

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E REFLEXOS NO DIREITO PROCESSUAL

Leandro Lyra Braga Dognini¹

Daniel Queiroz Pereira²

Resumo: O presente artigo descreve a evolução da Análise Econômica do Direito e os reflexos desta sobre o Direito Processual. Parte-se da definição da disciplina e identificação de suas obras iniciais no século XVIII, avançando-se até os marcos da concepção moderna após a década de 1960 e ascensão da mesma no Brasil. Neste último ponto, são destacados o incremento recente da produção doutrinária, a prevalência de julgados ancorados na disciplina e os efeitos sobre a conformação de reformas legais, com menção à reforma da Lei de Falências e ao novo Código de Processo Civil. Passa-se, então, ao deslinde da vertente da disciplina voltada ao Direito Processual, com enfoque às frentes de pesquisa relacionadas aos determinantes de litigância, “alternative dispute resolution” (ADR), demandas de valor esperado negativo e frívolas, produção antecipada de prova e ônus probatório.

Palavras-Chave: Economia. Código de Processo Civil. Lei de

¹ Professor Adjunto de Teoria Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e Doutor em Economia Matemática pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA). Engenheiro Eletricista pelo Instituto Militar de Engenharia (IME). Bacharel em Direito pelo IBMEC. Advogado. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Estácio de Sá (UNESA).

² Professor Adjunto de Prática Jurídica Trabalhista e Direito Processual do Trabalho da UERJ. Professor Adjunto de Legislação Social da UNIRIO. Professor Titular de Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Prática Simulada do Ibmecc/RJ. Professor da EMERJ e da ESAP. Coordenador do Curso de Bacharelado em Direito da UERJ. Advogado e Consultor Jurídico.

Falências. Alternative Dispute Resolution. Demandas Frívolas.

Abstract: This article describes the evolution of Law and Economics and its reflexes on procedural law. It starts with the definition of the discipline and the identification of its initial works in the 18th century, advancing to the milestones of modern conception after the 1960s and its rise in Brazil. In this last point, we highlight the recent increase in doctrinal work, the prevalence of judicial decisions anchored in the discipline and the effects on the conformation of legal reforms, with reference to the reform of the Bankruptcy Law and the new Civil Procedure Code. We then proceed to delineate the strand of the discipline related to Procedural Law, focusing on the research fronts dealing with determinants of litigation, alternative dispute resolution (ADR), negative expected value and frivolous demands, advance proof gathering and burden of proof.

Keywords: Economics. Civil Procedure Code. Bankruptcy Law. Alternative Dispute Resolution. Frivolous Suits.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise Econômica do Direito: Uma Perspectiva Histórica. 2.1 Ascensão da Análise Econômica do Direito no Brasil. 3. Autores e Contribuições. 3.1. George J. Stigler. 3.2. Ronald Coase. 3.3. Gary S. Becker. 4. Reflexos da Análise Econômica do Direito no Processo. 4.1. Determinantes da Litigância. 4.2. Alternative Dispute Resolution (ADR). 4.3. Demandas de Valor Esperado Negativo. 4.4. Produção Probatória. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



natureza das questões enfrentadas pelo Direito e pela Economia são centradas no comportamento humano, i.e., nas escolhas feitas por indivíduos perante as

diferentes situações em que se encontram. Os objetos com que cada uma destas disciplinas lida, contudo, são distintos. Enquanto, por exemplo, o Direito se debruça sobre as matérias envoltas na criação de uma lei processual justa, efetiva e eficiente, a Economia busca respostas que permitam melhor compreender os ciclos de crescimento econômico.

Ocorre que, por detrás da conformação do processo legal, estão as escolhas feitas pelos indivíduos que ao Poder Judiciário vão, ou a ele são levados. Da mesma forma, por detrás dos ciclos de crescimento econômico, estão as escolhas dos indivíduos que interagem nas firmas, nos mercados e demais searas da economia. É neste sentido que a natureza das questões enfrentadas pelo Direito e pela Economia possuem um mesmo centro, uma matéria prima comum. E é a partir daí que surge a possibilidade de uma interseção profícua entre o Direito e a Economia.

A Análise Econômica do Direito (AED) nasce, então, da visão de que as mesmas técnicas e bases teóricas empregadas pela Economia servem também ao Direito, onde a Teoria dos Jogos é capaz de representar a dinâmica processual, a Assimetria de Informação modela a sistemática de produção probatória, a Econometria busca validar e quantificar os efeitos da supressão de uma instância recursal e infindáveis outros exemplos, não apenas restritos ao Direito Processual. O que a disciplina pretende realizar, de fato, não é a alteração dos objetos a serem analisados pelo Direito, mas, antes, a adição do ferramental de análise que, conforme descrito, é peculiar da Economia.

Partindo-se, portanto, da premissa de que a evolução do Direito se mostra indissociável da expansão sólida das bases teóricas, métodos e do arcabouço normativo que o definem, podemos inferir que o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito é movimento de integração salutar e, sobretudo, natural, capaz de fornecer um olhar distinto e complementar sobre as matérias tradicionais e desafios contemporâneos erigidos diante da seara jurídica.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Em seu livro *The Firm, the Market, and the Law* (1988), Ronald H. Coase cita Gary S. Becker, ambos vencedores do Prêmio Nobel de Ciências Econômicas (em 1991 e 1992, respectivamente), para delinear o seguinte escopo da Economia como disciplina:

Becker points out that ‘what most distinguishes economics as a discipline from other disciplines in the social sciences is not its subject matter but its approach’. If the theories which have been developed in economics (or at any rate in microeconomics) constitute for the most part a way of analyzing the determinants of choice (and I think this is true), it is easy to see that they should be applicable to other human choices such as those that are made in law or politics. (COASE, 1988, p. 2-3)

De modo amplo, portanto, a Economia seria identificada como um arcabouço teórico-metodológico desenvolvido para estudar os processos de escolha existentes nas relações humanas, sobretudo após o desenvolvimento rigoroso e formal da Microeconomia. Tal arcabouço seria tradicionalmente, mas não exclusivamente, aplicado às questões sobre poder de mercado, inflação, impostos, desemprego, poupança e ciclos de crescimento, podendo, contudo, ser estendido e levado a outras áreas e questionamentos, conforme destaca Richard A. Posner, em seu livro *Economic Analysis of Law* (2003):

Many lawyers think that economics is the study of inflation, unemployment, business cycles, and other mysterious macroeconomic phenomena remote from day-to-day concerns of the legal system. Actually, the domain of economics is much broader. As conceived in this book, economics is the science of rational choice in a world – our world – in which resources are limited in relation to human wants. (POSNER, 2003, p. 3)

É a translação deste ferramental teórico-metodológico, responsável por delinear as bases da Economia como disciplina que lida com os processos de escolha humana, para o Direito que

dá origem ao que convencionou-se alcunhar de Análise Econômica do Direito (AED). Assim, questões próprias do Direito como a análise da efetividade das sanções penais, a estrutura processual e o acesso à Justiça, delimitação dos direitos de propriedade e responsabilidade civil passaram a ser analisadas mediante aplicação da Teoria dos Jogos e da Econometria, em que a primeira constrói modelos teóricos capazes de representar os diferentes indivíduos e instituições envolvidos na relação legal, suas possíveis ações e interesses, e os resultados de tais interações (i.e. escolhas), enquanto a segunda fornece o instrumental necessário para que sejam validadas empiricamente as conclusões obtidas a partir de tais abstrações.

Ao dispor sobre a ascensão da AED, Luiz Fux e Bruno Bodart, no livro *Processo Civil e Análise Econômica (2020)*, destacam que não se trata de mera interseção dos resultados já consolidados nas aplicações tradicionais da Economia com o Direito, mas:

Cuida-se, na realidade, da expansão do método científico, hoje amplamente adotado no estudo da Economia, para o desenvolvimento do pensamento jurídico, ainda fortemente influenciado pela dogmática e pelo método exegetico. A ciência se distingue por basear a investigação do mundo exterior em proposições universalmente reconhecidas cuja associação invariável é traduzida em leis gerais. A veracidade dessas leis pode ser deduzida logicamente através de teorias, as quais, por sua vez, podem ser provadas e testadas. (FUX; BODART, 2020, p. 3)

Assim, a AED não representa para o Direito simples releitura de resultados já consolidados no campo da Economia, como é o caso das proposições sobre poder de mercado e seus reflexos sobre as normas concorrenciais (e.g. Lei nº 12.529/11 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Na realidade, o que a AED propõe é transladar o cabedal teórico-metodológico desenvolvido a partir das questões que classicamente foram erigidas perante a Economia para o Direito. Desta forma, enquanto a Economia questiona “como caracterizar um monopólio?” e “como lidar com os monopólios?”, a AED

questiona “como caracterizar a litigância de má-fé?” e “como lidar com a litigância de má-fé?”. O ferramental, porém, desenvolvido para que fossem obtidas respostas às primeiras questões é o mesmo empregado na busca pelas respostas às últimas, abrangendo, de modo amplo, desde a Teoria Econômica até a Econometria.

Ao descrever tal translação teórico-metodológica para o Direito, Steven Shavell dita, em seu livro *Foundations of Economic Analysis (2004)*, três de suas características basilares:

What does seem to mark economic analysis are three characteristics. First, economic analysis emphasizes the use of stylized models and of statistical, empirical test of theory, whereas other approaches usually do neither. Second, in describing behavior, economic analysis gives much greater weight than other approaches to the view that actors are rational, acting with a view toward the possible consequences of their choices. And third, in normative evaluation, economic analysis makes explicit the measure of social welfare considered, whereas other approaches often leave the criterion of the social good unclear or substantially implicit. (SHAVELL, 2004, p. 4)

Infere-se, portanto, a partir das palavras do autor, que a AED incorpora uma componente distinta e peculiar ao Direito, a qual está ancorada em modelos teóricos, avaliações empíricas, hipóteses nítidas acerca da racionalidade dos indivíduos e mecanismos de comparação explícita e objetiva de bem-estar social, características essas que a distinguem das demais abordagens existentes (e.g. método exegético).

Nesta altura, faz-se pertinente apontar a distinção entre duas categorias de assertivas intrínsecas à Economia e, portanto, indissociáveis da construção e evolução da AED: normativas e positivas. As assertivas normativas buscam descrever “como a realidade deveria ser”. As positivas, por sua vez, descrevem “como a realidade é”. Como exemplo da primeira categoria temos a concepção do meio mais eficiente pelo qual a sociedade pode reduzir ou limitar a quantidade de assaltos e, da segunda, a descrição dos princípios econômicos sobre os quais as decisões

judiciais, ainda que implicitamente, se baseiam (POSNER, 2003, p. 21).

Esta distinção categórica mostra-se próxima à feita por Guido Calabresi em seu livro *The Future of Law and Economics* (2016), na qual os termos “Economic Analysis of Law” e “Law and Economics” são utilizados para diferenciar as formas de intercâmbio entre a Economia e o Direito:

What I call Economic Analysis of Law uses economic theory to analyze the legal world. It examines that world from the standpoint of economic theory and, as a result of that examination, confirms, casts doubt upon, and often seeks reform of legal reality. [...] In its most aggressive and reformist mode, having looked at the world from the standpoint of economic theory, if it finds that the legal world does not fit, it proclaims that world to be “irrational.” [...] What I call Law and Economics instead begins with an agnostic acceptance of the world as it is, as the lawyers describes it to be. It then looks to whether economic theory can explain that world, that reality. And if it cannot, rather than automatically dismissing that world as irrational, it asks two questions. The first is, are the legal scholars who are describing the legal reality looking at the world as it really is? [...] If, however, even a more comprehensive view of legal reality discloses rules and practices that economic theory cannot explain, Law and Economics asks the second question. Can economic theory be amplified, can it be made broader or more subtle (without thereby losing those characteristics that give it coherence and make it as powerful as it is) so that it can explain why the real world of law is as it is? (CALABRESI, 2016, p. 2-4)

Assim, o que o autor define como “Economic Analysis of Law” aproxima-se das assertivas normativas existentes na Economia, uma vez que se parte de um modelo teórico para delinear como determinada realidade “deveria ser” e, em caso de divergência entre as previsões da teoria e a o mundo real, busca-se a reforma ou alteração não do modelo ou de suas premissas, mas da realidade existente. Já o termo “Law and Economics”, por sua vez, é empregado com sentido que ombreia as assertivas positivas, uma vez que partindo-se de “como a realidade é”,

busca-se a criação de uma teoria capaz de entendê-la e, caso as previsões teóricas contrastem com aquelas observadas no cotidiano do Direito, o reflexo é de se reavaliarem as hipóteses e métodos empregados, buscando a ampliação e crítica da teoria antes da reforma da realidade.

Pode-se, portanto, inferir que, dentre assertivas de cunho positivo e normativo, a AED adiciona nova componente teórico-metodológica ao Direito, a qual serve de modo complementar àquelas que tradicionalmente vigoram nesta disciplina. A esse movimento de integração que caracteriza a AED corresponderia, em contrapartida, o declínio da noção de Direito como disciplina autônoma (POSNER, 1987), cuja origem é descrita da seguinte forma:

The idea that law is an autonomous discipline, by which I mean a subject properly entrusted to persons trained in law and in nothing else, was originally a political idea. The judges of England used it to fend off royal interference with their decisions, and lawyers from time immemorial have used it to protect their monopoly of representing people in legal matters. Langdell in the 1870s made it an academic idea. He said that the principles of law could be inferred from judicial opinions, so that the relevant training for students of the law was in reading and comparing opinions and the relevant knowledge was the knowledge of what those opinions contained. (POSNER, 1987, p. 762)

Assim, advoga o autor que a noção do Direito como uma disciplina hermética, fechada e autônoma nasce de uma concepção política de separação de poderes e do intento de manutenção do controle sobre a representação legal. Com o transcurso do tempo, foram as modificações na conformação do Estado, a complexidade das questões a serem enfrentadas e o avanço de outras disciplinas (em particular, a Economia) que tornaram possível a construção de um Direito mais aberto e interligado, dentro do qual a AED arvora como exemplo de salutar intercâmbio.

Em síntese histórica, os primeiros escritos da AED remontam ao século XVIII, com Beccaria, *On Crimes and Punishments, and Other Writings* (1767), e Bentham, *An*

Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789). A concepção moderna da disciplina surge a partir da década de 1960, nos Estados Unidos, com Coase (1960), Demsetz (1967), Becker (1968), Calabresi (1970) e Posner (1972) (POLINSKY, 2007a, p. xi). Sobre tal concepção, Posner (2003) afirma:

The new law and economics may be dated somewhat arbitrarily from the beginning of the 1960s, when Guido Calabresi's first article on torts and Ronald Coase's article on social cost were published. These were the first modern attempts to apply economic analysis *systematically* to areas of law that do not avowedly regulate economic relationships. [...] A list of the founders of the "new" law and economics would be seriously incomplete without the name of Gary Becker [...] opened to economic analysis large areas of the legal system not reached by Calabresi's and Coase's studies on property rights and liability rules. (POSNER, 2003, p. 19)

O autor frisa, portanto, que o marco temporal moderno é caracterizado pela aplicação sistemática da análise econômica a áreas que não regulam, diretamente, relações econômicas, como o Direito Concorrencial e Tributário. A título de exemplo, na área do Direito Civil (especificamente no que tange às matérias de direitos de propriedade e responsabilidade civil), estão os supracitados *Toward a Theory of Property Rights* (1967), de Demsetz, e *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970), de Guido Calabresi.

A relevância da AED então ascendeu na academia nas décadas subsequentes, o que fora constatado por ampla análise numérica de citações realizada por William M. Landes e Richard A. Posner (1993), cuja conclusão dita:

That the growth in the influence of economics on law exceeded that of any other interdisciplinary or untraditional approach to law; and that the traditional approach – what we call “doctrinal analysis” – was in decline over this period relative to interdisciplinary approaches in general and the economic approach in particular. (LANDES, 1993, p. 424)

A ascensão também pode ser aferida a partir do número de Prêmios Nobel de Ciências Econômicas concedidos para

autores que contribuíram para a concepção moderna da disciplina: George J. Stigler em 1982, por seus “estudos seminiais de estruturas industriais, funcionamento de mercados e causas e efeitos de regulações públicas”³, Ronald H. Coase em 1991, por suas “descobertas e esclarecimentos acerca da significância dos custos de transação e direitos de propriedade para a estrutura institucional e o funcionamento da economia” e importantes contribuições à “fronteira entre economia, direito e organizações”⁴, e Gary S. Becker em 1992, por “estender o domínio da análise microeconômica para um amplo espectro de comportamentos e interações humanas, incluindo comportamentos não-mercado-lógicos”, levando a “teoria econômica a aspectos do comportamento humano que anteriormente haviam sido abarcados por outras disciplinas das ciências sociais como a sociologia, a demografia e a criminologia”⁵.

Em paralelo, na esfera governamental, a AED consolidava-se como balizadora de políticas públicas, citando-se como exemplo os movimentos de desregulação e reforma da legislação antitruste, conforme descrevem Robert Cooter e Thomas Ulen, em seu livro *Law and Economics (2011)*:

Economics provided the intellectual foundations for the deregulation movement in the 1970s, which resulted in such dramatic changes in America as the dissolution of regulatory bodies that set prices and routes for airlines, trucks, and railroads. Economics also served as the intellectual force behind the revolution in antitrust law in the United States in the 1970s and 1980s. (COOTER, 2011, p. 17)

Ao término do presente capítulo, depreende-se, após definição da disciplina e delimitação de seu histórico, que a AED é capaz de agregar ao Direito e, portanto, às questões e desafios a

³ Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1982/stigler/facts/>. Acesso em 22 nov. 2020.

⁴ Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/facts/>. Acesso em 22 nov. 2020.

⁵ Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1992/becker/facts/>. Acesso em 22 nov. 2020.

ele impostos, fundamental componente teórico-metodológica que viabiliza o aperfeiçoamento e evolução deste, com reflexos em seus mais diversos ramos e aplicações, seja na doutrina, nos julgados ou na formulação de instrumentos normativos e políticas públicas. A seguir, tais reflexos da AED são exemplificados tomando-se por base a realidade brasileira.

2.1. ASCENSÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL

No Brasil, a Análise Econômica do Direito (AED) vem, paulatinamente, ganhando relevo, tanto na seara doutrinária, quanto nos julgados e na conformação de instrumentos normativos e políticas públicas. Conforme visto no capítulo anterior, este movimento está no compasso do que ocorre fora do país e é capaz de, assim como lá, trazer bons frutos para a evolução e aperfeiçoamento do Direito pátrio.

Em termos doutrinários, é notório o crescimento do número de obras voltadas à AED, podendo-se citar como exemplos, nos anos recentes: *Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre a Análise Econômica do Direito* (TIMM, 2019), *Direito e Economia: Diálogos* (PINHEIRO et al., 2019), *Análise Econômica da Litigância* (PIGNANELI, 2019), *Análise Econômica no Processo Civil Brasileiro: Limites e Possibilidades* (MELMAN, 2019), *Análise Econômica do Processo Civil* (GICO JR., 2020), *Curso de Análise Econômica do Direito* (PORTO; GAROUPA, 2020), *Análise Econômica do Processo Civil* (WOLKART, 2020) e *Processo Civil e Análise Econômica* (FUX; BODART, 2020).

Quanto aos julgados, análise quantitativa realizada por Guilherme M. Caon (2020) revela que, a partir de 2015, houve um aumento no número de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal com fundamentação de base econômica, bem como no número de citações de autores ligados à AED. O ponto de inflexão apontado é o julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade 5062, em 2016, relatada pelo Ministro Luiz Fux que trouxe em seu voto diversos institutos da AED. O autor também aponta o importante papel desempenhado pelos votos do Ministro para impulsionar a AED no âmbito do STF. O seguinte extrato, de um destes votos, exemplifica tal situação:

Do mesmo modo, a minha trajetória revela que tenho sido atento às contribuições da Análise Econômica do Direito e das ciências comportamentais (*behavioral sciences*) à seara jurídica, mormente quanto aos possíveis vieses cognitivos gerados pela atuação do julgador. Por isso mesmo, observo que esse debate inspira cautela, a fim de se evitarem generalizações inadequadas.

A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz de garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa.

Nada obstante, conforme bem demonstra *Pery Francisco Assis Shikida*, pesquisador na área da Análise Econômica do Direito, a instituição do juiz das garantias, combinada com a morosidade atual de muitos juízos criminais do país em virtude do assolamento de processos, pode fornecer também incentivos à impunidade ou, ao menos, prejudicar a duração razoável do processo – aumentando o tempo necessário para que prestação jurisdicional final ocorra. (Medida Cautelar, ADI 6299 DF, grifo do autor)

No que se refere à conformação de instrumentos normativos e de políticas públicas, cita-se como exemplo a reforma da Lei de Falências (ARAÚJO, 2012; TIMM, 2019, p. 355), ocorrida em 2005. A reforma buscava conferir maior proteção aos credores e tornar a legislação falimentar mais eficiente, e teve

como resultado uma redução no custo das dívidas e aumento no volume de crédito de longo-prazo empregado pelas empresas (ARAÚJO, 2012, p. 1004).

Outro exemplo de aplicação da AED em reformas legais foi a formulação do novo Código de Processo Civil, este frisado pelo Ministro Luiz Fux em Aula Magna da Especialização em Direito Público e Privado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), sob o título “Análise Econômica do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, em 31 de julho de 2017⁶. De modo particular, destacam-se as disposições trazidas pelo novo *codex* relacionadas às custas processuais, conformação aos precedentes judiciais, sucumbência recursal, repressão à litigância de má-fé e julgamento antecipado do mérito, todas com estreita ligação à AED, o que ressalta a importância desta em sua vertente voltada ao Direito Processual – Análise Econômica do Direito Processual (AEDP). Esta será, por sua vez, devidamente descrita no Capítulo 4. Cumpre, por fim, destacar que os avanços trazidos por tal reforma construíram para o Brasil um caminho para afastar-se da realidade deletéria apontada por Simeon Djankov (2003), em abrangente análise acerca dos ditames processuais de 109 países, cuja síntese é a seguinte:

We find that such formalism is systematically greater in civil than in common law countries. Moreover, procedural formalism is associated with higher expected duration of judicial proceedings, more corruption, less consistency, less honesty, less fairness in judicial decisions, and inferior access to justice. These results suggest that legal transplantation may have led to an inefficiently high level of procedural formalism, particularly in developing countries. (DJANKOV, 2003, p. 453)

3. AUTORES E CONTRIBUIÇÕES

O presente capítulo busca elencar e descrever, de modo

⁶ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ft9VSApghII>. Acesso em 22 nov. 2020.

objetivo, artigos basilares de autores laureados com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas que concorreram para a concepção moderna do campo da Análise Econômica do Direito (AED). A lista não pretende ser exaustiva e, certamente, o critério de escolha não abarca autores de fundamental relevância para AED e, dentre os que abarca, não esgota suas contribuições nem as hierarquiza. Trata-se de um conjunto de artigos escolhidos com o intento de exemplificar ao leitor que se interesse pelo campo, porém com ele não tenha familiaridade, quais as questões, métodos e resultados formaram a tônica base para o desenvolvimento da AED e fizeram desta a principal referência, em termos de citações, nas publicações especializadas de Direito nos Estados Unidos (LANDES, 1993, p. 424).

3.1. GEORGE J. STIGLER

George J. Stigler foi laureado com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1982 por, dentre outras, sua contribuição para o deslinde do papel das regulações públicas (i.e. emprego do poder coercitivo do Estado sobre a economia). Na introdução de seu artigo *The Theory of Economic Regulation (1971)*, Stigler traça o seguinte escopo para a teoria da regulação:

The central tasks of the theory of economic regulation are to explain who will receive the benefits or burdens of regulation, what form regulation will take, and the effects of regulation upon the allocation of resources. (STIGLER, 1971, p. 3)

Portanto, o foco dado pelo autor à análise das regulações públicas privilegia a eficiência das alocações de recursos obtidas, caracterizando, em particular, os agentes que irão arcar com os ônus das mesmas e aqueles que auferirão seus benefícios, bem como os diferentes mecanismos regulatórios. Ao tratar destes, Stigler identifica as quatro principais formas de regulação pública que o Estado pode lançar mão sobre uma indústria: subsídios diretos (i.e. transferências diretas de recursos), controle de

entrada no mercado (i.e. barreiras contra rivais/competidores), controle sobre mercados de bens substitutos e complementares (nas palavras do próprio autor, “os produtores de manteiga querem suprimir os de margarina e incentivar os de pão”), e, por fim, fixação de preços (e.g. tabelamento do preço do frete).

Segue-se então com a identificação das limitações existentes sobre os benefícios alcançados por determinada indústria através de regulações públicas, destacando três pontos: há, usualmente, uma redistribuição da relevância de cada firma dentro da indústria, com as firmas menores auferindo maiores benefícios da regulação relativamente ao seu tamanho. Ainda, a existência de custos administrativos inerentes à execução da dinâmica regulatória é um fator indissociável da análise de sua necessidade e adequação. Por último, as distorções oriundas do próprio processo político (cujo racional é descrito pelo autor ao tratar do funcionamento dos partidos políticos e da democracia representativa), as quais são capazes de potencializar os ônus originados pelas regulações públicas.

Após empregar uma análise econométrica para identificar os determinantes e os efeitos de regulações sobre transporte rodoviário e licenciamento profissional, Stigler aponta para o fato de que não basta, após identificação de efeitos deletérios ocasionados por regulações estatais, alinhar a crítica apenas sobre o corpo decisório responsável pela regulação (seja sobre os indivíduos que o compõem ou sobre aqueles que os indicam), comportamento este que ele credita a uma “visão idealista da regulação pública profundamente enraizada no pensamento econômico profissional”. Conclui, então, com a seguinte assertiva sobre a necessidade de compreensão dos processos políticos sobre os quais são construídas as regulações públicas:

Until the basic logic of political life is developed, reformers will be ill-equipped to use state for their reforms, and victims of the pervasive use of the state’s support of special groups will be helpless to protect themselves. (STIGLER, 1971, p. 18)

Em artigo anterior intitulado *What can Regulators*

Regulate? The Case of Electricity (1962), Stigler questionava de modo ainda mais direto o real efeito alcançado pelas regulações públicas e a posição adotada à época pela literatura acadêmica:

The literature of public regulation is so vast that it must touch on everything, but it touches seldom and lightly on the most basic question one can ask about regulation: Does it make a difference in the behavior of an industry? (STIGLER, 1962, p. 1)

Partindo, assim, do questionamento acerca dos efeitos concretos das regulações públicas, o autor realizou uma análise econométrica (e, portanto, de base empírica) para mensurar os impactos da ingerência estatal sobre a indústria de energia elétrica norte-americana. Não foram encontradas evidências estatisticamente significativas de tais impactos, levando o autor a tecer as seguintes considerações:

Our study was undertaken primarily to investigate the feasibility of measuring the effects of regulation, but our inability to find any significant effects of the regulation of electrical utilities calls for some explanation. This finding is contingent upon our criteria of regulation and of the areas in which we sought effects, but both of these criteria are accepted by much of the literature of public utilities economics. The ineffectiveness of regulation lies in two circumstances. The first circumstance is that the individual utility system is not possessed of any large amount of long run monopoly power. [...] The second circumstance is that the regulatory body is incapable of forcing the utility to operate at a specified combination of output, price, and cost. (STIGLER, 1962, p. 11)

Desta feita, Stigler afirma que há duas possíveis circunstâncias capazes de explicar a aparente irrelevância indicada pelo estudo empírico: inexistência de poder significativo de monopólio no longo prazo ou impossibilidade fática de imposição das restrições regulatórias. Nenhuma destas, claramente, advoga pela sustentação do ímpeto regulatório estatal.

Conclui-se esta breve exposição das posições defendidas pelo autor ressaltando a relevância que a linha argumentativa e de pesquisa por ele adotadas desempenharam na definição e

consolidação do campo científico que lida com as regulações públicas e que, portanto, influenciaram a concepção moderna da AED. A título de exemplo, Robert Cooter e Thomas Ulen (2011, p. 17) destacam que fora a ascensão destes métodos e resultados que culminou com o movimento de desregulação na década de 70 nos Estados Unidos.

3.2. RONALD H. COASE

Ronald H. Coase foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1991 por, dentre outras, sua contribuição acerca da influência dos custos de transação e direitos de propriedade na economia. Na introdução de seu artigo *The Problem of Social Cost* (1960), Coase define o objeto de sua análise como:

This paper is concerned with those actions of business firms which have harmful effects on others. The standard example is that of a factory the smoke from which has harmful effects on those occupying neighboring properties. (COASE, 1960, p. 1)

Empregando a terminologia atual, o objeto são as ditas “externalidades negativas”. Ele segue com a descrição da visão preponderante à época acerca do tema e aponta sua divergência:

The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? (COASE, 1960, p. 2)

Assim, Coase indica que a análise acerca das externalidades não é unilateral, no sentido de que existiria uma ação, causadora de dano, e que o caminho único a ser seguido seria sua limitação ou impedimento. Ao contrário, a natureza seria recíproca, na qual a própria limitação da ação, por si só, também constitui um dano a ser considerado na análise. O exemplo clássico descrito pelo autor para conferir maior concretude à

argumentação é o da criação de gado próximo às plantações de milho:

Another example is afforded by the problem of straying cattle which destroy crops on neighboring land. If it is inevitable that some cattle will stray, an increase in the supply of meat can only be obtained at the expense of a decrease in the supply of crops. The nature of the choice is clear: meat or crops. What answer should be given is, of course, not clear unless we know the value of what is obtained as well as the value of what is sacrificed to obtain it. (COASE, 1960, p. 2)

Assim, a externalidade negativa ocasionada pela criação de gado nas proximidades de plantações de milho evidencia a escolha singular que deve ser feita, por um, ou pelo outro. Daí a natureza recíproca do problema posto.

Coase então descreve dois exemplos em que o dono da criação de gado é ou não responsável pela reparação dos danos causados às plantações de milho, e conclui com a assertiva de que a alocação final de recursos (i.e. o quantitativo final de gado e de milho produzidos) independe da distribuição dos direitos de propriedade (apesar desta ser necessária para definir o processo de negociação entre os proprietários e, conseqüentemente, a distribuição final de recursos entre estes) no caso em que inexitem custos de transação:

It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage cause since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost. (COASE, 1960, p. 8)

Tal resultado obteve ampla repercussão acadêmica e foi alcunhado de “Teorema de Coase”. Em seu livro *The Firm, The Market and The Law* (1988), Coase traça o seguinte comentário acerca de tal repercussão:

“The Problem of Social Cost,” in which these views were presented in a systematic way, has been widely cited and discussed in the economics literature. But its influence on economic analysis has been less beneficial than I hoped. The

discussion has largely been devoted to sections III and IV of the article and even here has concentrated on the so-called “Coase Theorem,” neglecting other aspects of the analysis. In sections III and IV, I examined what would happen in a world in which transaction costs were assumed to be zero. My aim in so doing was not to describe what life would be like in such a world but to provide a simple setting in which to develop the analysis and, what even more important, to make clear the fundamental role which transaction costs do, and should, play in the fashioning of the institutions which make up the economic system. (COASE, 1988, p. 13)

Constata-se, assim, que o próprio autor indica que a hipótese de ausência de custos de transação, sobre a qual se ancora o Teorema de Coase e sua conclusão (i.e. invariância da alocação final de recursos), deve ser lida de modo a destacar a relevância que tais custos possuem, juntamente à definição dos direitos de propriedade e ao funcionamento das instituições legais, na busca por alocações de recursos eficientes em cenários econômicas onde externalidades se fazem presentes. Daí, advém o papel fundamental que a obra de Coase desempenha perante a AED.

3.3. GARY S. BECKER

Gary S. Becker foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1992 por, dentre outras, suas contribuições que levaram à extensão da análise microeconômica à criminologia. Na introdução de seu artigo *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), o autor estende a aplicação da análise microeconômica às matérias criminais a partir das seguintes questões:

What determines the amount and type of resources and punishments used to enforce a piece of legislation? In particular, why does enforcement differ so greatly among different kinds of legislation? The main purpose of this essay is to answer normative versions of these questions, namely, how many resources and how much punishment *should* be used to enforce different kinds of legislation? Put equivalently, although more strangely, how many offenses *should* be permitted and how

many offenders *should* go unpunished? (BECKER, 1968, p. 169-170)

O autor, portanto, busca responder, em sede de análise normativa, quais são as características de um sistema penal capaz de considerar, em sua formulação, a totalidade das dimensões de benefícios e custos descritos pelas seguintes relações:

(1) the number of crimes, called “offenses” in this essay, and the cost of offenses, (2) the number of offenses and the punishments meted out, (3) the number of offenses, arrests, and convictions and the public expenditures on police and courts, (4) the number of convictions and the costs of imprisonments or other kinds of punishments, and (5) the number of offenses and the private expenditures on protection and apprehension. (BECKER, 1968, p. 172)

Dentre as conclusões, há destaque para o fato de que a probabilidade de um crime ser punido e a gravidade da pena conferida serem fatores que concorrem para a redução de ilícitos, devendo ser então encontrados seus níveis ideais mediante o seguinte critério de otimização:

“Optimal” decisions are interpreted to mean decisions that minimize the social loss in income from offenses. This loss is the sum of damages, costs of apprehension and conviction, and costs of carrying out the punishments imposed, and can be minimized simultaneously [...] (BECKER, 1968, p. 207)

Assim, os patamares devidos das variáveis que impactam a probabilidade de punição e a magnitude da pena devem ser aquelas que minimizam os danos causados pelos crimes e os custos de investigação, condenação e execução. A título de exemplo, tal análise levaria à conclusão de que para coibir determinado ilícito, aumentos de pena, ou alterações de sua forma, podem ser mais adequados do que reformulação do aparato judicial que as executa. Além disto, Becker também argumenta sobre a relevância das multas como penas, destacando que essas preservam recursos, compensam a sociedade ao mesmo tempo que punem o criminoso e simplificam a determinação do valor das penas.

Por fim, a quebra de paradigma que a análise descrita

acima representou à época que fora executada, transpassando o ferramental da microeconomia para a criminologia de modo fundamentado e rigoroso, revela o porquê de Becker estar incluso dentre os autores que definiram o escopo moderno da AED.

4. REFLEXOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO PROCESSO

Conforme descrito nos capítulos anteriores, os campos de atuação da Análise Econômica do Direito (AED) expandiram-se com o passar do tempo, alcançando o Direito Processual e tendo como marco, no Brasil, a elaboração do novo Código de Processo Civil. A magnitude, porém, dos desafios que se erguem diante do nosso Processo, apesar dos esforços de reforma legal, é severa, sendo descrita por Erik N. Wolkart, em seu livro *Análise Econômica do Processo Civil (2020)*, através dos seguintes termos numéricos:

O aumento do estoque de processos da Justiça foi constante até o ano de 2017, registrando, em 2018, a primeira queda da série histórica analisada pelo CNJ desde 2009. No ano de 2016, tramitaram 102 milhões de processos em todas as instâncias do Poder Judiciário (ressalvado o STF). [...] A taxa de congestionamento bruta do Poder Judiciário em 2018 foi de 71,2%. Isto significa que, desse estoque de 78,7 milhões de processos, pouco mais de 71% foram instaurados em anos anteriores a 2017. (WOLKART, 2020, p. 46)

Guilherme Pignaneli, em seu livro *Análise Econômica da Litigância (2019)*, discorre sobre as possíveis causas do crescente volume de demandas judiciais, destacando o papel que as demandas ilegítimas desempenharam no congestionamento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, na própria eficiência da Justiça, conceito este central para a AED:

Ocorre que o ponto crítico dessa análise reside, precisamente, no fato de que a abertura demasiada da malha de entrada possibilitou a passagem não apenas de demandas legítimas, como também de demandas ilegítimas. Se assim não fosse, estar-se-ia, pura e simplesmente, diante de um problema de estruturação

do aparato Judiciário que, detentor do monopólio da jurisdição, tem o dever de conceder, dentro de um prazo razoável, uma resposta ao jurisdicionado. Mas não, juntamente com esse grande volume se fazem presentes demandas abusivas que, pela perspectiva do presente estudo, precisam ser combatidas, para assim garantir uma maior eficiência ao sistema. (PIGNANELI, 2019, p. 222)

Portanto, o congestionamento do Poder Judiciário, de modo geral, e a identificação de demandas ilegítimas, de modo específico, constituem exemplo de questões a partir das quais depreende-se que a interseção da AED com o Direito Processual mostra-se necessária e adequada – dando origem à assim alcuñhada Análise Econômica do Direito Processual (AEDP). Portanto, a análise das causas, custos e repercussões sobre os jurisdicionados oriundos do congestionamento do Poder Judiciário através da Teoria Econômica, bem como a caracterização dos efeitos das regras correntes de distribuição de custas processuais sobre as demandas ilegítimas através da Econometria, exemplificam duas das diversas frentes de pesquisa abertas pela AEDP. Ademais, nas sessões abaixo, o seguinte conjunto será devidamente detalhado: i) Determinantes da litigância; ii) “Alternative Dispute Resolution” (ADR); iii) Demandas de valor esperado negativo; e iv) Produção probatória.

Ressalta-se, porém, que, apesar dos limites às dimensões e ao escopo do presente artigo, há inúmeras outras frentes de pesquisa de fundamental importância que arvoram a partir da AEDP. Destas, a seguinte seleção abarca parcela significativa do debate acadêmico: a distribuição de custas processuais (SANCHIRICO, 2006), vieses cognitivos no processo (BAR-GILL, 2006), decisões de mérito multi-estágio (KAPLOW, 2017), sistema recursal (SHAVELL, 1995b; KAPLOW, 1994) e o sistema de precedentes judiciais conjugado à uniformização da jurisprudência (LANDES, 1976; FUX; BODART, 2017). Sobre esta última, destaca-se seu papel central no Código de Processo Civil (e.g. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto

no art. 976⁷ e ss.) e o valor intrínseco que este representa na busca por maior segurança jurídica. A esse respeito, lecionam Luiz Fux e Bruno Bodart (2017):

Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, o respeito aos precedentes é extremamente valioso, seja porque elabora um arcabouço informativo destinado a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do direito, seja porque agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. (FUX; BODART, 2017, p. 422)

Evidencia-se, por fim, através da citação das frentes de pesquisa e artigos acima elencados, o potencial que a AED apresenta para Direito, em geral, e para o Processo, em particular (não é por outro motivo o surgimento da terminologia Análise Econômica do Direito Processual - AEDP). Assim, a translação da Econometria, da Microeconomia, da Teoria dos Jogos, da Economia Comportamental e demais ferramentas teórico-metodológicas para complementar a evolução do Direito Processual indica um movimento salutar para o enfrentamento dos desafios que se erguem perante o Processo brasileiro.

4.1. DETERMINANTES DA LITIGÂNCIA

Dentre as frentes de pesquisa consolidadas no âmbito do Direito Processual, a que merece destaque inicial é aquela que trata dos determinantes da litigância (e.g. por que os indivíduos litigam? Quais fatores, internos e externos ao processo, influenciam os níveis de litigância?), sendo, conforme descreve Kathryn E. Spier (2007), uma das áreas mais “vivas de pesquisa no campo da AED”:

⁷ “Art. 976 É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

Litigation is one of the liveliest research areas in the field of Law and Economics. Why do some lawsuits go to trial while many others are resolved out of court? Is out-of-court settlement in the interest of society? How confident should a judge or jury be before finding for one party or the other? Should the losing party be required to reimburse the winning party's legal expenses? [...] To what extent should the ruling in a lawsuit be constrained by prior rulings in similar cases? (SPIER, 2007, p. 262)

Em seu livro *Análise Econômica no Processo Civil Brasileiro: Limites e Possibilidades* (2019), Ana Carolina Melman descreve algumas das questões basilares no desenvolvimento dos modelos de litigância:

As perguntas que regem os possíveis caminhos de uma disputa judicial e que serão o norte de desenvolvimento dos modelos econômicos são as seguintes: (a) por que indivíduos iniciam litígios para compor conflitos? (b) quais são as chances da disputa ser encerrada via solução consensual? (c) quando recorrer da sentença será a melhor opção? (MELMAN, 2019, p. 117)

A título de exemplo dos resultados obtidos a partir de tais questionamentos, Steven Shavell (1999) descreve as externalidades que tornam, de modo intrínseco e geral, desalinhados os níveis privados e sociais ótimos de litigância:

What is the socially optimal level of litigation given its expense, and how does it compare to the privately determined level of litigation? As will be explained, the former and the latter levels of legal activity generally differ, and the reasons involve two fundamental types of externality. The first is a negative externality: When a party spends on litigation, he does not take into account the litigation cost that he induces others to incur. The second is a positive externality: When a party engages in litigation, he does not take into account the effect that this has on incentives to reduce harm. (SHAVELL, 1999, p. 99)

Portanto, o motivo pelo qual os níveis de litigância são usualmente desalinhados é a existência de externalidades, uma negativa e outra positiva. Negativa, porque, quando o indivíduo encara os custos de um litígio, ele não considera os demais custos impostos a terceiros a partir desta situação. Positiva, porque,

ao decidir se litiga ou não, o indivíduo ignora os efeitos que tal decisão gera na redução de potenciais danos sofridos por terceiros.

Ainda no que tange à litigância, sob perspectiva privada e social, e os determinantes para existência de acordos, Kathryn E. Spier (1997) aponta as razões que definem a frequência de ocorrência destes últimos, conferindo destaque à assimetria de informação entre as partes, fenômeno este cuja identificação e modelagem culminou com a concessão do Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 2001 a George A. Akerlof, Joseph E. Stiglitz e Andrew M. Spence:

There are a number of reasons the private and social motives to settle may diverge. First, if the suit has a negative expected value from the perspective of the victim, he may fail to extract a settlement because the threat to sue may not be credible. In anticipation that future lawsuits would be dropped, the injurer would not have the correct incentives to take precautions ex ante. Second, problems may arise when parties have unequal bargaining power. For example, if the injurer can bargain the victim down to a very low settlement relative to the award at trial, then deterrence may be compromised ex ante. Third, the private motive to settle may be too small because the precedent set by a lawsuit could benefit economic actors in the future. Finally, the social and private motives to settle may diverge if there is *asymmetric information* during pretrial negotiations. It is not difficult to construct scenarios where the parties *litigate too often* because of asymmetric information. (SPIER, 1997, p. 614)

Assim, da mesma forma que os níveis privados e sociais de litígio são usualmente desalinhados, também o são os níveis de acordos obtidos após instauração do litígio. Os motivos, contudo, são de outra natureza. Por exemplo, ao invés de externalidades, diferentes poderes de barganha ou assimetria de informação entre as partes podem implicar na redução dos níveis de acordos e, conseqüentemente, aumento demasiado do número de litígios levados a cabo.

Conclui-se, portanto, que os motivos e condicionantes

que levam os indivíduos a litigarem judicialmente é campo propício para aplicação da AED, permitindo análises de eficiência e eficácia, sob o prisma individual e social, do nosso sistema judicial.

4.2. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR)

Uma segunda frente de pesquisa também consolidada trata da “Alternative Dispute Resolution” (ADR), cujo paralelo no ordenamento pátrio consta já no artigo 3º do Código de Processo Civil⁸ (CPC). Dentre as análises da ADR sob a luz da AED, destaca-se aquela realizada por Steven Shavell (1995a) acerca dos potenciais ganhos de eficiência na solução de litígios:

First, ADR may lower the cost of resolving disputes or risk. Second, ADR may engender superior incentives through greater accuracy of result or other characteristics. Suppose, for instance, that substandard performance of a contract would be correctly assessed by expert arbitrators under ADR but not by courts. [...] Third, ADR may result in improved incentives to engage in disputes and refrain from that. (SHAVELL, 1995a, p. 2)

Os três pontos acima elencados (redução de custos, maior acurácia das decisões e seus reflexos sobre os incentivos às partes para ingressarem com litígios) são caracterizados pelo autor como motivos para adoção da ADR em cenários ex-ante, quando as partes fazem a opção antes da ocorrência do conflito. Em cenários ex-post, por sua vez, quando a adoção da ADR passa a ocorrer após instauração do conflito, parte-se da seguinte consideração:

Parties will tend to make ex post ADR agreements when, after a dispute arises, ADR would produce mutual gains. This can

⁸ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º É permitida arbitragem, na forma da lei.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

come in about two major ways: through promotion of settlement, and through reduction of dispute resolution costs. (SHAVELL, 1995a, p. 3)

Portanto, um dos fatores que implicariam na adoção da ADR *ex-post* é o fato de que, através desta, as partes são capazes de obter maiores informações acerca do litígio antes de efetivamente ingressarem em juízo, dando margem, potencialmente, a um acordo. Destaca-se, também, a redução de custos originada pela ADR como sendo um fator comum favorável, tanto *ex-ante* quanto *ex-post*, à adoção desta. Por fim, em sua conclusão, Shavell levanta importantes questionamentos acerca da existência de limitantes aos incentivos públicos dados à adoção da ADR:

Another issue of interest not addressed above is why there is strong support for public encouragement of ADR. A major explanatory element, if not the principal one, is no doubt the simple fact that ADR is cheaper than trial. Thus, whenever a dispute is resolved through ADR instead of trial, dispute resolution costs are lowered. What may frequently not be given due weight are two other facts. First, as elaborated here, ADR can influence the frequency of suit and leads many parties who would have settled instead to engage in ADR – raising dispute resolution costs. Second, private parties have strong motives of their own to elect ADR, and special arguments are required to justify public promotion of it. (SHAVELL, 1995a, p. 21)

Nota-se, portanto, que a divergência indicada pelo autor em relação aos incentivos públicos reside no fato de as partes já possuírem incentivos privados próprios para adoção, além dos efeitos que estes geram sobre os níveis de litigância. Ainda no que tange à ADR, William M. Landes e Richard A. Posner (1979) descrevem como a evolução de tal instituto é capaz de ocorrer através das faculdades da competição mercadológica:

Imagine a purely private market in judicial services. People would offer their services as judges, and disputants would select the judge whom they mutually found most acceptable. The most popular judges would charge the highest fees, and competition among judges would yield the optimum amount and quality of judicial services at minimum social cost. This competitive process would produce judges who were not only

competent but also impartial – and would thus fulfill the ideals of procedural justice – because a judge who was not regarded as impartial could not get disputes submitted to him for resolution: one party would always refuse. (LANDES, 1979, p. 237)

Desta feita, os autores argumentam que a busca das partes por juízes imparciais e eficientes através de contratos livremente pactuados, constituindo um mercado competitivo de serviços judiciais, é a base para o desenvolvimento da ADR. Ainda neste cenário, contudo, a intervenção do Estado se faz necessária para assegurar o cumprimento das decisões proferidas. É o que se depreende do seguinte extrato:

Although dispute resolution could thus be provided (for criminal as well as civil cases) in a market that would operate free from any obvious element of monopoly, externality, or other sources of “market failure,” it may not be efficient to banish public intervention entirely. Public intervention may be required (1) to ensure compliance with the (private) judge’s decision and (2) to compel submission of the dispute to adjudication in the first place. (LANDES, 1979, p. 237)

Por fim, resta claro que o enfoque dado pela AED às análises de eficiência corrobora o movimento de adoção da ADR, lançando luz, em particular, sobre seus benefícios e limitações perante o sistema judicial, sua evolução através de mecanismos de mercado e o papel a ser desempenhado pelo Estado.

4.3 DEMANDAS DE VALOR ESPERADO NEGATIVO

A terceira frente de pesquisa é a das chamadas “demandas de valor esperado negativo”, que tem sua inquirição acadêmica motivada por um aparente paradoxo descrito por Luiz Fux e Bruno Bodart, em seu livro *Processo Civil e Análise Econômica* (2020):

O efetivo ajuizamento de demandas de valor esperado negativo chama a atenção do ponto de vista da teoria econômica, pois parece contrariar a racionalidade dos agentes. De um lado, o autor não ajuizaria a ação porque isso causaria um prejuízo a si próprio; sabendo disso, o réu, por sua vez, não firmaria

qualquer tipo de acordo. (FUX; BODART, 2020, p. 89)

Steven Shavell (1985), então, descreve um dos cenários que ensejam o surgimento de tais demandas, nas quais custos significativos para defesa do réu implicam na probabilidade de o autor obter um acordo favorável, ainda que o valor esperado da demanda seja negativo:

[...] the plaintiff may choose to *file a claim* at some (presumably small) cost. If the defendant does not *settle* with the plaintiff and does not, at a cost, *defend* himself, the plaintiff will prevail by default judgement. If the defendant does defend himself, however, *the plaintiff then may either withdraw or may, at a cost, litigate*, resulting in a favorable verdict only with a probability (and a low one if his case is weak). [...] The feature of the model of primary interest was the ability of the plaintiff cheaply to place the defendant in a position where he would lose unless he engaged in a costly defense. (SHAVELL, 1985, p. 3-9, grifo nosso)

Nota-se, porém, que a conclusão do modelo supracitado está ancorada na possibilidade de o autor desistir da demanda após o réu apresentar sua defesa. Em nosso ordenamento, tal possibilidade é obstada sem consentimento do réu por força do §4º, art. 485 do CPC⁹. O autor, porém, faz a seguinte ressalva em sua conclusão para defender os resultados apresentados diante de diferentes conformações legais:

It should be emphasized as well that the model does not have to be interpreted in so literal a sense for its point to be relevant. All that need be true is that the plaintiff be able to prevail with high probability unless the defendant spends a large amount defending himself. (SHAVELL, 1985, p. 10)

Um subgrupo das “demandas de valor esperado negativo” é composto pelas “demandas frívolas”, aquelas cujo intento único é causar dano ao réu através do próprio processo e que, portanto, tem correspondência direta no ordenamento pátrio

⁹ “Art. 485 O Juiz não resolverá o mérito quando: [...]”

§4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.”

com a litigância de má-fé prevista no art. 79 do CPC¹⁰. Em pesquisa realizada por Valerie P. Hans e William S. Lofquist (1992, apud A. Mitchell Polinsky, Daniel L. Rubinfeld, 1993, p. 397), 83% dos jurados em casos onde empresas ou corporações eram réus indicaram que “concordavam/fortemente concordavam” com a afirmação de que “existem muitos processos frívolos hoje”, e apenas 5% “discordavam/fortemente discordavam”. A busca pela caracterização de sanções capazes de coibir tais demandas frívolas perpassa as seguintes controvérsias elencadas por A. Mitchell Polinsky e Daniel L. Rubinfeld (1993):

- Should sanctions be allowed, given that they increase complexity, and therefore the cost, of litigation?
- Assuming that sanctions are allowed, should the amount of the penalty be based on the goal of compensating the nonfrivolous party for litigation expenses, or on the goal of deterring potential frivolous litigants?
- If the penalty is based on the deterrence goal, should some or all of the penalty be given to the court or to the general treasury rather than to the opposing party?
- Since sanctions might be imposed by mistake, will they discourage some legitimate plaintiffs from suing, given the risk of being found frivolous?
- If sanctions are not allowed, are there alternative policies that can discourage frivolous litigation? (POLINSKY, 1993, p. 400-401)

Através de um modelo econômico de litigância, os autores respondem a tais questões e elencam algumas das características das sanções capazes de coibir demandas frívolas, dentre as quais: o foco das sanções deve ser o desincentivo às demandas frívolas; o ressarcimento deve ser um múltiplo dos custos incorridos pela parte lesada; o ressarcimento deve, além da parte, abarcar os respectivos custos do sistema judicial; e, finalmente, deve-se levar em consideração a probabilidade de erros judiciais na determinação das sanções. É o que se depreende do seguinte trecho:

¹⁰ “Art. 79 Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

– Sanctions should be used to promote the goal of deterring frivolous litigation, rather than promote the goal of compensating nonfrivolous parties for their litigation costs. –The payment to the nonfrivolous party should be a multiple of that party’s cost of bringing an action against the frivolous party [...] –The penalty paid by the frivolous party generally should be higher, with the excess paid to the court or the general treasury. (In other words, sanctions should be decoupled.) –The award in the initial trial often should be raised to offset the adverse effects on legitimate plaintiffs of mistakes in the sanctioning process. (POLINSKY, 1993, p. 425)

Ainda, caso as sanções não sejam passíveis de implementação, a seguinte alternativa, que trata da distribuição de custos processuais (e.g. regra inglesa, que impõe maior ônus ao perdedor), também possui fundamentação microeconômica para o desincentivo às demandas frívolas:

[...] if sanctions are not used because of their greater complexity and cost, there are two alternatives that also can deter frivolous suits: a version of the English rule of fee allocation and the decoupling of liability in the initial trial. (POLINSKY, 1993, p. 402)

Conclui-se com a constatação de que o ferramental teórico-metodológico da AED (e.g. Teoria dos Jogos) torna possível a modelagem e análise do fenômeno das demandas de valor esperado negativo e frívolas, conferindo ao Direito Processual um mecanismo para devida identificação e trato destas.

4.4 PRODUÇÃO PROBATÓRIA

A quarta frente de pesquisa a ser destacada lida com a produção probatória e, conseqüentemente, com o grau de certeza envolto nas decisões judiciais sob o prisma da eficiência. Ao tratar desta matéria, Steven Shavell (1989) descreve a dualidade inerente à busca por sanções ótimas que garantam a devida apresentação de evidências pelas partes e cooperação no transcurso do processo:

The first point, that when individuals are known to be able to

provide a type of evidence, it will be optimal to threaten to impose high sanction to induce them to provide the evidence, seems roughly consistent with reality. [...] The other, that when individuals are able to provide a type of evidence it is not optimal to impose very high sanctions, helps to resolve what may fairly be regarded as a puzzle. [...] Were high sanctions for silence generally employed to obtain evidence, many individuals would turn out to suffer the sanctions (those who had not mentioned their plans to friends, those who did not know the identity of witness, and so forth), which would be undesirable. (SHAVELL, 1989, p. 9-10)

Assim, ainda que por um lado, sanções severas impliquem em maior probabilidade de obtenção de evidências devidas, por outro, os custos da aplicação errônea de tais sanções as limitam. Conclui-se a partir desta análise, portanto, que o nível das sanções processuais é indissociável da probabilidade de aplicação indevida das mesmas.

Ainda no que tange à produção probatória, parte relevante da literatura reside nas comparações entre os sistemas inquisitorial e adversarial (os quais se diferenciam pelo papel desempenhado pelo juiz perante a condução do processo e, em especial, a produção probatória). A título de exemplo, temos os trabalhos realizados por Chris W. Sanchirico (2006) e por Richard A. Posner (1999), onde são traçadas as seguintes considerações:

The economic literature that explicitly compares adversarial and inquisitorial process has generally cast the comparison as a trade-off between the number of sources of information and the purity of each. Adversarial process offers two (or more) sources of evidence to the inquisitor's one. But inquisitorially gathered evidence is not as subject to party manipulation. (SANCHIRICO, 2006, p. 32)

It might seem that our searcher-judge would be an extremely efficient searcher, because of selection, training, and experience. But maybe not. Since it is difficult to evaluate legal fact-finding and thus to criticize a judge for having made erroneous findings or praise him for good ones, the judge's incentive to exert himself to do a good job will be limited. [...] Because trial lawyers are compensated directly or indirectly on the basis

of success at trial, their incentive to develop evidence favorable to their client and to find the flaws in the opponent's evidence is very great [...]. (POSNER, 1999, p. 1488)

Logo, a AED fornece o estofamento teórico capaz de identificar e devidamente tratar o “trade-off” existente entre o número de fontes probatórias e a fidedignidade das provas coletadas, bem como os incentivos para juízes e advogados intrínsecos à dinâmica processual.

Ainda no que diz respeito à AED e à produção probatória, a produção antecipada de provas é outro tema que merece destaque, estando prevista, inclusive, no art. 381 do CPC¹¹ (dando-se enfoque, sobretudo, aos seus incisos II e III que trazem paralelo direto com a análise econômica e o fenômeno da assimetria de informação). Relacionando esta matéria com aquela das demandas frívolas, Luiz Fux e Bruno Bodart (2020) tecem a seguinte lição:

No caso em que as demandas frívolas ocorrem por assimetria de informação, são desejáveis políticas que alcancem maior intercâmbio de informações entre as partes, limitando a capacidade de uma delas de esconder suas informações privadas sobre o caso. [...] Com efeito, a ameaça crível de submissão à produção preliminar de prova faz com que o potencial autor frívolo aceite um acordo por um valor mais reduzido ou mesmo que desista de ajuizar a demanda. (FUX; BODART, 2020, p. 107)

Assim, a produção antecipada de provas, ao conceder maior informação às partes antes do litígio ser de fato instaurado, viabiliza não apenas uma redução de demandas frívolas, mas também aumenta as chances de obtenção de acordo. Um contraponto à distensão dos limites da produção antecipada de provas, cujo foco recai sobre o instituto do “discovery” que vigora no

¹¹ “Art. 381 A produção antecipada de provas será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

Direito anglo-saxônico, é feito por Joel L. Schrag (1999) ao discorrer acerca da pertinência de um maior controle judicial:

Proponents of managerial judging identify abuse of the pretrial discovery privilege as a main cause of both high litigation costs and the slow resolution of disputes. As a result, judicial intervention into pretrial discovery has been a key component of managerial judging. [...] In particular, these rule changes gave judges an expanded arsenal of tools that they can use to limit the scale and the scope of litigants' discovery. (SCHRAG, 1999, p. 305-306)

Assim, o contraponto do autor reside no fato de que o uso indevido da produção antecipada de provas é capaz de aumentar os custos do litígio e distender em demasia a duração total do processo.

Ainda, a AED fornece um prisma de análise singular sobre a definição do ônus da prova entre as partes e sua influência sobre o funcionamento do sistema processual. Desta forma, Bruce L. Hay e Kathryn E. Spier (1997) destacam, através da modelagem microeconômica de um sistema adversarial, que a distribuição devida do ônus reduz o custo esperado de um processo ao otimizar o fluxo de informação no sistema. Louis Kaplow (2011), por sua vez, traça a seguinte reflexão acerca da definição do ônus da prova e o contraste entre a inibição de comportamentos desejáveis e a barreira às condutas deletérias:

All systems of adjudication must determine how high to set the burden of proof: the strength of evidence required for the imposition of sanctions, award of damages, or provision of other forms of relief. [...] primary purpose and effect of decisions and resulting actions are the creation of ex ante incentives. The prospect of correct imposition of sanctions deters harmful activity; mistaken exoneration dilutes it. Moreover, the expectation that sanctions will sometimes be mistakenly applied to benign acts tends to chill desirable behavior. Consider, for example, antitrust, where misapplication of sanctions may discourage efficient, procompetitive behavior [...] The evidence threshold is set to equate the marginal effects of deterring harmful acts and chilling benign acts. The benefit of deterring a harmful act falls at the margin whereas the cost of chilling a

benign act rises. (KAPLOW, 2011, p. 1104-1106)

Por fim, reitera-se, à semelhança do que ocorrera nos exemplos anteriores e também como característica própria da AED, o foco dado aos incentivos criados pelas regras processuais e os “trade-offs” inerentes a elas.

5. CONCLUSÃO

O trajeto histórico seguido pela Análise Econômica do Direito (AED) demonstra a relevância e o potencial que a disciplina possui para a construção de um Direito alicerçado em sólidas bases teóricas e métodos empíricos consolidados.

Testemunho direto de tal relevância, tanto no país quanto no exterior, é dado pela ascensão da produção doutrinária (cujo efeito pode ser aferido pelo fato da AED ter sido considerada a principal referência, em termos de citações, nas publicações especializadas de Direito nos Estados Unidos), pela presença ante os julgados das cortes superiores (no Brasil, há de se destacar o número crescente de citações e posicionamentos alicerçados na disciplina) e pela definição dos rumos de reformas legais estruturais, como ocorreu com a Lei de Falências e o novo Código de Processo Civil (que confluíram, em particular, para redução do custo do crédito de longo prazo e maior eficiência do processo pátrio).

Em se tratando do Direito Processual, o ferramental da Teoria dos Jogos e de Informação Assimétrica, em particular, e da Teoria Econômica, em geral, aliado à Econometria, mostra-se capaz de fazer frente aos desafios impostos pelo congestionamento do Poder Judiciário com aumento efusivo no número de processos nas últimas décadas, além das questões relacionadas à produção probatória, vieses cognitivos, sistema recursal, incentivos processuais, litigância de má-fé e “alternative dispute resolution” (ADR).

Ressalta-se, ainda, o fato de que, no Brasil, a vertente da AED voltada ao Direito Processual – Análise Econômica do

Direito Processual (AEDP) – possui relativa envergadura quando comparada às demais áreas, o que ocorre em virtude do número significativo de pesquisadores, juristas e magistrados que se dedicam ao avanço da mesma.

Conclui-se, por fim, afirmando-se que o vigor com que a AED evoluirá no país está precipuamente atrelado à sua adoção e construção perante a Academia, movimento este que o presente artigo busca fortalecer.



REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Aloísio P.; Rafael V. X. Ferreira; Bruno Funchal. The Brazilian Bankruptcy Law Experience. In: *Journal of Corporate Finance*, v. 18, nº 4, p. 994-1004. Elsevier Science, 2012.
- BAR-GILL, Oren. The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation. In: *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 22, p. 490-507. Oxford University Press, 2006.
- BECCARIA, C. *On Crimes and Punishments, and Other Writings* (1767). Editor R. Bellamy. Tradutor R. Davies. Cambridge University Press, 1995.
- BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. In: *Journal of Political Economy*, v. 76, nº 2, p. 169-217. University of Chicago Press, 1968.
- BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789). In: *The Utilitarians*. Anchor Books, 1973.
- CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. 1ª ed. Yale University Press, 1970.
- CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics*. 1ª ed.

- Yale University Press, 2016.
- CAON, Guilherme Maines. *Análise Econômica do Direito: Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale dos Sinos, 2020.
- COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. In: *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44. University of Chicago Press, 1960.
- COASE, Ronald H. *The Firm, The Market and The Law*. 1ª ed. University of Chicago Press, 1988.
- COOTER, Robert; Thomas Ulen. *Law and Economics*. 6ª ed. Prentice Hall, 2011.
- DJANKOV, Simeon; R. La Porta; F. Lopez-de-Silanes; A. Shleifer. *Courts*. In: *Quarterly Journal of Economics*, v. 118, nº 2, p. 453-517. Oxford University Press, 2003.
- DEMSETZ, H. *Toward a Theory of Property Rights*. In: *The American Economic Review*, v. 57, nº 2, p. 347-359. American Economic Association, 1967.
- FUX, Luiz; Bruno Bodart. *Notas sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito*. In: *Revista de Processo*, v. 269, p. 421-432. Thomson Reuters, 2017.
- FUX, Luiz; Bruno Bodart. *Processo Civil e Análise Econômica*. 1ª ed. Editora Forense, 2020.
- GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. 1ª ed. Editora Foco, 2020.
- HAY, Bruce L.; Kathryn E. Spier. *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 26, nº 2, p. 413-431. University of Chicago Press, 1997.
- KAPLOW, Louis. *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 23, p. 307-401. University of Chicago Press, 1994.
- KAPLOW, Louis. *On the Optimal Burden of Proof*. In: *Journal of*

- Political Economy, v. 119, nº 6, p. 1104-1140. University of Chicago Press, 2011.
- KAPLOW, Louis. Optimal Multistage Adjudication. In: The Journal of Law, Economics, and Organization, v. 33, nº 4, p. 613-652. Oxford University Press, 2017.
- LANDES, William M.; Richard A. Posner. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. In: The Journal of Law and Economics, v. 19, nº 2, p. 249-307. University of Chicago Press, 1976.
- LANDES, William M.; Richard A. Posner. Adjudication as a Private Good. In: The Journal of Legal Studies, v. 8, nº 2, p. 235-284. University of Chicago Press, 1979.
- LANDES, William M.; Richard A. Posner. The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study. In: The Journal of Law and Economics, v. 36, nº 1, p. 385-424. The University of Chicago Press, 1993.
- MELMAN, Ana Carolina. Análise Econômica no Processo Civil Brasileiro: Limites e Possibilidades. 1ª ed. Lumen Juris, 2019.
- PIGNANELI, G. Análise Econômica da Litigância. 1ª ed. Lumen Juris, 2019.
- PINHEIRO, Armando Castelar; A. J. Maristrello Porto; Patrícia R. P. Sampaio, coordenadores. Direito e Economia: Diálogos. 1ª ed. Editora FGV Direito Rio, 2019.
- POLINSKY, A. Mitchell; Daniel Rubinfeld. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis. In: The Georgetown Law Journal, v. 82, p. 397-435. Georgetown University Law Center, 1993.
- POLINSKY, A. Mitchell; Steven Shavell, coordinators. Handbook of Law and Economics, v. 1. 1ª ed. North Holland, 2007a.
- POLINSKY, A. Mitchell; Steven Shavell, coordinators. Handbook of Law and Economics, v. 2. 1ª ed. North Holland, 2007b.
- PORTO, A. Maristrello; Nuno Garoupa. Curso de Análise Econômica do Direito. 1ª ed. Editora Atlas, 2020.

- POSNER, Richard A. The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987. In: *Harvard Law Review*, v. 100, nº 4, p. 761-780. Harvard Law Review Association, 1987.
- POSNER, Richard A. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *Stanford Law Review*, v. 51, nº 6, p. 1477-1546. *Stanford Law Review*, 1999.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6ª ed. Aspen Publishers, 2003.
- SANCHIRICO, C. William. The Economic Analysis of Evidence, Procedure, and Litigation. In: University of Pennsylvania Institute for Law & Economics, Paper nº 06-04. 2006.
- SCHRAG, Joel L. Managerial Judges: An Economic Analysis of the Judicial Management of Legal Discovery. In: *The RAND Journal of Economics*, v. 30, nº 2, p. 305-323. The RAND Corporation, 1999.
- SHAVELL, Steven; D. Rosenberg. A Model in which Suits are Brought for their Nuisance Value. In: *International Review of Law and Economics*, v. 5, nº 1, p. 3-13. Elsevier Science, 1985.
- SHAVELL, Steven. Optimal Sanctions and the Incentive to Provide Evidence to Legal Tribunals. In: *International Review of Law and Economics*, v. 9, nº 1, p. 0-11. Elsevier Science, 1989.
- SHAVELL, Steven. Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 24, nº 1, p. 1-28. University of Chicago Press, 1995a.
- SHAVELL, Steven. The Appeals Process as a Means of Error Correction. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 24, nº 2, p. 379-426. University of Chicago Press, 1995b.
- SHAVELL, Steven. The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement. In: *International Review of Law and Economics*, v. 19, p. 99-115. Elsevier Science, 1999.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. 1ª

- ed. Harvard University Press, 2004.
- SPIER, Kathryn E. A Note on the Divergence Between the Private and the Social Motive to Settle Under a Negligence Rule. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 26, p. 613-621. Chicago University Press, 1997.
- SPIER, Kathryn E. Litigation. In: *Handbook of Law and Economics*, v. 1, p. 259-342. 1ª ed. North Holland, 2007.
- STIGLER, George J; Claire Friedland. What Can Regulator Regulate? The Case of Electricity. In: *The Journal of Law and Economics*, v. 5, p. 1-16. University of Chicago Press, 1962.
- STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. In: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, nº 1, p. 3-21. The RAND Corporation, 1971.
- TIMM, Luciano Benetti, coordenador. *Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. 1ª ed. Editora Foco, 2019.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2020.