfim, um evidente caráter finalístico, funcional. Os autores que empreendem uma análise econômica normativa visam a um exame crítico das normas em relação ao atingimento de determinado fim. A conclusão destes estudos é sempre em forma de “tal deve ser feito para alcançar-se tal fim”. Entretanto, a análise econômica *positiva* é, por assim dizer, mais “neutra”.²⁹ A intenção do estudo é demonstrar como as coisas efetivamente *são*, valendo-se de métodos econômicos para *entendê-las*, não para modificá-las. Em poucas palavras, aqui a preocupação é menos “melhorar” do que “entender” o mundo, ainda que não se negue que esta segunda seja uma etapa na consecução do primeiro objetivo.

Esta distinção é fundamental³⁰ para compreender a análise econômica do direito em sua inteireza. A este respeito, pronuncia-se Richard Posner: “A

28. Assim também, observam Alexandre Ditzel FARACO e Fernando Muniz SANTOS: “Grande parte do problema em reconhecer alguma possibilidade aplicativa à análise econômica do direito decorre da especificidade de sua vertente mais conhecida, baseada na idéia de que o princípio da eficiência deveria ser o único critério a orientar a aplicação do direito. Todavia, reconhecer a incompatibilidade óbvia das elucbrações de Posner com a dogmática jurídica brasileira não implica recursar em absoluto o instrumental da economia. Em algumas situações a atividade do jurista deveria considerá-lo (e de fato o considera), ainda que sem precisar se subordinar a uma noção neoclássica de eficiência alocativa” (in “Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 1. jan/mar 2003, p. 43).
29. Na terminologia usada por Shavell, a Análise Econômica do Direito pode ser normativa ou *descritiva*. Ver *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 1. José Ramon COSSÍO DÍAZ fala em “rama predictiva y rama de eficiencia” (v. *Derecho y análisis económico*, México, ITAM, 2002, p. 238 e SS).
30. “No âmbito do direito, a análise econômica positiva seria a avaliação de dados empíricos, relativos à aplicação de determinada norma jurídica, com o intuito de verificar sua eficácia social, ou efetividade, a partir da metodologia própria da economia. Em suma, a idéia seria explicar normas jurídicas e seus efeitos como eles são, sem a intenção de mudá-los ao gosto de determinada teoria. Com efeito, o aplicador do direito ver-se-ia, aqui, envolto em discussões econométricas acerca do grau de contenção social ou de incentivo à prática de condutas alternativas à sancionada por determinada lei. Por sua vez, a análise econômica do direito normativa buscaria analisar em que grau a eficiência econômica poderia ser utilizada como critério a guiar a construção de raciocínios jurídicos. Ao contrário do enfoque positivo, aqui se busca estabelecer uma função específica para o direito, dentro de uma perspectiva econômica baseada no gradual aperfeiçoamento de um mercado, em termos concretos, ineficiente” (in Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS. “Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 1. jan/mar 2003, p. 32).

distinção entre positivo e normativo, entre explicar o mundo como ele é e buscar mudá-lo para fazê-lo melhor; é básica para entender o movimento da AED. Sem embargo, é uma distinção difícil para os advogados, porque são invariavelmente normativos, e tal dificuldade é uma fonte comum de confusão, pois muitas das críticas que caberiam para a análise econômica normativa não se aplicam para a análise econômica positiva".³¹ No caso, a crítica que ora se analisa é (no máximo) aplicável apenas à análise econômica normativa – não à positiva. Quanto a esta, suas conclusões são neutras: a intenção é, apenas, esclarecer o que *efetivamente ocorre* (por exemplo, qual comportamento se pode esperar do aumento da pena para determinado crime), não aquilo que *deveria ocorrer*. Munido desta informação, as possibilidades de atuação de um agente político, por exemplo, são inúmeras.³² Portanto, acaba-se por criticar a análise econômica do direito por características que não lhe são inerentes.³³

Mas é preciso ir mais além no enfrentamento desta crítica. Ainda quando seja direcionada especificamente à AED normativa, ela não será totalmente pertinente. A *normatividade* desta espécie de AED significa que as suas conclusões possuem natureza prescritiva, mas isto não implica a imposição do valor “eficiência econômica” sobre outros valores juridicamente protegidos. Note-se que a eficiência é quase sempre um *valor-meio*. *Quaisquer* valores juridicamente protegidos podem ser realizados com dispêndio excessivo ou ótimo dos recursos escassos, bem como através de vias eficazes ou ineficazes. A AED normativa, na maioria dos casos, prescreverá a adoção dos meios mais baratos ou mais eficazes para a realização de finalidades sociais de qualquer ordem. Isto significa que o recurso à eficiência não visa a promover a substituição de outros valores, mas a garantir-lhes a realização.

31. Richard POSNER, “Usos y abusos de la teoría económica en el derecho”. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 69. Ver também Mario RIZZO, “The mirage of efficiency”, (1979-1980) 8 *Hofstra Law Review* 641.
32. “El uso de la economía para apoyar recomendaciones de política legal parece suscitar inevitablemente el tema de la adecuación de la economía como un sistema normativo, pero en realidad no lo hace. El economista que demuestra que los delincuentes responden a incentivos y que, por tanto, cometen menos delitos cuando las sanciones son más severas no está empleando un análisis normativo. (...) Al medir costos y beneficios económicos, el economista, en su calidad de economista, no está comprometido con la tarea particular de decir a los realizadores de políticas cuánto peso asignar a los factores económicos (in Richard POSNER, “Usos y abusos de la teoría económica en el derecho”. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 70).
33. São parecidos os argumentos de Guido CALABRESI, “First party, third party, and product liability systems: can Economic Analysis of Law tell us anything about them”, *Iowa Law Review*, n. 69, 1984. Neste mesmo sentido, Richard POSNER defende não ser razoável rejeitar a Análise Econômica do Direito apenas por não compartilhar de sua versão mais agressiva (in *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 29).

Neste sentido, uma norma hipotética será dita superior a outra (e a AED, então, prescreverá a sua adoção) quando ela permitir que determinado valor ou finalidade social seja alcançado de forma mais eficiente. Esta finalidade social, contudo, não precisará possuir “conteúdo econômico”.³⁴ Num exemplo real, uma escola nos Estados Unidos da América pretendia que os pais viessem buscar os seus filhos diariamente logo após o término das aulas. Para alcançar este objetivo, estipulou uma taxa para pais atrasados. A análise econômica demonstrou que a norma em questão causava efeito inverso ao pretendido: uma vez que estavam pagando as referidas taxas, os pais atrasados sentiam-se legitimados a atrasar ainda mais.³⁵ Outros meios mais eficientes poderiam ser propostos por uma AED normativa, sem que a finalidade (“não-econômica”) da norma em questão fosse alterada. Fixa-se primeiramente o objetivo social, perseguido posteriormente com a ajuda do instrumental da eficiência econômica. Não se propõe a substituição das finalidades sociais fixadas pelas normas jurídicas, mas a sua realização pela via menos onerosa, sempre que houver mais de um meio disponível.

Apenas quando o emprego destes meios mais eficientes propostos pela AED chocarem ou impedirem a realização de outros valores juridicamente protegidos e que se poderá cogitar da aplicabilidade da crítica em comento.³⁶ Todavia, isto está bastante longe de constituir a regra na Análise Econômica do Direito, mesmo na sua espécie normativa.

3. AS POTENCIALIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Feitas estas precisões acima, pode-se passar à exposição referente às utilidades da análise econômica do direito em nosso ordenamento. Antecipamos, de logo, o nosso entendimento, para, em seguida, desenvolvê-lo. São três as funções que a análise econômica do direito pode desempenhar em nosso ordenamento:

34. Neste mesmo sentido, Steven SHAVELL aponta que “*the conception of social welfare employed in welfare economics is quite general and plausibly can accommodate the views of the social goods of most readers*”. Em outro trecho, afirma o professor Americano: “*It should therefore be noticed that normative analysis is conditional in nature, in that the legal rule that is best may depend on the social welfare criterion under consideration. If the social goal were simply to minimize the number of automobile accidents, the best rule might well involve severe punishment for causing an accident, whereas if the social goal were also to include the benefits people obtain from driving, the best rule would be unlikely to involve very rigorous punishment for causing an accident*” (in *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 1).
35. O exemplo foi retirado do livro de Steven D. LEVITT e Stephen J. DUBNER, *Freakonomics*: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta, São Paulo, Campus, 2005.
36. Dizemos *cogitar* porque mesmo nestes casos de choque de valores será necessário proceder a uma ponderação dos valores envolvidos. Em muitos casos, a eficiência econômica também será um juridicamente protegido.

(i) auxílio na aplicação normativa; (ii) instrumento de aprimoramento da política legislativa; (iii) mecanismo de legitimação da atuação administrativa.

3.1. AAED como auxílio na aplicação normativa

A primeira hipótese na qual o instrumental econômico pode e deve ser usado é aquela em que esta utilização deriva como determinação da própria norma; a economia é, enfim, pressuposto da aplicação normativa. Há razões diversas para que se prevejam tais fatos econômicos nos enunciados normativos. Em alguns casos, quer-se disciplinar situações que só podem ser expressas em termos econômicos – é um fato econômico que se quer regular. Noutros, pretende-se atingir determinado objetivo, também só (ou melhor) descrito em suas propriedades econômicas.

Neste passo, são duas as possibilidades: ou bem se estatuiu um “fato econômico” como pressuposto de aplicabilidade de uma consequência normativa; ou bem se previu que determinado fato deveria dar ensejo a uma dada consequência normativa, definida em termos econômicos. No primeiro caso, a aplicação da consequência normativa depende da verificação do fato que é seu pressuposto. Será necessário recorrer ao conhecimento econômico para reivindicar a incidência normativa ou pleitear o seu afastamento. Um exemplo muito claro é o do art. 20, II, da lei n. 8.884/94, que prevê constituir infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de “*dominar mercado relevante de bens ou serviços*”. Para afirmar-se a ocorrência da hipótese de incidência normativa ou para refutá-la será necessário recorrer ao método econômico. No segundo caso, exige-se de determinados indivíduos ou entidades que, para agirem em conformidade com o Direito, realizem determinado estado de coisas economicamente definido. É esta a norma que se extrai do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal): estatui-se, no caso, um dever ao administrador público de gerir eficientemente os recursos de que dispõe para atingir os seus objetivos constitucionais.

Ainda no que concerne ao uso da AED como auxílio na aplicação normativa, deve-se fazer referência ao conteúdo econômico implícito de inúmeras normas do nosso Direito. O conhecimento desta racionalidade econômica que lhes informa certamente contribuirá para uma aplicação mais coerente com a sua finalidade. Nas palavras de Fábio Nusdeo, é “*inócua e vazio brandir o advogado, perante os tribunais ou numa reunião profissional, os códigos e as leis, citá-los de memória, discutir o sentido literal ou o lógico-formal das suas normas, se se revelar jejuno quanto ao seu conteúdo, à sua funcionalidade e ao seu destino*”.³⁷

37. Fábio NUSDEO, *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 19.

É importante assinalar, por fim, que, no caso das análises econômicas para aplicar normas, mais parece haver uma análise econômica *para* o Direito, do que *do* Direito (para a aplicação do Direito). Não se examina o fenômeno jurídico, mas o fenômeno fático para verificar a incidência da consequência normativa.

3.2. A AED como instrumento de aprimoramento da política legislativa

Uma segunda – e muito evidente – utilidade da análise econômica é a de instrumento de aprimoramento da política legislativa. Não há grande mistério nesta hipótese. Já se afirmou como grande fundamento da análise econômica do direito a questão da racionalidade no agir humano. Pressupondo-o, é possível prever a realização de determinadas condutas pelos cidadãos, em razão de determinada norma (e em qual medida esta conduta poderá ser esperada). O potencial deste método para contribuir com a modelagem normativa é incontroverso.³⁸ Note-se, aliás, que a AED poderá ajudar a aprimorar a efetividade dos fins normativos, tanto sob o ponto de vista da efetividade do estímulo (do ponto de vista da resposta do indivíduo que sofre a regulamentação), como da eficiência das estruturas políticas (do ponto de vista do arranjo institucional, por exemplo).

A preocupação dessa possibilidade de aplicação cinge-se à questão dos incentivos que conduzem os indivíduos a agir de tal ou qual forma. Um bom exemplo é visto na legislação contratual pública. Quando um particular é contratado para simplesmente executar uma obra, ele tende a despender o mínimo possível de recursos, no limite mais próximo possível daquele que possa significar uma perda de qualidade (e conseqüente aplicação de uma sanção, caso a falha seja identificada). Em outra forma de contratação, na qual esse mesmo particular fique incumbido não apenas de construir, mas também de manter o bem resultante da obra por um prazo determinado, os recursos serão aplicados para evitar despesas com manutenção – o que representa um ganho de qualidade da obra. Esses incentivos podem ser verificados em uma comparação entre as Leis Federais 8.666/93 (licitações), 8.987/95 (concessões) e 11.079/04 (PPP).

Reforce-se, apenas, que a análise econômica do direito não necessariamente *define* ou *determina* as medidas que serão adotadas pelo legislador. Apenas o nutre de informações que poderão ser relevantes no desempenho desta função. É

38. Um exemplo de texto que vai nesta direção é o do professor Guido CALABRESI, "First party, third party, and product liability systems: can Economic Analysis of Law tell us anything about them". *Iowa Law Review*, n. 69, 1984. Lê-se, em seu estudo, a seguinte passagem, a revelar o seu intento: "With these comments as background, I would like to look at three types of automobile accident law systems and contrast them with each other and with general social insurance for accidents. From this I hope to derive some notions of what kinds of things economic analysis can tell us and what it cannot tell us about law and its reform".

dizer: pode o legislador, após receber as conclusões de uma análise econômica, recusar-se a adotar a solução legislativa que, em tese, levaria à melhor eficiência alocativa, por entender necessário valorizar outra finalidade, como aquelas de matizes distributivos, por exemplo. Nem nesse caso se haverá de negar a utilidade da análise econômica, que o munuiu das informações necessárias para a sua decisão.

3.3. A AED como mecanismo de legitimação da atuação administrativa

Por fim, pode-se citar a utilidade da Análise Econômica do Direito como mecanismo de legitimação da atuação administrativa. Aqui, faz-se referência à possibilidade de fazer uso da AED para *motivar* a atuação administrativa. Explique-se.

Tão grande é a importância do princípio da motivação da atuação administrativa para o Direito Administrativo que bem se poderia afirmar que ambos possuem surgimento contemporâneo. Não se concebe um sem o outro. Ambos são produtos da implantação de um Estado de Direito, cuja principal característica é a responsabilidade da Administração Pública perante os cidadãos. Do ponto de vista estritamente jurídico, o dever de motivação é corolário do princípio da legalidade.³⁹ No Estado de Direito, a Administração Pública é *subordinada à lei*, que expressa a vontade geral. Sua atuação, portanto, não é livre, mas vinculada aos inafastáveis ditames legais. É corrente afirmar-se que, enquanto aos particulares é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Enquanto para os particulares a lei estabelece limitações, para a Administração, ela é pressuposto da atuação. Daí a necessidade de motivar a sua atuação, para comprovar o atendimento da determinação legal. Motiviar, em suma, consiste em apontar os fundamentos de fato e de direito que determinaram aquela específica atuação administrativa, bem como a correlação lógica existente entre a providência adotada e o estado de coisas que se levou em consideração.⁴⁰

39. Entre nós, o dever de motivar possui múltiplos fundamentos constitucionais. Decorre já seja da enunciação de tratar-se a República Federativa do Brasil de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput) ou das previsões da cidadania como fundamento da República (art. 1º, II), de todo o poder como de titularidade do povo (parágrafo único do art. 1º) até as previsões dos princípios da legalidade e da publicidade, constantes do caput do art. 37, dentre vários outros.

40. Afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a ela conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos” (in *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 103).

O dever de motivação da atuação administrativa cumpre dois papéis complementares, cuja variação depende do grau de discricionariedade que a lei concede ao administrador. Sendo ela restrita, a motivação servirá a demonstrar o atendimento de sua determinação impositiva. Sendo ela ampla (havendo um espaço de liberdade para a escolha do administrador), será preciso motivar a opção adotada (entre todas as outras) para comprovar que se tratou de alternativa *racional, adequada, proporcional*.⁴¹

Em ambos os casos, a motivação serve a garantir a legitimação do ato administrativo. De um lado, permite que o administrador explicita a regularidade da sua atuação, expondo as razões fáticas e jurídicas que lhe determinaram o agir. De outro, permite ao cidadão eventualmente prejudicado contestar esta atuação, demonstrando que não eram verificáveis as condições fáticas que a fundamentaram, não havia subsídio normativo ou era inexistente o nexo entre os dois. De tudo isso emana clara a importância da Análise Econômica do Direito para a legitimação da atuação administrativa. Em casos de competência vinculada, o administrador poderá valer-se da análise econômica para demonstrar a conformidade da sua atuação aos ditames legais impositivos. O mesmo pode fazer o cidadão para contestá-la, por exemplo.

Já na hipótese de atuação discricionária, o uso da Análise Econômica do Direito serve para demonstrar que a escolha foi racionalmente ponderada pelo Administrador, e que se buscou a seleção da melhor alternativa possível dentre as disponíveis. Deve-se sempre ter em mente que o Administrador Público desempenha uma função administrativa, gerindo interesses da sociedade.⁴² Como ocorre em toda e qualquer gestão, a liberdade de atuação está condicionada à busca pela melhor alternativa. Não se concebe a atribuição de um poder desvinculado de uma finalidade. Se há uma brecha que permite expressa ou implicitamente a indicação de uma solução dentre várias, é inviável aceitar qualquer outra escolha que não a melhor.

41. Para Marçal JUSTEN FILHO, “Na hipótese de discricionariedade, a atribuição pela norma de autonomia de escolha para o agente não significa ausência de controle ou limite. Para que a decisão seja válida, é indispensável que o agente exponha de público as razões que conduziram a uma dentre as diversas escolhas possíveis, inclusive indicando a ponderação entre os possíveis resultados. Decisão discricionária não motivada é ato arbitrário, desconforme ao direito, incompatível com a democracia republicana. Não pode ser legitimado com o argumento de que o agente tinha liberdade de escolher, porque essa liberdade não corresponde à autonomia privada. A autonomia do agente, existente na hipótese de discricionariedade, destina-se ao melhor desempenho possível da função administrativa. O agente tem de demonstrar que sua escolha foi a mais correta e a mais satisfatória. Equivale à ausência de motivação a invocação formal à competência do agente ou à existência em abstrato de uma norma legal” (in *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2005, pp; 258-259).

42. Paulo MODESTO esclarece que “a administração pública vem já significando atividade subordinada, teleológica, cujos interesses tutelados aparecem protegidos contra a própria vontade do agente, realizada em cumprimento de um dever jurídico, sujeita a controle e avaliação” (in “Função Administrativa”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 2/211, p. 220).

Evidentemente, trata-se de um dever de difícil demonstração, pois por vezes as soluções são muito próximas em termos de resultados e comprometimento de recursos, o que tende a equipará-las. Entretanto, mesmo que se conclua pela fungibilidade das medidas, a Análise Econômica do Direito já terá cumprido a sua função. Isso porque o simples exercício de comparação entre as alternativas disponíveis já contribui expressivamente para o enriquecimento dos fundamentos da decisão. A atuação do Administrador torna-se mais transparente, posto que é possível identificar com precisão os elementos que o levaram a decidir de uma forma e não de outra. Também amplia a possibilidade de controle, pois se torna mais fácil identificar incoerências no posicionamento externado, tanto internas – à luz dos próprios motivos apresentados –, quanto externas – quando a comparação tomar por base os objetivos públicos da norma que rege a atuação administrativa no caso concreto.

Em outras palavras, a análise econômica provê o intérprete de um instrumental objetivo e adequado à verificação do atendimento, por parte do administrador, dos ditames legais. Quando não puder ser justificada pela proteção de um valor que se contraponha à eficiência pontual, a adoção de uma providência ineficiente poderá implicar a invalidade de um ato administrativo, por exemplo.

4. A AED PROCESSUAL DE STEVEN SHAVELL

Feitas estas considerações genéricas sobre a compatibilidade de uma Análise Econômica com o Direito brasileiro, deve-se passar ao exame específico de suas potencialidades para o Direito Processual. Neste particular, a análise de Steven Shavell servirá como um guia para a discussão. Iniciaremos com um rápido resumo de suas idéias mais relevantes, ilustrando com exemplos de racionalidade econômica de algumas normas processuais nacionais. Em seguida, discutiremos os limites de suas teorizações, tendo em vista as peculiaridades do Direito brasileiro.

4.1. A “Teoria Básica da Litigância”

A premissa fundamental da Análise Econômica do Direito Processual é a de que um litigante promoverá atos processuais *se e quando* esperar que deles resulte benefício superior ao custo incorrido para promovê-los.⁴³ Trata-se de premissa conforme à idéia antes apresentada de racionalidade humana e busca da

43. “The plaintiff will sue when his cost of suit is less than his expected benefits from suit. The plaintiff’s expected benefits from suit involve possible settlement payments or gains from trial.” (in Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 390)

maximização do bem estar individual. Desta premissa resultam conseqüências importantes para o exame dos diversos momentos decisórios processuais. Na sua Teoria Básica da Litigância, Shavell foca três destes momentos decisórios: (i) eventual propositura da ação; (ii) eventual transação; (iii) eventual incursão em gastos adicionais da litigância (produção de novas provas ou solicitação de estudos técnicos, para citar alguns exemplos). Uma das principais contribuições de Shavell à AED Processual está na observação da existência de um desalinhamento entre os incentivos privados e os incentivos sociais à realização dos diversos atos processuais.⁴⁴ Deste descompasso podem resultar litigância demais ou de menos, situações de imperfeição que podem ser corrigidas através de políticas públicas destinadas a encorajar ou desencorajar determinados atos.

Note-se, a princípio, que, da propositura de uma ação judicial podem resultar diversas conseqüências sociais positivas: a concretização do direito e penalização dos responsáveis por atos ilícitos; o conseqüente incentivo gerado aos demais cidadãos para não transgredirem os comandos normativos (no inglês, “deterrence”); o estabelecimento de precedentes judiciais que contribuem para o aumento da certeza do Direito e da segurança jurídica; a indenização das vítimas; etc. No entanto, a decisão de propor ou não a ação judicial cabe ao titular do direito lesionado e é guiada por interesses distintos – em geral, ligados ao seu bem-estar individual. No mais das vezes, ele ingressará com a ação judicial quando entender que o benefício pessoal que daí resultará (por exemplo, o valor que será para si revertido no caso de uma condenação) supera os seus malefícios (tempo e dinheiro despendidos na atuação judicial). Em razão deste descompasso entre os incentivos privados e sociais, em algumas situações ocorrerá que a propositura da ação, embora socialmente desejável, não será conveniente do ponto de vista pessoal do acionante (hipóteses que sugerem que há processos *de menos*). Em outros casos, dar-se-á a situação inversa. A ação será proposta porque interessa àquele que possui a prerrogativa jurídica de propô-la, mas, sob outra perspectiva, os custos incorridos não justificam os benefícios que resultarão para a comunidade (hipótese que sugere que há processos *demais*).

44. Essa idéia foi exposta em um primeiro artigo de Shavell, “The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System”, *Journal of Legal Studies* 11:333-39, 1982). Conferir ainda Louis KAPLOW, “Private versus Social Costs in Bringing Suit”, *Journal of Legal Studies*, 15:371-85, 1986; Peter MENELL, “A Note on the Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System”, *Journal of Legal Studies* 12:41-52, 1986; Susan ROSE-ACKERMAN e Mark GEISTFELD, “The Divergence Between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow”, *Journal of Legal Studies* 16:483-91, 1987; e Janusz A. ORDOVER, “Costly Litigation in the Model of Single Activity Accidents”, *Journal of Legal Studies* 7:243-61, 1978. O próprio Shavell revisitou o tema em duas outras oportunidades (“The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *Journal of Legal Studies* 26:575-612, 1997 e “The Level of Litigation: Private versus Social Optimality of Suit and of Settlement”, *International Review of Law and Economics* 19:99-115, 1999).

O mesmo problema sucede em relação à decisão de conciliar ou levar o caso a julgamento.⁴⁵ Shavell expõe três razões para o desalinhamento, nesta hipótese. Em primeiro lugar, ao ponderar sobre esta decisão, as partes não levam em consideração os custos sociais envolvidos na manutenção do processo (em especial, os vencimentos dos juízes e servidores do Poder Judiciário, o aluguel implícito ou custos de manutenção dos prédios dos tribunais, o valor dos materiais que serão gastos no processo, etc.). Este fato sugere que o incentivo das partes para transacionar é menor do que o da sociedade. Por outro lado, as partes tampouco consideram os benefícios sociais que poderiam advir do prosseguimento do processo. Um exemplo é a situação em que uma empresa acionada força o acordo para que vícios relevantes de seus produtos não venham a público, quando seria socialmente desejável que viessem – o acordo é utilizado para abafar alguma ilegalidade. E aqui o problema é inverso ao anterior: haveria acordos *demais*. Em segundo lugar, Shavell demonstra que a transação muitas vezes não ocorre simplesmente por problemas de assimetria informacional entre as partes, o que também sugere que menos transações ocorrem do que aquilo que seria socialmente desejável. Em terceiro lugar, as transações têm efeitos no desestímulo ao comportamento que gerou o litígio (o “deterrence”), os quais as partes não consideram e possuem fundamental importância social.⁴⁶

Finalmente, os gastos incorridos pelas partes na produção de provas adicionais, contratação de peritos e especialistas em geral, por exemplo, enquanto movidos por considerações de conveniência pessoal, também tendem a gerar resultados incongruentes com aquilo que se poderia dizer socialmente desejável. Isso pode suceder em diversas situações exemplificadas pelo professor norte-americano. Uma das mais claras é aquela em que os gastos de uma parte com a contratação de um perito, por exemplo, são igualados pelos gastos da outra parte na contratação de um especialista de mesmo gabarito. Nesta situação, somam-se os gastos sociais sem que daí decorra nenhum benefício social direto, pois presumivelmente as opiniões contrapostas serão anuladas, sem que se caminhe para um desfecho do litígio. Noutra hipótese, gastos desproporcionais podem

45. O exame de Shavell sobre a racionalidade da decisão de conciliar ou não é um dos trechos mais proveitosos de sua Teoria Básica da Litigância. Nele, Shavell demonstra que o que leva ao julgamento não é o fato de que o acionante esteja confiante na condenação, mas o fato de que ele esteja “mais confiante do que o réu acredita que ele deveria estar”. Por esta razão, a probabilidade de que um acordo seja firmado cresce à medida em que crescem as informações que cada uma das partes detém sobre o fato que deu ensejo ao litígio (situação em que se aproximam as suas expectativas sobre o desfecho do caso).

46. “Thus, the conclusion to this point is that there are two underlying factors suggesting that parties have an inadequate incentive to settle - they do not consider the full social costs of trial, and they may mis-gauge each other's situation - and an underlying factor of unclear consequence - that settlement affects deterrence” (in Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 412).

influenciar o julgador e corromper sua capacidade de julgamento, o que acaba por favorecer indevidamente a parte mais abastada – por simplesmente ser a mais bem representada e dispor de argumentos mais sofisticados.

Algumas dessas situações são facilmente constatáveis, mesmo sem alguma teorização econômica ou sociológica subjacente; outras, no entanto, não são tão evidentes. Um pequeno passeio pelas regras processuais brasileiras permite a identificação de algumas políticas públicas corretivas destas distorções.

Tome-se, por exemplo, o problema da avaliação do limiar de conveniência econômica para acionar. Tendo em vista os custos processuais privados envolvidos na propositura de uma ação (custas processuais, contratação de advogado, custos de oportunidade, etc.), é razoável pressupor que, em geral, apenas ações que possam resultar em condenações superiores a estes valores inicialmente incorridos serão efetivamente propostas. Disto resulta que danos ínfimos, em geral, não dão ensejo a ações judiciais. Se não corrigida, esta situação pode levar a uma indesejável acomodação do infrator, que, livre das restrições geradas pelo judiciário, não possui suficientes incentivos para reduzir as violações aos direitos alheios. É o caso, por exemplo, de uma indústria que fabrique produtos de baixíssima qualidade, e em desacordo com as normas regulamentares, mas cujos preços sejam igualmente baixos. Os consumidores, em virtude do baixo custo de aquisição, dificilmente moveriam uma ação indenizatória, tendo em vista que o custo de adquirir um outro produto, ainda que do mesmo fabricante, é menor. Nessa situação, a empresa não teria qualquer estímulo para melhorar sua produção ou para deixar de praticar um dano reiterado ao consumidor.

No extremo, quando seja possível controlar o grau de dano a impingir a terceiros, a situação poderá dar ensejo a manipulações maliciosas. Imagine-se a situação de uma indústria cujos poluentes geram inconvenientes apenas à população vizinha. Enquanto estes danos individuais forem inferiores aos custos de processar, eles não darão ensejo a novas ações. Disso resulta que a indústria em questão se sentirá “autorizada” a causá-los.⁴⁷ Note-se, no entanto, que embora o dano privado e individual possa ser insignificante, o dano social é relevante – daí a necessidade de evitá-lo.⁴⁸

47. A questão é minuciosamente analisada no texto de Peter MENELL, “A Note on the Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System”, *Journal of Legal Studies* 12:41-52.

48. O mesmo problema exemplificado poderá decorrer quando a obtenção de prova de determinada infração (ou da relação entre o dano e o agente que o praticou) envolve custos relevantes. Neste caso, o infrator sabe que poderá causar danos pelo menos até aquilo que custa para prová-los. As soluções processuais para este problema são a inversão do ônus da prova, presunções de culpa ou a aceitação de provas produzidas em outros processos, por exemplo.

Do ponto de vista do Direito Processual, várias soluções podem ser propostas para estes problemas. A uma, podem-se isentar os acionantes das custas processuais e da obrigação de contratação de advogados para causas de menor valor, a exemplo do que foi feito no Brasil na Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis.⁴⁹ A duas, pode-se permitir a propositura de ações coletivas, em que se conjugam os diversos danos individuais e se reduzem os custos da atuação judicial (v., no Brasil, as leis 4.717/65 e 7.437/85⁵⁰). Finalmente, é possível implantar sistema alternativo de “public enforcement”, em que agências públicas seriam responsáveis por ações menores e repetitivas, por exemplo, com o benefício da utilização de sua especialização e do menor custo marginal⁵¹ das ações propostas.

Já no caso da questão entre transacionar ou levar o processo adiante, a prática demonstra que as políticas públicas são quase sempre no sentido de incentivar a transação. Há normas que favorecem a conciliação no Código de Processo Civil (v. art. 125, IV; art. 331; art. 448), mas ela é particularmente encorajada na Lei dos Juizados Especiais (v. art. 2º; art. 3º, § 3º; art. 21) e na Legislação Trabalhista (v. art. 625-A; art. 764; art. 831; art. 846; art. 850; art. 852-E da CLT)⁵². Entre as razões, evidentemente estão o desafogamento do judiciário e o resguardo de recursos públicos que seriam despendidos no prosseguimento do processo.⁵³ Adicione-se que a análise de Shavell demonstra que quanto mais informações as partes tenham de seu adversário, maior é a chance de acordo. Esta observação sugere que uma política de incentivo às conciliações poderá envolver medidas que obriguem as partes a divulgar informações sobre o fato em disputa, como meio de reduzir a assimetria informacional e aumentar as chances de conciliação. De todo modo, a análise do professor norte-americano também demonstra que a política de incentivo aos acordos judiciais acaba por desconsiderar as hipóteses em que, como mostra a AED processual, o julgamento seria socialmente benéfico.

49. Ver, a propósito, os arts. 9º e 54 da Lei n. 9.099/95.

50. Referimo-nos, respectivamente, à Lei de Ação Popular (que não é propriamente uma “ação coletiva”, mas permite a tutela de interesses da coletividade por particulares) e à Lei de Ação Civil Pública.

51. Com a alusão aos ganhos marginais, faz-se referência ao menor custo de acionar suportado por uma agência especializada em relação aos custos individuais do acionante, em razão do ganho de escala (cada ação proposta por esta agência custa menos do que uma ação proposta por um indivíduo).

52. É dever do próprio advogado, de acordo com o seu Código de Ética e Disciplina (art. 2º, parágrafo único, VI), “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo sempre que possível, a instauração de litígios”.

53. Cabe lembrar a existência de um entendimento doutrinário que afasta a possibilidade de transação de litígios envolvendo o Poder Público – em função de uma suposta “indisponibilidade do interesse público”. Essa situação tende a obrigar o exaurimento das vias recursais, ainda que o entendimento defendido pelo agente público não encontre qualquer respaldo. Essa cultura dá sinais de enfraquecimento, com a adoção da arbitragem em contratos de concessão, e do recente movimento de desistência de recursos em ações fiscais com posicionamento já firmado pelos Tribunais Superiores em favor dos contribuintes.

No que concerne aos gastos processuais adicionais das partes, há algumas regras que podem ser utilizadas para dirimir os problemas, ao evitar os desvios decorrentes das assimetrias econômicas entre as partes. Assim, pode o juiz recusar a produção de provas que não considere necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC e art. 33 da lei n. 9.099/95), por exemplo. Em casos mais complexos, é possível a indicação de um perito judicial para auxiliar o juiz na formação de sua cognição (art. 420 do CPC e art. 35 da lei n. 9.099/95), o que dispensa a contratação de vários peritos pelas partes.

Outra importante (e polêmica) conclusão da análise de Shavell diz respeito à menor conveniência social de determinados tipos de ações, em vista de seu menor potencial para gerar um acréscimo relevante no nível de coerção social – ou “deterrence”. O exemplo por ele próprio citado é o de ações relativas a acidentes de trânsito, uma vez que “os indivíduos possuem boas razões para não causar acidentes de automóvel além da vontade de evitar a responsabilização judicial” (lesões pessoais, multas de trânsito, penalidades criminais, etc). Esta observação sugere a possibilidade de implantação de políticas públicas que promovam uma “assimetria regulatória”, e desencorajem apenas algumas espécies de ações que não sejam “socialmente desejáveis” – que não se traduzam em medidas que coíbam a prática reiterada da atividade danosa. Note-se que o professor americano identifica neste fator coercitivo o grande objetivo social do processo, o que, conforme será visto adiante, é bastante questionável. Suas observações são bastante focadas numa espécie de efeito “amedrontador” que o processo desempenha, ao funcionar como um desestímulo a práticas danosas que já tenham sido previamente objeto de censura social.⁵⁴

4.2. As extensões da “Teoria Básica da Litigância”

Na seqüência do seu livro, Shavell trata das “extensões” da Teoria Básica da Litigância. Nesta segunda fase, alteram-se algumas assunções iniciais e examinam-se, por exemplo, as chamadas ações de valor negativo; os efeitos da divulgação voluntária ou forçada de informações antes do julgamento; a vinculação da alocação dos custos do processo ao seu resultado (“fee-shifting”); e o papel dos advogados e dos seguros na litigância. Assim, o autor acrescenta algumas variáveis à teoria anteriormente exposta, que a aproxima mais da realidade, embora também contribua para torná-la mais complexa.

54. Steven SHAVELL, de fato, destaca que “*by bringing suit, plaintiffs contribute to the general impression that potential injurers have that they will be sued if they cause harm. Were the law only on the books, but never to result actually in suit, potential injurers would have nothing to fear*” (in *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 391).

Para a realidade brasileira, é particularmente relevante o exame da vinculação da alocação dos custos do processo ao seu resultado.⁵⁵ Essa, afinal, é a regra no Brasil: a parte vencida arca com as despesas antecipadas pela outra parte e os honorários advocatícios (v. art. 20 do CPC).⁵⁶ A racionalidade econômica desta regulamentação é fazer com que aquele que é, em última análise, o responsável pelo processo (seja a parte que violou um direito ou o acionante que entendeu equivocadamente que o seu direito foi violado) pague pelos seus custos. Numa linguagem econômica, a regra promove a *internalização* dos custos processuais da sociedade para o seu responsável.⁵⁷ O resultado esperado é a mais freqüente propositura de ações com mérito. Mas a Análise Econômica do Direito mostra que dela também podem decorrer alguns efeitos imprevistos e indesejados: (i) sendo o acionante avesso a riscos, poderá deixar de propor ações socialmente benéficas; (ii) por amplificar os efeitos da diferença de expectativa sobre o resultado do julgamento, a regra aumenta o número de causas que vão a julgamento, em relação àquelas que terminam em conciliação; (iii) a regra em questão termina por encorajar gastos adicionais com litigância (requisição de provas adicionais e, por vezes, desnecessárias); etc.

Valem menção, também, as notas referentes às “ações de valor negativo” (“negative value suits”). São assim denominadas aquelas ações cujos custos de propositura superam os benefícios que adviriam da eventual condenação. Elas são propostas para extrair do réu uma vantajosa conciliação.⁵⁸ Isto poderá

55. SHAVELL faz referência a diversos modelos possíveis de repartição das custas processuais. A “regra americana” é a de que cada parte arca com suas próprias despesas. A chamada “regra britânica” é aquela segundo a qual a parte vencida arca com os custos de ambas as partes. Mas há outros modelos: “*There are other forms of fee-shifting, and the analysis of them would in many respects follow in a straightforward way from what will be said here about the English rule. Under plaintiff-favoring fee shifting, the defendant has to pay the plaintiff's fees if the plaintiff prevails, but the plaintiff does not have to pay the defendant's fees if the defendant wins. Under defendant-favoring fee-shifting, the converse is true. Fees may also be shifted in a more complicated way, depending on whether the amount of the award at trial exceeded or fell below a settlement offer; for economic analysis of such “offer-of-settlement” rules*” (in *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, pp. 428-429).
56. O dispositivo abrange somente os custos processuais e honorários despendidos no processo. Cabe lembrar que os advogados dificilmente fixam sua remuneração apenas em honorários – talvez em função da lentidão extrema de nosso sistema judicial. Deste modo, a contratação do advogado não é um custo completamente internalizado, pois uma parcela das despesas correrá por conta da parte, sem a possibilidade de transferi-la ao perdedor.
57. Esta “internalização” nunca é absoluta. Shavell observa que os custos privados para iniciar um litígio sempre serão inferiores aos custos sociais, pois a movimentação da máquina judiciária aliada aos custos da parte adversa sempre serão superiores aos valores desembolsados pela parte que iniciou o litígio – ainda que sejam impostos honorários ao derrotado. Note-se, contudo, que a imposição de todos os custos processuais às partes funcionaria como um potente desincentivo ao acesso ao Judiciário, gerando mesmo uma violação a uma parte importante de sua cidadania. Isso é particularmente verdadeiro no Brasil, em virtude do perfil sócio-econômico da população.
58. No âmbito do direito concorrencial, ações de valor negativo podem ser propostas com o objetivo de

acontecer em duas situações. Na primeira delas, os custos processuais do réu são superiores ao valor gasto na conciliação, sendo-lhe racional dar cabo ao processo e evitar custos ainda maiores. Na segunda situação, ainda que o réu acredite que tem razão e que ganharia o processo, provar a sua causa seria demasiadamente custoso, razão pela qual vale a pena gastar menos para terminar o processo pela via do acordo judicial. Evidentemente, estas duas situações só se justificam no contexto da “regra americana” de alocação dos custos processuais (cada parte arca com os seus próprios custos), o que não é padrão no Brasil, como se viu acima. Nem por isso elas podem ser ditas inaplicáveis para o Direito Brasileiro. Note o leitor que vige a “regra americana” para as ações em primeiro grau de jurisdição nos Juizados Especiais Cíveis. Nelas, as partes enfrentam os custos decorrentes de seus próprios atos processuais.⁵⁹ Além disso, não há custas, taxas ou despesas para acionar, bem como, até 20 salários mínimos, a assistência de um advogado é dispensável.⁶⁰ Esta regulamentação processual – cuja racionalidade foi exposta no tópico anterior – dá espaço a que sejam cometidas tais ações abusivas, as quais, aliás, não têm sido raras.⁶¹

Finalmente, no exame do papel dos advogados na litigância, Shavell analisa duas formas de pagamento para o advogado (pagamento por hora e pagamento por mérito da demanda) e demonstra a existência de divergências de interesses entre o advogado e o seu cliente. As considerações do professor americano demonstram que as regras sobre honorários advocatícios podem acabar interferindo no gozo material dos direitos por parte dos seus clientes.

No prosseguimento de seu trabalho, Shavell ainda examina outras questões que ficaram de fora destas duas primeiras fases, como a análise dos recursos. Neste particular, o professor americano examina o investimento pesado na precisão e correção de julgamentos singulares, como alternativa ao sistema recursal. Considera, ademais, a alternativa de recursos públicos de ofício, ao invés do sistema de recursos propostos pelas partes vencidas. Trata-se de considerações que

impingir custos ao concorrente, prejudicando os seus negócios. A propósito, vejam-se as considerações da doutrina e da jurisprudência americana para os “sham proceedings”, como exceção à Noerr Pennington Doctrine: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127; *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657; *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508; *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*, 508 U.S. 49. Ver também: David C. HJELMFELT, *Antitrust and regulated industries*, New York, John Wiley & Sons, 1985; Adrian J. VOSSESTEIN, “Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition”, *Common Market Law Review* 37 (2000); Hebert HOVENKAMP, “Antitrust and the regulatory enterprise”, *Columbia Business Law Review* (2004).

59. Ver art. 55 da lei n. 9.099/95.

60. Ver art. 54 e art. 9º da lei n. 9.099/95.

61. A regra do art. 55 visa a mitigar esta possibilidade de abuso, estabelecendo que pode haver condenação em custas no caso de litigância de má-fé.

os juristas não estão acostumados a fazer, a propósito da eficiência do sistema posto e das alternativas existentes a ele. Ainda quando não se aceitem as sugestões propostas, a reflexão não deixa de ser proveitosa.

4.3. As limitações da AED Processual de Shavell para o Direito brasileiro

Apresentados os principais pontos da Análise Econômica do Direito Processual, passamos a apontar algumas limitações que a importação das lições do professor norte-americano pode encontrar. Evidentemente, não se pretende esgotar as críticas possíveis. A intenção, já se disse acima, é apenas identificar os primeiros pontos polêmicos e as questões mais interessantes, para fomentar o estudo crítico da AED processual no Brasil.

4.3.1. A escassez de pesquisas quantitativas no Brasil

O primeiro ponto que parece digno de menção é o fato de que a análise de Shavell é marcada pelo recurso freqüente a dados quantitativos (como, por exemplo, o impacto do nível de litígio no PIB americano). O uso de pesquisas quantitativas é fundamental para identificar os problemas de um sistema jurídico e apontar suas possíveis soluções. Lamentavelmente, contudo, o Brasil ainda não fomenta adequadamente a realização de estudos desta espécie.

Por certo, existem exceções, que pautaram algumas das recentes reformas no sistema processual brasileiro. Cite-se, por exemplo, o estudo empírico realizado por Kazuo Watanabe, cujo objetivo era avaliar o desempenho dos Juizados Especiais Cíveis segundo critérios qualitativos e quantitativos.⁶² Uma das conclusões da pesquisa é a de que o índice de soluções amigáveis nos JECs ainda é baixo, o que anula uma de suas principais vantagens frente à justiça comum – o estímulo à transação. Essa constatação poderia indicar a necessidade de adoção de medidas corretivas, como a imposição do pagamento de uma taxa simbólica para o perdedor, ou simplesmente a implantação de um programa de treinamento para os conciliadores, por exemplo.

Outra análise bastante interessante, realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça⁶³, permite o acesso a alguns dados muito

62. “Diagnóstico dos Juizados Especiais”, documento disponível no site do Ministério da Justiça (<http://www.mj.gov.br/reforma/>), acesso em 25/06/2007.

63. “Judiciário e Economia”, documento disponível no site do Ministério da Justiça, (http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/judiciario_economia.pdf, acesso em 26.06.2007). Conferir também o relatório produzido pelo Banco Mundial, que pauta boa parte das conclusões do documento disponibilizado pelo Ministério da Justiça: *Brazil, Judicial performance and private sectors impacts: findings from World Bank sponsored research*. Report 26261-BR. July, 1, 2003.

semelhantes aos empregados por Shavell em sua AED processual. Indica-se o percentual de recursos públicos consumidos com a movimentação da máquina judicial frente ao PIB (3,6% ao ano) e examina-se o custo de recuperação do crédito no Brasil, principalmente face à morosidade judicial. Conclui-se que uma execução de R\$500,00 que siga o rito ordinário é economicamente inviável, pois os custos para viabilizá-la superam o retorno esperado. A pesquisa também demonstra que Estados com maior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) tendem a apresentar maior grau de litigância – o que pode indicar uma relação entre o grau de informação do litigante e a tomada de decisão de iniciar o processo. O ponto mais relevante, contudo, parece ter pautado a alteração do regime de execução, introduzida pela Lei 11.232/2005. O estudo identificava a sistemática anterior de execução de título judicial como um gargalo tão pernicioso quanto à morosidade, em virtude dos elevados índices de desistência observados nessa fase processual.

De todo modo, a existência de poucas pesquisas empíricas desfavorece a aplicação da AED processual no Brasil, uma vez que esse tipo de análise depende em larga medida da verificação do comportamento real dos agentes envolvidos, principalmente diante de alguma alteração do sistema normativo. Mesmo as pesquisas já desenvolvidas devem ser constantemente atualizadas, justamente para que seja possível aferir o impacto das reformas realizadas, e eventual necessidade de readequar a política pública adotada em função de um fator imprevisto.

4.3.2. A limitação do escopo da AED de Shavell

É importante observar que Shavell não procede a uma Análise Econômica do Direito Processual, senão, mas precisa e restritamente, a uma Análise Econômica da Litigância.⁶⁴ Na nomenclatura brasileira, só se incluiriam em sua teoria as ações condenatórias. A questão que se põe é a da possibilidade e utilidade de uma Análise Econômica também das ações constitutivas e declaratórias.

4.3.3. A arbitrária restrição das finalidades processuais ao “deterrence”

Um ponto particularmente problemático da teoria de Shavell é o seu foco excessivo na questão da coerção social e do desincentivo a novos atos ilícitos (em inglês, o “deterrence”) como principal objetivo do sistema processual. Shavell

64. Fato que não lhe passa despercebido. Ele próprio denomina a sua teoria de “Basic Theory of Litigation”.

até identifica outros benefícios, mas a importância que confere ao “deterrence” como finalidade precípua do processo é evidente. Em alguns casos, ele sugere que determinadas ações seriam socialmente inconvenientes, por não contribuir para o aumento do “deterrence” dos atos em questão (v. exemplo das ações de acidente de trânsito citadas acima). Suas considerações a propósito da existência de processos demais ou processos de menos é toda informada por esta escolha da finalidade pública primordial do sistema processual.

Pelo menos no direito brasileiro, contudo, não há nada que autorize esta restrição. Ao contrário, como concebido na Constituição Federal, o direito de ação (art. 5º, XXXV) parece estar pautado na idéia de benefício social da *possibilidade* de levar a juízo qualquer lesão ou ameaça a direito, como forma de pacificação individual e social. Há aqui uma valorização do direito de ação em si (como parte integrante da cidadania dos indivíduos, eventuais acionantes), e não apenas dos seus eventuais efeitos futuros. Em outras palavras, o direito brasileiro parece ter optado por pagar o preço de um direito amplo e irrestrito de acionar.⁶⁵

É fácil cogitar de outros benefícios sociais da utilização do sistema processual. Assim, podem-se citar, além do estabelecimento de precedentes e da compensação de vítimas que Shavell menciona, a certeza e o desenvolvimento do direito como benefícios ancilares de toda ação na Justiça. O grande problema é que estes outros valores não são traduzíveis em cifras econômicas – e assim, como saber se o desalinhamento das razões sociais e privadas para acionar é positivo ou negativo em cada caso concreto, se as grandezas envolvidas não são comparáveis?

A atenção conferida por Shavell ao fator coercitivo como principal finalidade processual parece estar relacionada com a importância cultural do precedente judicial. Em países com a tradição da *civil law*, o emprego dos precedentes naturalmente perde força. Especialmente no Brasil, não há uma tradição no estudo e sistematização da jurisprudência firmada pelos Tribunais, o que contribui para enfraquecer essa faceta coercitiva dos processos em nosso sistema. Além disso, a morosidade para a obtenção da tutela jurisdicional minimiza o caráter punitivo

65. É também por esta razão que parece ser necessário refutar o argumento de que o montante desejável de litígios é aquele que minimiza os custos sociais, como defende Shavell (v. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 3, cap. 17). Não se discorda que o sistema processual deva ser voltado a minimizar os custos para a sociedade, mas essa não pode ser a única pauta para avaliar o número de processos na sociedade. Sob essa ótica, no Brasil, bastaria elevar abruptamente as taxas processuais, além de impor o sistema “americano”, pelo qual cada uma das partes arca com seus próprios custos. Isso seria o bastante para excluir boa parte da população do acesso judicial, e conseqüentemente reduzir os custos sociais, pois haveria um número menor de processos e maior recolhimento de taxas. Entretanto, esse cenário não se coaduna com as demais finalidades a serem perseguidas pelo Estado.

ou desestimulador do processo. Pelo contrário, estimula a prática de atos danosos, além do uso do próprio processo para finalidades meramente privadas – e bastante distantes dos benefícios sociais apregoados por Shavell.

Um bom exemplo é o questionamento judicial quanto à exigibilidade de tributos. Continua-se a questionar maciçamente orientações pacíficas de tribunais, tendo em vista que os juízes de primeira instância zelam por sua liberdade de convicção e podem conceder uma liminar ou julgar favoravelmente o mérito da ação com maior facilidade. Embora haja certeza da reversão do julgamento nos Tribunais, o grande lapso de tempo transcorrido até que isto ocorra permite que a empresa acionante reorganize suas finanças ou apresente resultados mais atraentes para seus investidores. O custo financeiro de todo seu procedimento (correção monetária e custos judiciais) é menos oneroso do que a obtenção de um simples financiamento diante das altas taxas de juros praticadas no Brasil.⁶⁶

4.3.4. As ações de menor racionalidade econômica

Como visto, a premissa da AED processual é a de que um litigante promoverá atos processuais se e quando esperar que deles resulte benefício superior ao custo incorrido para promovê-los. O fato de que a realidade é eventualmente discordante desta premissa não invalida as conclusões da AED processual (ver item 2.2.1 acima sobre a lei dos grandes números e a aplicação do método dedutivo). Haveria um problema se fosse possível defender que esta premissa *raramente* corresponde à realidade, mas isto parece longe de cogitação.

Não se perca de vista, contudo, que o resultado de algumas ações dificilmente pode ser traduzível em termos monetários, de modo a que se possa contrapor estes valores aos custos processuais incorridos. Daí a dificuldade de utilizar a AED processual para processos de menor racionalidade econômica. Tome-se as ações coletivas, em que o bem almejado geralmente atinge a toda coletividade, e não beneficia apenas seu autor com uma indenização. As ações relacionadas ao meio ambiente, por exemplo, estão mais atreladas à adoção de medidas positivas ou negativas em função de uma determinada conduta do agente considerado “poluidor”. Em que pese a possibilidade de imposição de multas – cujos valores pagos não revertem diretamente para os autores –, o objetivo principal é impor diretamente ao agente que deixe de praticar uma atividade ou que adote as medidas necessárias para minimizar os danos decorrentes de uma atividade econômica.

Isso não afasta as ações coletivas que tenham fins verdadeiramente indenizatórios, em favor da coletividade. Esse procedimento é bastante comum em

66. É possível que a instituição da súmula vinculante contribua para modificar este estado de coisas.

litígios tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Nesse caso, o processo de conhecimento pode ser concentrado em uma única ação, movida pelo Ministério Público ou por alguma associação legitimada para tanto (art. 81), mas a execução de eventual sentença favorável pode ser realizada diretamente pelos prejudicados (art. 97). Ainda aqui, no entanto, a premissa fundamental da AED de Shavell parece dificilmente aplicável.

4.3.5. *As limitações informacionais e o “deterrence”*

Outro óbice à figura central que o fator coerção desempenha na teoria de Shavell diz respeito às limitações informacionais das partes do processo. O próprio exemplo do direito do consumidor é bastante ilustrativo dessa questão. Um consumidor mal informado não tem condições técnicas de identificar uma violação a seus direitos. Isso pode ocorrer em virtude da impossibilidade de detecção de um defeito no produto adquirido – quando o consumidor imagina que o funcionamento defeituoso é o normal para aquele produto –, ou ainda pode o consumidor simplesmente desconhecer a possibilidade de acionar o fabricante do produto – o que é válido para a parcela mais carente da população. Nesses casos, o fator de coerção só se apresenta quando o consumidor obtiver as informações necessárias para lançar mão de um processo para impor a observância de seus direitos.

O “deterrence” também depende da legislação material ou da capacidade cognitiva do juiz, e das partes para desempenhar sua função – principalmente com a importância atribuída por Shavell. O resultado do processo está condicionado às disposições legais que podem limitar a imposição de multas ou indenizações, do magistrado para a quantificação sua correta quantificação, além da participação ativa dos interessados no questionamento dos valores aplicados. Note-se que a assimetria de informações também pode contaminar o juiz, que poderá impor multa ou indenização ínfima, ou da parte, que se satisfaz com a obtenção de um valor igualmente insuficiente. Considera-se aqui como insuficiente a atribuição de um valor inadequado para desestimular a prática da conduta, ou seja, inferior aos custos que o próprio agente teria para adotar as medidas necessárias para que não fossem causados danos a terceiros. O resultado pífio em uma demanda, além de não estimular outro comportamento, ainda pode legitimar a prática da atividade perniciosa – como no exemplo mencionado acima, dos pais que eram multados em caso de atrasos ao buscar seus filhos na escola.

Esta situação gera impactos no momento em que o agente precifica o custo de eventual litígio em suas decisões. Afinal, se nem todos os danos resultarão em processo – em razão da falta de informação dos consumidores –, ou ainda se nem todos resultarão em uma indenização razoável – por falhas na legislação

material, ou também por uma assimetria de informações –, não há estímulo para a diminuição do risco de dano – ou pelo menos não na proporção desejável para diminuir os litígios. Esse apontamento encontra respaldo no estudo do Ministério da Justiça já mencionado acima, pois é plausível a tese de que localidades com maior IDH tenham uma tendência maior de exigir a observância de seus direitos e acionar o aparato judicial para atingir esse objetivo.

4.3.6. *A decisão de conciliar ou levar a julgamento*

Merece alguns comentários, também, a análise que o professor norte-americano promove da decisão de conciliar ou levar o processo a julgamento.⁶⁷ De logo, chama a atenção a relativa complexidade dos cálculos ali apresentados para relatar o processo de conciliação. Por óbvio, Shavell não acredita que as partes promovam os cálculos ali apresentados. A idéia é apenas tentar traduzir em números o que se passa no processo de barganha para conciliar e, deste modo, conferir parâmetros objetivos para entender o efeito de algumas hipóteses.

Sucede que, ao menos para o Brasil, estes cálculos iniciais possuem potencial bastante reduzido de previsibilidade do que se passará na realidade. Isto porque um dos fatores que influenciam mais fortemente a decisão pela conciliação é de impossível tradução numérica: a delonga dos processos judiciais.⁶⁸ O que se pode afirmar com alguma convicção é que a delonga judicial favorece quase sempre o acionado. Poderá ela obter sucesso com propostas de conciliação mais baixas do que aquelas que seriam necessárias num contexto de menor delonga judicial. O acionado sabe que pode contar com este fator no processo de barganha por uma conciliação que lhe seja mais favorável. Ainda que a vitória do acionante seja virtualmente certa, poderá ele concordar em receber valores bastante inferiores ao que teria direito, em razão do benefício do “recebimento adiantado”. Num exemplo concreto, imagine-se que o acionado tenha causado ao acionante um dano de valor igual a R\$ 20.000,00. Poderá parecer razoável ao acionante aceitar conciliar por apenas metade deste valor, tendo em vista de

67. Neste particular, Shavell indica que o sistema americano é voltado à celebração de acordos entre as partes, ou seja, que os estímulos decorrentes daquele ordenamento jurídico induzem os litigantes a não levar os litígios adiante e a buscar uma solução consensual, o que reduz os custos suportados pela sociedade. O autor apresenta uma estatística bastante impressionante, segundo a qual cerca de 96% dos litígios terminam em acordo. Essa é uma realidade bastante distinta da brasileira, pois sequer nos Juizados Especiais a cultura da transação foi incorporada – conforme o estudo de Kazuo Watanabe, já mencionado.

68. Daí não proceder no Brasil a conclusão de que “*a mutually beneficial settlement exists as long as the plaintiff’s estimate of the expected judgement does not exceed the defendant’s estimate by more than the sum of their costs of trial*” (in Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 403).

que a espera pelo julgamento poderia durar mais de uma década.⁶⁹ Note-se ainda que quanto maior for a expectativa de demora, menor será o valor da conciliação considerado razoável pelas partes.

O fato é que a comparação do modelo de Shavell com a nossa realidade dá a medida exata dos malefícios que a delonga judicial causa para a efetivação dos direitos dos acionantes e para a realização da Justiça.

5. CONCLUSÃO

A promessa de uma Análise Econômica do Direito Processual é ampla: de um lado, permitiria a melhor compreensão da razão de ser de algumas normas jurídicas; de outro, ofereceria ao operador do direito um instrumental essencial na avaliação crítica das normas positivadas. A determinação da exata medida da Análise Econômica do Direito Processual no Brasil caberá à doutrina processualista, mais hábil a identificar a utilidade da utilização deste método para o exame do fenômeno processual. Aos autores deste artigo, ligados mais intimamente ao Direito Administrativo Econômico, não cabia ambicionar mais do que dar um primeiro passo nesta direção e introduzir as discussões que, conforme se espera, haverão de se seguir.

69. É fato notório que as regras processuais de atualização monetária não compensam estas distorções. Na maioria das vezes, é economicamente mais benéfico para o acionante levantar o valor da conciliação e aplicá-lo no mercado financeiro ou produtivo. O valor obtido após o decurso do tempo correspondente à esperada duração do processo será quase sempre superior àquele que seria obtido após a execução judicial de uma eventual sentença condenatória.