

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

VOLUME I



GETÚLIO NASCIMENTO BRAGA JÚNIOR
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA
MARCELO MACHADO COSTA LIMA
MARIANA DEVEZAS MURIAS
MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO



DIALÉTICA
EDITORA

uff
Universidade Federal Fluminense

PROEX
PRO-REITORIA DE EXTENSÃO

ICHS
Instituto de Ciências Humanas e Sociais


Grupo de Estudos em
Jurisdição, Constituição e Processo

SOCEDIR

Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2020 by Getúlio Nascimento Braga Júnior, Larissa Clare Pochmann da
Silva, Marcelo Machado Costa Lima, Mariana Devezas Murias e Matheus Vidal
Gomes Monteiro.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida –
em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico,
fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de
banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Capa e diagramação: Mirela Cavalcante

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D442p Desafios e Perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo /
organização Getúlio Nascimento Braga Júnior et al.; prefácio Nilton
Cesar Flores – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
E-book: 1 MB. ; EPUB. = (Coletânea; v. I)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5877-731-1

1. Processo Eletrônico. 2. Jurisdição. 3. Justiça. 4. Direito Processual
Civil. I. Organizadores. II. Título. III. Série.

CDD 340

CDU 347.9

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA

EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Volta Redonda - RJ - 2019

COMITÊ CIENTÍFICO

Prof. Dr. Edson Alvisi (PPGDIN/UFF-RJ)
Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior (UNESA-RJ; Grupo IBMEC-RJ)
Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva (UNESA-RJ; UCAM-RJ)
Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima (UNESA-RJ; Grupo IBMEC-RJ)
Prof. Dr. Marcus Wagner de Seixas (VDI/UFF-RJ)
Profa. Dra. Mariana Devezas Murias (UnB)
Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro (VDI/UFF-RJ)
Prof. Dr. Quintino Lopes Castro Tavares (VDI/UFF-RJ)
Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen (VDI/UFF-RJ)

APOIO

Universidade Federal Fluminense (UFF)
Instituto de Ciências Humanas Sociais (ICHS/UFF)
Departamento de Direito (VDI/UFF)
Grupo de Pesquisa: A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e
Desenvolvimento (GRUPO IBMEC-RJ)
Grupo de Pesquisa: Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e
precedentes (UNESA-RJ)



SOCEDIR

O DIREITO FUNDAMENTAL À CELERIDADE PROCESSUAL SOB UMA LEITURA METODOLÓGICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO¹

COURBET, Lucas Magalhães

Graduando em Direito pelo IBMEC-RJ

E-mail: lucas.courbet@outlook.com

VASCONCELLOS, Daniel Roizman de

Graduando em Economia pelo IBMEC-RJ

E-mail: daniel.roizmano6@gmail.com

LIMA, Marcelo Machado Costa

Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Líder do DGP/CNPq (IBMEC) Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento.

E-mail: marcelomclima@gmail.com

1 Agradecemos também ao Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior pela orientação, apoio e confiança.



RESUMO

O presente trabalho levanta conceitos, controvérsias e inicia um estudo sobre uma possível aproximação da análise econômica do direito aos direitos fundamentais, mais especificamente sobre aquele elencado no art. 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal, e assim utilizar a AED e o princípio da eficiência como metodologia para tornar o direito à celeridade processual o mais eficaz possível, alçando atingir, portanto a efetividade no direito. Para isso elaboramos um debate entre a metodologia citada e os direitos fundamentais através de doutrina de ambos os conteúdos. Também, fizemos uma revisão literária de alguns dos mais relevantes autores para a análise econômica do direito, bem como de sua evolução ao longo do tempo.

Palavras-chave: Microeconomia; Racionalidade; Eficiência; Eficácia; Efetividade.

1. INTRODUÇÃO

O estudo se iniciou após havermos tomado conhecimento acerca de um caso ocorrido no Município de Campinas em 2009. Na oportunidade, verificou-se que quase 16% de todo orçamento de medicamentos foram destinados ao atendimento de apenas 86 ações judiciais (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2012, p. 19.), sugerindo, não apenas a ocorrência de ineficiência, mas também a inefetividade na aplicação de direitos fundamentais, com o claro comprometimento do direito à saúde daqueles que não recorreram (ou que não puderam recorrer) ao Poder Judiciário. Isso exemplifica que a busca solitária por eficácia da norma fundamental, como normalmente se vê na doutrina, não é o bastante. A aplicação da norma precisa ainda ser eficiente e efetiva, já que nos termos bem colocados por Fernando Araújo (2005, p. 38), o emprego de meios é avaliado em termos de maximização (alvo da eficiência), ou seja, a capacidade de alcançar o maior rendimento possível, a partir de um determinado conjunto de meios.

Indo mais avante, outro caso que se mostra muito relevante nesta linha abordada é a quantidade desmedida de temas com repercussão geral aguardando julgamento no STF. Em 2020, o número de temas com a mencionada repercussão geral já devidamente reconhecida, mas pendente de julgamento de méritos julgado, alcança o número de 300 (trezentos). Importa ressaltar, neste sentido, que em 2019 o número de repercussões gerais que tiveram seu mérito analisados foi de 26 (vinte e seis)². Assim, sem maiores esforços aritméticos, pode-se considerar que, caso não fosse admitido mais nenhuma repercussão geral (hipótese absolutamente improvável), com a manutenção da produtividade atual,

2 Dados obtidos no *site* do Supremo Tribunal Federal, atualizados em 08.05.2020.

ainda levaria, pelo menos, 11 (onze) anos para que se esgotassem as pendências atuais.

O que se destaca, nesse segundo caso, é um dos efeitos da morosidade processual, visto que certas causas implicam em um trabalho excessivo de demandas judiciais, que se acumulam e geram uma demora (também excessiva) na entrega da prestação jurisdicional pretendida. Em razão desta realidade, almeja-se uma forma que, sem desgastar a materialidade do direito - enquanto possuidor de uma normatividade jurídica organizadora das relações sociais -, habilite a condução do processo a uma trajetória mais célere. Uma das propostas que tem tomado grandes proporções no ambiente acadêmico brasileiro como um todo, mas principalmente no âmbito do direito processual civil, é a análise econômica do direito.

Nos termos que utilizaremos, a eficácia define-se como a relação entre os efeitos de uma ação e o objetivo pretendido por ela, e a eficiência é a capacidade de se atingir o maior benefício pelo menor custo possível. Os dois conceitos não são excludentes e podem ser utilizados em conjunto. A análise unicamente sobre eficácia é rasa e não demonstra o real problema da eficácia constitucional. A realidade a qual o Direito se dispõe possui uma complexidade enorme, que necessita de um olhar amplo e profundo.

Diante de uma suposta fragilidade dos direitos fundamentais, o estudo do binômio eficácia/ eficiência mostra-se como uma alternativa viável a complementar a análise anteriormente citada. Essa relação define-se como a busca da garantia da eficácia do direito fundamental, independentemente da teoria adotada, utilizando a eficiência como ferramenta para que essa eficácia seja alcançada com o melhor custo-benefício possível.

Visto isso, no presente trabalho ao citar a análise econômica do direito, estaremos nos referindo a *Economic Analysis of Law*. A AED (como sintetizamos a Análise Econômica do Direito no Brasil) é, em resumo, um método fundamentado em dois pressupostos. O primeiro é a racionalidade humana, assumindo que sempre se decidirá a favor da maximização do bem-estar, em tese aproximativa ao do utilitarismo. Já o segundo pressuposto é noção da escassez de recursos. É a busca pela melhor relação custo-benefício, ou seja, a relação mais eficiente. Há quem assim defina a questão:

A análise econômica do direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação as suas consequências. (RIBEIRO; KLEIN, 2016, p. 18)

Ainda, é bem comum que, diante da raiz utilitarista da análise econômica do direito, alguns interpretem a ferramenta como um substituto à moralidade, em um campo fundamentalmente cientificista como parecer a linha de alguns estudiosos do tema (ARAÚJO, 2017, p. 32 *et seq.*). Naturalmente, propor uma análise econômica como ferramenta auxiliar a assuntos legais, implica ofuscar as demais ferramentas. Não por isso, no entanto, faz-se um substituto. Defender a análise econômica do direito, esforço realizado por alguns juristas desde a década de 60 do século passado (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 10), não é somente defender que o direito se sujeite à economia, mas sim defender que as ferramentas da economia complementem as técnicas utilizadas pelo direito.

Nesse quadro, adiantamo-nos para afirmar que a moralidade deve continuar sendo uma referência importante na análise jurídica, mesmo diante de uma análise econômica do direito. Em outras palavras, a economia não “pode tudo” e seus argumentos não possuem o condão de tudo justificar. Tendo isso em vista, não mais há problema em partir de princípios microeconômicos como, por exemplo, a afirmação de que mais riqueza sempre é preferível a menos riqueza.

2. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A garantia da celeridade processual, disposta no art. 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal, foi inserida pela EC 45/2004, tendo o Código de Processo Civil ratificado esse princípio em duas oportunidades: primeiro, no seu art. 4º; segundo, no art. 139, inciso II. Neste último caso, não como um direito, mas sim como um dever do juiz de velar pela duração razoável do processo, bem como do Poder Legislativo, no sentido de produzir normas que garantam sua eficácia (ARRUDA, 2013, p. 510).

A sua juridicidade já era prevista mesmo antes de sua incorporação no Texto Constitucional. É possível, por exemplo, extrair sua normatividade na Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica -, em seu art. 8º, 1, tendo sido ratificado pelo decreto nº 678, em 6 de novembro de 1992. Contudo, esta garantia, mesmo sem status constitucional, é precedente a tais alterações.

De antemão, cabe-nos esclarecer alguns preceitos jurídicos do direito fundamental à celeridade processual antes de adentrar nos aspectos econômicos e jurídicos presentes na aplicação deste. A celeridade processual, como princípio redigido como cláusula geral (SARLET, MARINONI; MITIDIEIRO, 2014, p. 766), é um dos postulados do direito fundamental ao processo justo, ao devido processo legal, tendo estreita relação à ideia da efetividade do processo. Ou seja, o processo não deve ser mero instrumento protelatório do resultado fático, ainda que nesse processo se respeite as garantias processuais, é necessário que o processo tenha como resultado a atividade satisfativa em tempo razoável, como previsto no art. 4º do atual Código de Processo Civil.

Devido ao seu caráter de direito fundamental, o direito à celeridade processual possui um íntimo e indissociável vínculo com a noção de Constituição e Estado de Direito, havendo um nexo de interdependência

entre eles, onde definem a essência do Estado constitucional. Uma vez que os direitos fundamentais são a constituição, garantia e proteção das liberdades fundamentais. Além disso, o direito à celeridade processual é um dos mais fundamentais direitos do indivíduo, garantindo que ele possa reclamar todos seus direitos, ou seja, sem acesso à justiça eficaz e eficiente, todos os outros direitos tornam-se meras promessas vazias em um pedaço de papel.

A garantia da duração razoável do processo é um direito fundamental positivo, inclusive pelo entendimento adotado aqui, dado por Stephen Holmes e Cass Sunstein, de que todos os direitos são positivos (SUNSTEIN; HOLMES, 2019, p. 23-35), uma vez que todos possuem custos e dependem de uma prestação positiva do Estado. Afinal, o trâmite processual exige custo operacional, exige prestação por meio de pagamento de juízes, servidores, e também por um sistema tecnológico, entre outros custos.

Cumprir destacar, que a duração razoável do processo (RAMOS, 2008, p. 62) é composta pela negação do excesso, seja o excesso de lentidão ou rapidez, logicamente a celeridade não se confunde com a aceleração processual, pois, a segunda prejudica a qualidade da prestação jurisdicional. Ou seja, um processo que seja demasiado rápido ou lento não alcançará a entrega da prestação jurisdicional efetiva, sendo dever do processo garantir que a morosidade seja aquela necessária para a realização da completude da atividade jurisdicional. Essa também é a visão de José Afonso da Silva (SILVA, 2014, p. 179), quando afirma que a razoável duração do processo não quer significar necessariamente um processo veloz, mas um processo que deve andar de modo tal que as partes alcancem uma prestação jurisdicional em tempo hábil.

Assim, o objetivo deve ser a conciliação dos dois fatores na aplicação do direito no processo, de forma a guiar o procedimento acarretando no tempo ideal do processo, ou morosidade necessária, citada por Boaventura de Sousa Santos (1996, p. 390, apud RAMOS, 2008, p. 73), que *in factum* é o ponto ótimo de Pareto do processo onde se alcança a maior rapidez sem perder qualidade na prestação da qualidade da prestação jurisdicional.

Para tal estudo, convém expor que adotamos a teoria do não prazo, a qual afasta a possibilidade de uma prefixação de um prazo máximo para o processo alcançar a prestação jurisdicional pretendida.

Este é também o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos (RAMOS, 2008, p. 61 e DIDIER JR., 2019, p. 124), que adota três parâmetros objetivos, sendo eles: a) a complexidade do assunto em questão; b) o comportamento das partes e de seus procuradores e c) o comportamento das autoridades judiciárias. Porém, Fredie Didier Jr. inclui, ao Brasil, o critério da análise da estrutura do órgão judiciário.

3. MOROSIDADE PROCESSUAL

A morosidade processual não é um problema exclusivamente jurídico, seus efeitos perpassam por todas as ciências sociais. Destaque-se, por exemplo, seu efeito econômico, que tem o condão de danificar o sistema econômico do país, afugentando investidores, empresas, capital nacional, em suma, o dinheiro.

Diante da realidade de sobrecarga que vive o Poder Judiciário brasileiro, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 89, *apud* RAMOS, 2008, p. 54) podemos enxergar alguns fatores que acarretam uma maior morosidade processual. A primeira causa seria institucional, relacionada com a eficiência da administração judiciária. A segunda causa é a de ordem técnica e subjetiva, e diz respeito à ordem processual objetiva, e ao preparo dos operadores do direito, ou seja, o primeiro implica em uma melhor estrutura positiva do processo, e a segunda à própria capacidade instrutória ou até mesmo jurídica daqueles que atuam no processo. E, por fim, a terceira causa está relacionada com a insuficiência material, seja das condições de trabalho em relação ao volume de demanda, seja, principalmente, com o uso eficiente desses recursos.

Sobre o argumento do custo para garantir a eficácia do direito exposto, qualquer direito possui custos, não apenas os direitos fundamentais de segunda dimensão (GALDINO, 2005, p. 200 *et seq.*). E o Estado, a fim de assegurar tal direito, precisa encontrar formas de garantir a eficácia jurídica da norma minimizando os custos gerados. Nessa diretriz, a análise econômica do direito pode ser a solução ideal para garantir que o direito fundamental seja eficaz, alcançando o maior benefício possível com os menores custos, tendo como norte o conceito denominado ótimo de Pareto.

Assim, sabendo que um processo mais lento possui vantagens como uma análise mais criteriosa do julgador, apreciando detalhes e nuances do processo, e desvantagens como uma demora excessiva a dar uma resposta aos litigantes de seu conflito, gerando danos econômicos e psicológicos às partes, bem como uma descrença ao Poder Judiciário e do Direito como um todo.

Por outro lado, um processo mais rápido, não diríamos nem mesmo célere, mas, sim, acelerado, também gera vantagens, tais como a entrega da prestação jurisdicional mais breve, mas também a desvantagem de, na maior parte das vezes, não ser uma prestação adequada, uma vez que a atividade jurisdicional necessita naturalmente de um tempo, seja para refletir, seja para garantir os direitos das partes no trâmite processual. Outra desvantagem a ser citada seria, também, o descrédito que possivelmente poderia atingir o Poder Judiciário e, conseqüentemente, o Direito.

Podemos observar que, os dois fatores possuem vantagens e desvantagens. Por isso, propõe-se que, a diferença dessas vantagens e desvantagens - ganhos e perdas sociais -, seja denominado por “benefício social líquido”.

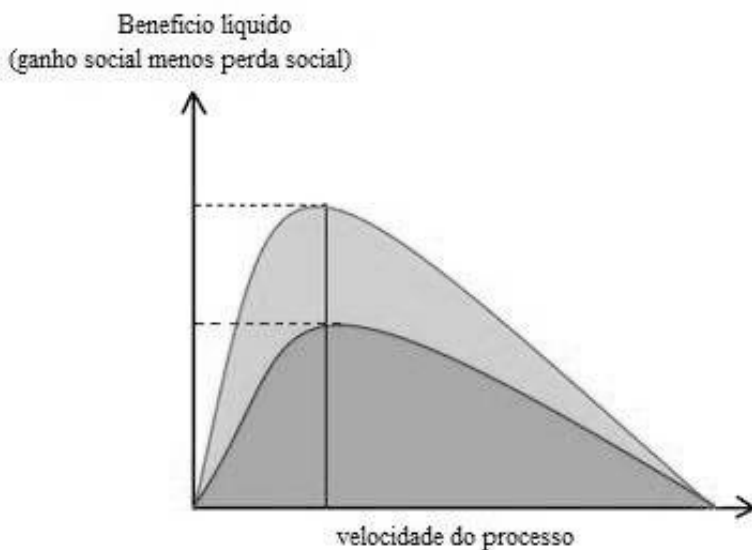


Figura 1 – Benefício social líquido em função exclusivamente da velocidade do processo.

No gráfico acima, a visualização é facilitada. Nota-se que quando o processo é muito moroso é gerado um pequeno ou mesmo inexistente benefício líquido à sociedade. No entanto, à medida que a velocidade do processo aumenta, o benefício aumenta correspondentemente, até atingir seu ponto ótimo. Contudo, após esse momento, quanto mais se aumenta a velocidade do processo - na denominada aceleração processual -, mais se perde o benefício social líquido, do qual se beneficiaria a sociedade. Acrescente-se, ainda, que esta análise é particular de cada tempo, lugar ou ambiente observado, uma vez que diferenças nas circunstâncias citadas podem ocasionar diferentes resultados e, por via de consequência, o benefício gerado no alcance do ponto ótimo pode ser maior ou menor.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TEÓRICOS REFERENCIAIS NA RELAÇÃO DIREITO/ ECONOMIA

A ciência econômica tem raízes na filosofia utilitarista de autores como John Stuart Mill, Jeremy Bentham e John Locke. Posteriormente a estes, vieram economistas propriamente ditos, tais como Adam Smith, Carl Menger, Karl Marx, Vilfredo Pareto, Frederic Bastiat, David Ricardo, Ludwig von Mises. Estes, dadas as divergências de opinião, formaram distintas escolas de pensamento, como a Escola Austríaca e a Escola de Chicago. Foi a partir destes autores que surgiu a base microeconômica na qual se fundamentaria futuramente a análise econômica do direito.

Posto que, então, as tomadas de decisões judiciais e políticas eram quase que estritamente dependente de opinião leiga às suas consequências, dadas por políticos e juizes, a análise do impacto das políticas públicas e decisões judiciais não eram levadas em conta. E quando eram levadas em conta, eram apenas de maneira geralmente superficial e pouco científica. Assim, não se tinha boa perspectiva sobre efeitos reais da política e do direito sobre a sociedade. Frédéric Bastiat, economista francês do século XIX, aponta em seu texto “O que se vê e o que não se vê” (BASTIAT, 1850) algumas das mais controvertidas afirmações utilizadas no debate público, como, por exemplo, a que defende a necessidade de gastar dinheiro público para gerar emprego em determinado setor. O autor ataca essa proposta, explicando que os efeitos secundários, ou seja, o aumento da carga tributária aos demais membros do corpo social e, possivelmente, o desemprego em outros setores, também deveriam ser levados em conta na análise.

Décadas antes de Bastiat, Adam Smith, em seu clássico “A riqueza das nações” (SMITH, 2017), introduz a análise microeconômica utilizada na tomada de decisões. Na obra, ele defende a liberdade econômica

como principal motor do desenvolvimento, e explica o mecanismo de formação de preços no livre mercado. A obra de Smith se consagrou como uma das principais - senão a principal - contribuições à economia, ainda no decorrer do Século XVIII. Nesse contexto, a política, as leis e os tribunais começaram a ver-se cada vez mais permeados pela economia.

O marco inicial do movimento da AED, entretanto, só se deu nos anos 1960 com o artigo *“The problem of social cost”* (COASE, 1960) de Ronald Coase, tendo também escrito diversos artigos e livros sobre o tema, embora a mencionada obra tenha se configurado como o verdadeiro gatilho para o surgimento do movimento. No texto, Coase analisa uma série de casos hipotéticos de conflitos de interesse individuais, e como indivíduos podem resolvê-los por conta própria ou com o Estado, comparando as alternativas.

Por intermédio desses casos, Coase sugere que, na maior parte das vezes, a ausência de custos de transação³ é um incentivo a acordos ótimos, satisfatórios para ambos. Assim, indivíduos racionais agindo conforme seus próprios interesses maximizam seu bem-estar, escolhendo a solução com o menor custo para ambos.

Seguindo essa mesma linha, Guido Calabresi, para muitos, um dos autores determinantes para a consolidação da AED, também possui diversos artigos sobre compartilhamento de riscos, custo de acidentes, leis sobre danos à propriedade e indenizações. Junto com Coase, Calabresi foi professor na Universidade de Chicago, onde ambos ensinavam economia na Faculdade de Direito.

Já Gary Becker, ainda nessa época, estendeu a AED ao estudo da criminalidade e discriminação. Para tanto, Becker aproveitou-se das ferramentas matemáticas da microeconomia de forma a modelar o processo de tomada de decisão por parte dos criminosos, bem como o processo de tomada de decisão por parte do Estado. Assim como Coase e Calabresi, Becker aplicou conceitos macroeconômicos e a Teoria da Escolha Racional a um escopo mais amplo.

O legado destes autores do surgimento da AED é trazer ao direito algumas ferramentas econômicas. Como antes dito, essas ferramentas não possuem como finalidade a substituição de valores morais nos quais

3 Por “custos de transação” se entende todo custo secundário necessário para efetivar um negócio ou acordo. Uma fusão entre duas empresas tem custos de transação, pois requer advogados, por exemplo.

podem basear-se decisões judiciais, mas sim um auxílio ao próprio ato de tomada de decisões. Por esta razão, desconsiderar tais instrumentais teóricos poderia conduzir a diversos erros teóricos, posto que muitas das conclusões obtidas por modelos econômicos são contraintuitivas, e sua consideração no âmbito da análise jurídica possibilita a eliminação de conclusões equivocadas ou, ao menos, a mitigação dos efeitos deletérios destas.

Até então, a teoria microeconômica clássica e suas premissas sobre a racionalidade humana predominavam na academia. Não foi senão ao final da década de 1970 que ganhou relevância o que viria a se chamar, mais tarde, de economia comportamental. Herbert Simon, com o conceito de “racionalidade limitada”, questionou a base da microeconomia e mostrou que, na verdade, as preferências humanas nem sempre são tão consistentes e que as escolhas nem sempre são tão racionais. Simon destaca a dificuldade de obter e processar informação corretamente.

Seguindo essa corrente, Daniel Kahneman, Richard Thaler e Cass Sunstein exploraram, também, os mais diversos tipos de vieses nos quais incorrem as pessoas (seja na esfera estritamente econômica ou não) na hora de interpretar dados e tomar decisões. Partindo dessa posição, Thaler e Sunstein desenvolvem o conceito de *nudge*⁴, propondo que a “arquitetura de escolhas” fosse feita com objetivo otimizar o resultado das decisões de indivíduos por via de (bem intencionadas) manipulações inconscientes.

Assim, diante do que foi brevemente apresentado, é possível afirmar que a ferramenta econômica se revela como um conjunto de contribuições de diversos autores construído no decorrer do tempo. Embora a análise econômica do direito possua menos de um século de existência, é ela fruto de uma ciência que vem evoluindo desde há muito.

4 A tradução literal seria “empurrãozinho”. Metaforicamente, significa um estímulo que induz à uma tomada de decisão específica.

5. CONCEITOS ESSENCIAIS DA MICROECONOMIA

Para prosseguir com a aplicação da AED ao direito, é importante pontuar e explicar os principais conceitos que se podem extrair da microeconomia. Por questões de aproveitamento do espaço e do foco do texto, priorizaremos os aspectos qualitativos de tais conceitos. Uma explicação mais aprofundada exigiria conhecimento de cálculo diferencial, o que fugiria aos escopos fundantes do artigo. Dentre estes, são os principais: o conceito de custo de oportunidade e *tradeoff*; maximização e otimização; racionalidade econômica; e custos de transação.

O custo de oportunidade e *tradeoff* é basicamente o entendimento de que tomar uma decisão em um mundo com recursos escassos implica em deixar de tomar outra decisão. Assim, é a necessidade de abrir mão de B ou C para obter A, sendo, então, o custo de oportunidade de obter A é abdicar de B ou C. No mundo real, poderíamos ilustrar com diversos exemplos, e utilizando-nos de uma mais singelo, imaginemos um caso em que um estudante se depare com o *tradeoff* entre estudar mais 10 minutos ou descansar esse período.

Indo adiante, faz-se necessário introduzir o conceito de otimização. Um dos axiomas importantes da teoria microeconômica é a insaciabilidade dos agentes econômicos. Assim, queremos sempre a maior felicidade possível, sendo que, enquanto as empresas buscam o maior lucro possível, os políticos buscam, ou pelo menos deveriam buscar, o maior bem estar possível para a população. Para fins de exemplificação, podemos ilustrar, a seguir, como o governo buscaria maximizar a arrecadação tributária. Em um primeiro momento, nossa intuição pode nos levar a acreditar que a arrecadação máxima seria resultante da taxa máxima, sendo que a arrecadação seria igual à alíquota multiplicada pelo número de incidências. Com auxílio da matemática (embora não

possamos demonstrar, neste texto, o cálculo desenvolvido), demonstra-se que aumentar a taxaõ eleva a arrecadaõ até certo ponto, que  o ponto de máximo. Aumentar a carga tributária para além do ponto máximo provocaria queda na arrecadaõ. Essa ocorrência se justifica pelo fato de que impostos excessivos incentivarão a queda no número de transações realizáveis. Tornando mais concreta a afirmaõ apresentada, os impostos sobre o consumo, por exemplo, gerariam reduõ no consumo que, por sua vez, geraria reduõ na arrecadaõ tributária.

A curva que representa a arrecadaõ  denominada curva de Laffer e em funõ da carga tributária apresenta, a partir da utilizaõ de uma dada alíquota crescente, forma de parábola voltada para baixo. Esse  um dos principais exemplos da aplicaõ da economia  política.

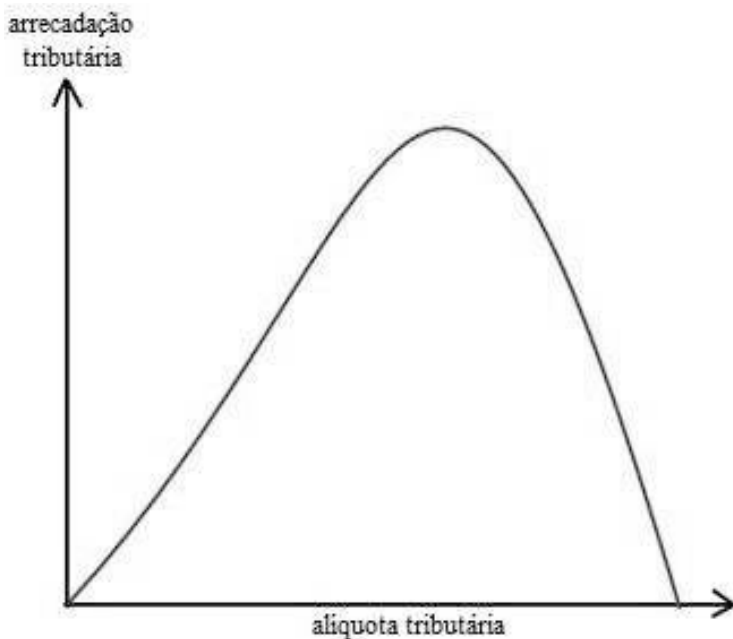


Figura 2 – Curva de Laffer: arrecadaõ tributária em funõ da alíquota.

Em continuidade a isso,  importante mencionar o conceito de racionalidade limitada. Tendo entendido os conceitos anteriores,  natural observar que algumas premissas das quais parte a microeconomia tem validade duvidosa. Assumir que agentes econômicos são racionais o tempo todo, e que possuem plena noõ de suas preferências e que,

além disso, agem de maneira consistente com estas, pode parecer irrealista. E de fato é. A teoria dos prospectos (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979), obra de Daniel Kahneman e Amos Tversky, é uma obra marcante sobre o assunto, e suficiente para uma introdução ao conceito de racionalidade ilimitada.

Neste trabalho, os autores fazem experimentos com estudantes universitários, e os fazem escolher entre alternativas do tipo “30% de chance de obter 70 reais ou 70% de chance de obter 30 reais”. Em tese, os estudantes deveriam escolher a opção com a maior utilidade esperada. Na prática, isso nem sempre ocorre. A mensagem central do artigo consiste em mostrar que a maneira com a qual se dispõe as alternativas tem grande influência na decisão tomada pelos estudantes. Em alguns exemplos, o mesmo conjunto de opções é apresentado, porém escritos de maneira distinta, e as escolhas dos estudantes provam ser inconsistentes.

Um dos problemas, apresentado a 66 estudantes, consiste em escolher entre A e B:

1.
opção A: 45% de probabilidade de ganhar 6000 dólares. 22% dos votos
opção B: 90% de probabilidade de ganhar 3000 dólares. 78% dos votos
2.
opção A': 0,1% de probabilidade de ganhar 6000 dólares. 73% dos votos
opção B': 0,2% de probabilidade de ganhar 3000 dólares. 27% dos votos.

Figura 3 – Alternativas apresentadas aos estudantes.

Na primeira escolha, A e B possuem o mesmo valor esperado, enquanto A' e B' também possuem o mesmo valor esperado na segunda escolha. A inconsistência reside em que, na primeira, preferem a opção B, enquanto na segunda preferem a opção A, como se algo houvesse mudado, quando na verdade deveriam simplesmente ser indiferentes

entre ambas, de acordo com a teoria clássica microeconômica. Diversos vieses atuam nesse processo decisório, tais como ancoragem, disponibilidade, substituição, dentre outros.

Ronald Coase contribuiu tremendamente à análise econômica ao desenvolver o conceito de custos de transação. Embora simples, o conceito é de grande utilidade para a análise econômica do direito, principalmente na resolução de conflitos entre pessoas, sendo, inclusive, conhecido como “o teorema de Coase”. A ideia é de que, na ausência de custos de transação, indivíduos, buscando maximizar sua utilidade, chegam às soluções ótimas.

Coase explica que custos de transação, no mundo real, existem, e são muito importantes. A teoria clássica microeconômica enxerga indivíduos como plenamente conscientes de todos os preços do mercado, e plenamente capazes de negociar o melhor preço com qualquer outro indivíduo. Dentre custos de transação, podemos exemplificar os mais icônicos, como aqueles custos para formalizar um contrato. Na prática, existe um processo burocrático para contratar um trabalhador, por exemplo. Assim como há um custo no transporte até um supermercado para fazer compras, ou custos com advogados para realizar fusões entre empresas. Admitir a existência de custos de transação é reconhecer essas fricções que estão presentes em qualquer processo de negociação. Se uma transação mutuamente benéfica requer altos custos de transação para ser realizada, os envolvidos podem optar por não levá-la adiante. A conclusão dos estudos de Ronald Coase é que custos de transação baixos funcionam como óleo para as engrenagens de uma máquina, enquanto altos custos de transação seriam equivalentes a ferrugem que atrapalha seu bom funcionamento.

É ainda possível estender o conceito de Coase e adicionar os riscos de contrato aos custos de transação. Quanto maior o risco de quebra de contrato, maior o custo de uma transação. Essa já é uma discussão mais complicada, mas é válida para justificar a necessidade do império da lei. Um estado que garanta baixos custos de transação e que assegure o cumprimento dos contratos está incentivando um ambiente de negócios saudável para o país.

Relacionado, também, com a resolução de conflitos através de acordos, pois se o Estado facilita e estimula a resolução consensual de um conflito, está reduzindo os gastos públicos com o litígio, ao mesmo

tempo em que facilita o acesso à justiça por parte de litigantes e reduz seus custos com o processo. Claro que há também efeitos negativos, mas o exemplo ilustra a linha argumentativa defendida por Coase.

6. A CELERIDADE PROCESSUAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Sempre foi uma preocupação do constituinte, a de que o dispositivo expresso no inciso LXXVIII do Art. 5º da Constituição Federal viesse a dar azo à uma exteriorização de normatividade meramente programática (ARRUDA, 2013, p. 511), sem a devida efetividade que se exige de uma norma classificada como direito fundamental. O problema de estabelecer o conteúdo desse direito (no âmbito da discussão teórica que envolve a conformação dos direitos fundamentais) é, ainda, objeto de indagações.

Nessa linha abordada, questões que podem ser suscitadas são: a) qual o sentido normativo extraível do inciso LXXVIII do Art. 5º da Constituição Federal ? b) Caso não seja este sentido normativo imediatamente extraível, quais os fatores que podem contribuir para que se encontre tal sentido? c) Questões de direitos fundamentais, (por óbvio relacionadas à dignidade humana e, nesta linha, a uma concepção muito específica de moralidade) podem ser analisadas em uma perspectiva da AED?

Ora, sendo os direitos fundamentais cláusulas abertas, não se pode negar a dificuldade de definir aprioristicamente o conteúdo normativo do dispositivo constitucional. Afora a dificuldade advinda da própria abertura semântica do texto, temos as dificuldades teóricas observadas em tempos de novo constitucionalismo nos quais o direito (principalmente aquele expresso por intermédio de normas de natureza principiológica) somente se define com maior exatidão na situação concreta.

A posição aqui defendida é a de que, diante do quadro apresentado, faz-se necessário demonstrar que a velocidade de tramitação de um processo levado a cabo pelo Estado (judicial ou administrativo)

deverá ser estabelecida utilizando-se ferramentas que sejam capazes de aferir o sistema em sua completude, tanto sob uma perspectiva qualitativa, como sob uma perspectiva quantitativa. A “adequação moral” da decisão, ou mesmo a velocidade com que a mesma é proferida, não podem, isoladamente, definir a justiciabilidade atingida pela decisão.

A moralidade da decisão pode representar apenas e simplesmente um dos aspectos do que denominaríamos “justo global”, considerado este como o atingimento de um ponto ótimo que toma por consideração vários elementos (e mesmo valores) em disputa. Com isso, é possível afirmar que no campo da celeridade processual, como direito fundamental positivado no inciso LXXVIII do Art. 5º da Constituição Federal, leva-se em consideração, não apenas uma mera racionalidade instrumental, mas também uma racionalidade moral (substancial, de tipo kantiana), que corrobora com o atingimento de um justo global.

Não é mais possível desconsiderar o altíssimo grau de complexidade que se deparam as sociedades contemporâneas, bem como a impossibilidade de se prescindir de todas as técnicas disponíveis na elaboração argumentativa para sustentação da melhor solução aos casos concretos em litígio. Na elaboração de argumentos para conformação de conteúdos de direitos fundamentais (no caso em análise, a razoável duração do processo) deve-se, sem maiores preconceitos, serem utilizadas as técnicas oferecidas também pela Economia. Não se fazem os argumentos oferecidos pela AED, argumentos intransponíveis ou definitivos. A eles se juntam outros argumentos, inclusive e principalmente os de ordem moral, para uma ponderação que, analisada por um auditório razoável e racional, possa levar em conta aspectos morais, éticos e pragmáticos, como bem afirmaria Jürgen Habermas.

Por isso, instrumentos que a AED se utiliza podem ser utilíssimos no propósito de buscar argumentos adequados no processo de ponderação entre tempo para a conclusão da demanda e o atingimento da justiça substancial na busca pela definição do que venham a ser “celeridade processual” e “a razoável duração do processo”. O fato de que fatores morais não devam ser jamais descartados na análise conteudística dos direitos fundamentais (cujo teor sempre dependerá de fatores fáticos, axiológicos e mesmo circunstanciais ao caso concreto) não implica que sua conformação não possa levar em conta (no processo de sua limitação ou restrição) os argumentos apresentados pela análise econômica do direito.

7. CONCLUSÕES

Tendo observado e estudado as sérias consequências de um sistema legal moroso e ineficiente, faz-se evidente a necessidade de aprimorar e tornar mais célere tais processos decisórios, garantindo o exercício dos direitos do maior número possível de cidadãos. Para isso, a análise econômica do direito pode ser uma excelente ferramenta auxiliar, embora não seja suficiente. E, dada a importância da garantia de direitos fundamentais, concluímos, assim, que diante de um cenário socioeconômico profundamente complexo e problemático, urge a necessidade do estabelecimento de um método prático (complementar) para a tomada de decisões públicas que atinjam sua eficácia e um maior nível de eficiência, visando impactar positivamente a sociedade e aqueles que dependem diretamente da ação estatal.

Vendo os principais ferramentas econômicos, pode-se sugerir que a grande ajuda da economia ao direito não precisa ser necessariamente através de modelos quantitativos. Como antes dito, há variáveis impossíveis de medir numericamente. A intuição econômica, por sua vez, ou o entendimento qualitativo destas variáveis pode vir a ser uma enorme contribuição para a tomada de decisões.

No caso específico da celeridade processual, a intuição econômica concede a ideia de que pode existir um ponto ótimo onde o benefício líquido social é maximizado. Não é essencial, contudo, buscar por um modelo econométrico perfeito (que se afaste das análises morais que o caso enseja) para determinar exatamente o ponto ótimo, e sim usar a racionalidade calculadora da AED como produtora de novos argumentos a fim de dele tentar se aproximar.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO., Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das justiças estaduais*. Brasília, 2012.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2005.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil*. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à razoável duração do processo. In: CANOTILHO, J. J. MENDES; G.F. SARLET; I. STRECK, L. L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTIAT, Frédéric. *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*. Paris: Éditeure de la collection des principaux économistes, du journal des économistes, etc. 1850.

COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. The University of Chicago Press, 1960.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento*. 21ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

KAHNEMAN, Daniel; e TVERSKY, Amos. *Prospect theory: an analysis of decision under risk*. The Econometric Society, 1979.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU; Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015

RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, I.W; MARINONI, L.G.; MITIDIEIRO; D. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SMITH, Adam. *A riqueza de nações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; STEPHEN, Holmes. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende de impostos*. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.