

## ARTIGOS

### ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, DEMANDAS FRÍVOLAS E CUSTO PROCESSUAL

#### ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, FRIVOLOUS CLAIMS AND PROCEDURAL COSTS

*Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte*

Pós-doutor pela UERJ sob orientação do Min. Luiz Fux. Pos-doutorando pela USP - Universidade São Paulo (2023- em andamento). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2013), Doutorado em Direito pela Universidade de Salamanca (2019) revalidado pela UERJ em 2020 (Direito Processual - Cidadania, Estado e Globalização). Juiz de Direito do TJERJ.

*Rafael D'Avila Matias Ferreira*

Servidor Público Concursado da UERJ. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

**Resumo:** Trata da Análise Econômica do Processo, metodologia inserida na Análise Econômica do Direito (AED) e que aplica a teoria microeconômica ao exame de normas e instituições jurídicas, com o objetivo de obter a eficiência das normas jurídicas. A Análise Econômica do Processo busca tornar o processo judicial mais eficiente, criar um ambiente decisório com alocação de recursos para gerar o maior benefício possível, promovendo o direito material e os interesses da sociedade.

**Palavras-Chave:** Direito e economia. Análise econômica do processo. Processo civil. Direito processual. Economia comportamental.

**Abstract:** Process Economic Analysis is a methodology within the Economic Analysis of Law (ERA). This is a methodology that applies microeconomic theory to the examination of legal rules and institutions in order to obtain the efficiency of legal rules. More specifically, the process economic analysis seeks to make the judicial process more efficient, that is, to create a decision-making environment with resource allocation to generate the greatest possible benefit, promoting the substantive law and the interests of society.

**Keywords:** Law and economics. Economic analysis of process. Civil procedure. Procedural law. Behavioral economics.

## 1. INTRODUÇÃO

Na segunda metade do século XX, mais especificamente na década de 70, surgiram três escolas de pensamento: a Análise Econômica do Direito (AED) ou Law and Economics, em que se analisava o direito sob a perspectiva econômica; a Escola Crítica do Direito ou Critical Legal Studies (CLS), em que se analisava o direito sob a perspectiva política; e as “rights-based”, que são as teorias construídas pela filosofia moral e política, a exemplo de autores como John Rawls e Ronald Dworkin, que buscavam os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.

A Análise Econômica do Direito ou Law and Economics é um movimento que combina as ciências econômica e jurídica em um estudo interdisciplinar, aplicando a teoria microeconômica neoclássica do bem-estar para analisar e reformular as instituições particulares e o sistema jurídico em seu conjunto (PACHECO, 1994, p. 25).

O movimento crítico ou Critical Legal Studies polariza-se na perspectiva política e insurge-se contra todas as visões e soluções, inclusive contra a Análise Econômica do Direito, razão de seu papel desmistificador, apresentando alternativa por meio da utilização

de argumentos derivados da filosofia política e social com influência de autores marxistas e de autores variados, como Nietzsche, Habermas, Foucault e Rorty (PACHECO, 1994, p. 174). Para o movimento, o Direito seria uma instituição social e não um conjunto normativo, um aspecto de estrutura social justificaria o uso de argumentos da filosofia social e política (PACHECO, 1994, p. 175-176).

Sobre as teorias rights based, no final da década de 1950, ficou claro que o utilitarismo, ao exaltar o bem-estar agregado e diluir as noções de certo e errado, não servia para dar expressão teórica ao movimento das liberdades civis. Os filósofos morais e políticos começaram a reagir contra o utilitarismo desenvolvendo ideias emprestadas das teorias contratualistas e das teorias dos direitos naturais que prevaleceram na filosofia ocidental antes do surgimento do utilitarismo, sendo a Teoria da Justiça de J. Rawls o ponto de inflexão (SPECTOR, 2003, p. 12).

Alejandro Bugallo Alvarez, corroborando os conceitos de Pedro Mercado Pacheco, afirma que a Análise Econômica do Direito e o Movimento Crítico possuem pontos muito semelhantes. Primeiro, ambos os movimentos (AED e CLS) rejeitam a ideia de direito

---

autônomo em relação às realidades sociais. O segundo ponto de convergência entre os dois movimentos é a interdisciplinaridade: analisar a realidade jurídica com métodos de outras disciplinas (economia e política). Como terceiro ponto em comum, tem-se que os dois movimentos assumem as teses do realismo no que diz respeito à crítica da jurisprudência tradicional, à desconstrução do pensamento legal clássico por meio do entendimento das normas como fatos, ou seja, as normas jurídicas são apenas previsões do que os tribunais efetivamente fazem.

O movimento realista rejeita a autonomia e afirma que: a) o direito é cambiante, sendo as decisões judiciais a prova dessa mutabilidade; b) cada setor do Direito é um meio para finalidades sociais específicas; c) a sociedade muda constantemente; d) as decisões judiciais são motivadas por meio de um processo de racionalização de análise das decisões anteriores; e) cada setor é valorado conforme seus efeitos reais (PACHECO, 1994, p. 183).

Entre as diferenças, podem ser mencionadas as relativas à concepção da natureza do direito e da conduta humana e à crítica ao modelo dominante de teoria e ensino do direito. No que concerne à natureza do direito e da conduta

humana para a AED, cada indivíduo busca racionalmente seus interesses, dessa forma, na perspectiva econômica, o Direito é um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes. Enquanto no CLS a conduta está atrelada à ideologia que justifica as desvantagens e os privilégios existentes como consequência da escolha racional privada do indivíduo.

Na crítica ao modelo dominante de teoria e ensino do Direito, o CLS sustenta que há uma ideologia que cria e legitima as desigualdades econômicas e sociais, assim as decisões jurídicas e a teoria jurídica tradicional são indeterminadas, sem objetividade e sem inexistir neutralidade; enquanto o AED reconhece a imperfeição do pensamento dominante em seus objetivos e métodos de estudo, porém justifica que tais teorias podem ser complementadas com mais objetividade e precisão na tomada de decisões (aplicar critérios econômicos de eficiência ou maximização da riqueza como modelo ético para definir se uma decisão é justa ou não), semelhante à racionalidade da Common Law, baseada no princípio da eficiência econômica (PACHECO, 1994, p. 176-177).

## 2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A AED é uma metodologia de aplicação da teoria microeconômica ao exame de normas e instituições jurídicas, compreendendo o processo de escolha dos indivíduos ou da coletividade, nas perspectivas racionais que tendem, em regra, seguir um padrão comum, com o objetivo de obter a eficiência das normas jurídicas, verificando se os respectivos objetivos foram atingidos (CATÃO; VALE, 2021, p. 323-338).

A AED é a interseção profícua do Direito com a Economia, duas áreas do saber que estudam o comportamento humano nas escolhas feitas pelos indivíduos, sendo distintas no objeto de estudo: a) Direito: sobre matérias envoltas na criação de uma lei justa, efetiva e eficiente; e b) Economia: compreensão dos ciclos de crescimento econômico (DOGNINI; PEREIRA, p. 1.478-1.479, 2021).

Entre as principais características dessa metodologia, estão: a) interdisciplinaridade; e b) eficiência (ALVAREZ, 2006, p. 17-20). Outros autores mencionam cinco importantes conceitos da Economia presentes na AED: a) escassez: quando se está diante de recursos escassos devem ser analisados as escolhas e sacrifícios legislativos e judiciais; b)

maximização racional: avaliação e escolha dos maiores benefícios com menores custos (analisando desde a opção legislativa, incentivo para ajuizamento de ação judicial, até a decisão); c) equilíbrio: padrão alcançado após todos os atores maximizarem simultaneamente seus interesses (durante a elaboração da lei, negociando um acordo, ou na obtenção da decisão judicial); d) incentivo: preços implícitos que induzem um comportamento de escolher determinada conduta (como o ajuizamento ou não de uma ação judicial); e) eficiência: maximização de ganhos e minimização de custos (aferir constitucionalidade de lei ou impacto financeiro e social da decisão) (SALAMA, 2017).

Na primeira fase da AED, também chamada de Escola de Chicago, Posner, em 1973, entendia que as teorias e os métodos da Economia deveriam ser aplicados no Direito para maximização de riquezas e que as soluções aos problemas jurídicos seriam encontradas por meio de conceitos da teoria econômica. Apesar do movimento ter surgido com viés mais pragmático, originou um formalismo interdisciplinar onde possuía pretensões de deduzir características do direito a partir da economia (ARRUDA, 2011, p. 71).

Na segunda fase da AED, escola de New Haven, volta-se a uma aplicação mais pragmática flexibilizando-se o modelo econômico a fim de buscar um equilíbrio entre custo e benefício das decisões jurídicas (D'ÁVILA; GONÇALVES, 2019, p. 3). Nessa fase, consolida-se a ideia de que não existem respostas certas no Direito e a maximização de riquezas não pode ser fundamento jurídico (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 163). O Direito deve deixar de ser hermético, formal, em contraponto à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (MONTORO, 2016, p. 90).

Um ponto importante no estudo de economia comportamental é a arquitetura decisória. Na AED, existem defensores da ideia de uma regulação comportamental paternalista e libertária concomitantemente, ou seja, libertária porque as pessoas devem ser livres para escolher (respeito a autonomia individual e responsabilidade pelas escolhas de cada um), porém paternalista porque as decisões podem ser prejudiciais à própria pessoa que as escolheu (muitas vezes por falta de informação e de habilidades de leitura do contexto). Assim, a arquitetura decisória busca melhorar a qualidade de análise de escolha. No

entanto, não é substituir a vontade do indivíduo, mas sim dar um direcionamento fácil de ser revertido, “pré-escolha”. A arquitetura decisória é utilizada pelo Parlamento britânico (House of Lords). Onde há diversos tipos de intervenções nas escolhas do indivíduo dentro das seguintes categorias: a) medidas regulatórias; b) medidas fiscais; c) medidas não regulatórias e não fiscais (AMATO, 2021).

Nas medidas regulatórias do indivíduo, existem os tipos de intervenção: a) eliminar escolhas (proibições/obrigatoriedades); e b) restringir escolhas (diminuir as opções disponíveis).

Nas medidas fiscais dirigidas ao indivíduo que guiam e permitem escolhas: a) desincentivos fiscais; b) incentivos fiscais.

Nas medidas não regulatórias e não fiscais temos somente intervenções que buscam guiar e permitir escolhas: a) incentivos e desincentivos não fiscais (prêmios e penas); b) persuasão; c) arquitetura de escolha: c.1) prover informações; c.2) mudanças no ambiente físico; c.3) mudanças na opção padrão; e c.4) uso de normas sociais (pressão dos pares).

Um exemplo de como aplicar esses conceitos é quando um hotel quer incentivar as pessoas a reutilizarem as toalhas para economia

ambiental e financeira. Implorar a colaboração dizendo que poucos reutilizam é a pior forma de incentivar. O melhor incentivo é enfatizar que a maioria dos hóspedes já aderiu à prática e expor dados precisos.

Thaler e Sunstein alertam que a forma de comunicar as “normas sociais” importam tanto quanto o conteúdo. Em experimento na Califórnia, com o objetivo de reduzir o consumo de energia da população, notificaram a todos sobre os próprios gastos em relação à média de consumo da região. Apesar de os consumidores acima da média reduzirem o consumo, os abaixo da média aumentaram, o que anulou qualquer economia. No entanto, quando a notificação da média foi personalizada com apelo emocional, com utilização de símbolo (emoticon) com expressão triste era usado para os que gastavam acima da média de consumo e o símbolo com expressão feliz para os que gastavam abaixo da média de consumo, induziu-se o comportamento esperado: os consumidores acima da média reduziram o consumo ainda mais, e os abaixo da média não aumentaram o consumo.

Em relação à utilização da AED nas decisões judiciais, ressalta-se que se iniciou,

nos casos complexos (*hard cases*), ação similar a realizada na interpretação teleológica ou finalista, contudo, na construção da decisão, era utilizado o raciocínio consequencial, se a consequência da decisão era um resultado contrário ao resultado pretendido pelo legislador, então deveria ser rejeitada (SALAMA, 2017).

## 2.1 CRÍTICAS GERAIS DA ECONOMIA

Hans Kung, ao analisar a aplicação da Economia ao Direito contemporâneo, elenca diretrizes a serem seguidas por todas as sociedades, apresentando uma ética global, com o objetivo de coibir o tratamento de seres humanos como mercadorias, e assevera “que os teóricos europeus clássicos da economia e sociedade, não ofereciam uma visão economicista, mas situavam a economia e a política num contexto social e ético global”, inclusive autores, como Platão, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino e Adam Smith (KÜNG; 2000, p. 59).

O autor ao analisar a ética global com valor economicista chega a algumas conclusões sobre a AED: a) “os imperativos da realidade não podem assumir-se como dado quase natural, mas devem questionar-se” (KÜNG; 2000,

p. 59); b) as normas internas que conduzem situações de conflito ético não devem ser consideradas leis naturais imutáveis, mas sim mecanismos de mercado mutáveis corrigidos politicamente (KÜNG; 2000, p. 60); c) a força normativa do fático não deverá ser referendada pela economia por meio do reconhecimento das relações de poder vigentes, mas deve regular-se pelas normas institucionais de controle do poder corporativo, pela transformação das estruturas de poder e da ordenação social global do poder ou por uma ética contrafática (KÜNG; 2000, p. 60).

Ademais, o autor aponta a mudança do mundo para uma economia mundial policêntrica sujeita a condições globais. Assim, torna-se imprescindível a distinção entre política e economia, entre ideais e realidades. Ele indica também que as normas éticas da economia não são fixas, mas mutáveis, sendo construídas no decorrer da história com base em exigências, prioridades e necessidades vitais (KÜNG; 2000, p. 60-61).

Por fim, afirma que o reducionismo das soluções dos problemas jurídicos a uma solução de ganho ou sentimento é ingênua e menciona que uma ética da eficácia sem princípios, embora recomendada por consultores, não

é uma ética, mas uma técnica. Portanto, não é válida, para um ordenamento econômico mundial, a ética do êxito dos economistas realistas para os quais o ganho justifica todos os meios. Aqui a aspiração justificada do ganho eleva-se à categoria de um dogmático princípio da ganância ou inclusive do princípio da maximização da ganância (KÜNG; 2000, p. 61).

Não obstante, há uma visão normativa (eficientista) da Análise Econômica do Direito que apresenta duas vertentes de pensamento: a) uma matriz teórica de origem (a nova economia institucional); e, diametralmente oposto, b) novas abordagens à tomada de decisões em situação de escassez. Komesar ensina que as escolhas econômicas enfrentam diferentes constrangimentos conforme sejam submetidas aos métodos decisórios típicos da burocracia, da política ou do mercado (KOMESAR, 1996). Essas escolhas, por outro lado, envolvem variáveis psicológicas do comportamento individual que não podem ficar subordinadas à teoria do homo economicus, a ficção do agente plenamente informado e racional (THALER, 2008).

## 2.2 CRÍTICAS ESPECÍFICAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

### 2.2.1 INTERDISCIPLINARIDADE

O direito brasileiro é nitidamente multidisciplinar, como se observa na Lei Federal n. 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), que possui diretrizes fundamentadas em conhecimentos da psicologia (CATÃO; VALE, 2021). Inclusive, mesmo nos trabalhos de Hans Kelsen, em que se buscava uma “teoria pura do direito” (o que é diferente de um “direito puro”), é reconhecido um caráter multifacetado do próprio direito, a contribuição de outras áreas do saber (CATÃO; VALE, 2021).

Alvarez, ao apontar as principais críticas ao caráter interdisciplinar da AED, menciona dois autores pertinentes, Pacheco e Vazquez (VAZQUEZ, 2000, p. 62).

Pacheco explica que a AED soluciona toda decisão jurídica com critérios exclusivamente econômicos. Isso porque converte a teoria econômica no único conhecimento relevante no estudo do Direito (paradigma do homo economicus), sendo o sistema de mercado o modelo de decisão a ser seguido e a eficiência econômica o único valor social. Assim, a economia torna-se um princípio de explicação e justificação última de toda decisão (sistema

jurídico como instrumento que produz e reproduz racionalidade material de tipo econômico, ou seja, maximização da riqueza).

Vazquez, por sua vez, critica aplicar conceitos e metodologias da Economia em assuntos legais. Inclusive, informa que tal prática não é aceita pelos adeptos das teorias advindas do conceito de validade das normas e da distinção entre ser e dever ser (seguidores de Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Hebert Hart), tampouco é aceita por adeptos da tese da conexão entre direito e moral e fundamentação racional e objetiva da justiça (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Ernesto Valdés, Carlos Nino e outros autores inspirados pelas ideias de John Rawls e Habermas) (VAZQUEZ, 2000, p. 62).

### 2.2.2 EFICIÊNCIA

Sobre o caráter da eficiência, Alvarez menciona as críticas de Buchanan, Posner Vazquez, Fiss, e Cooter Ullen.

Buchanan critica a priorização da eficiência, defendendo que: a) a lei não deve ser uma variável instrumental para maximizar riqueza; e b) as decisões econômicas não devem ser realizadas por juízes, pois eles não possuem treinamento e informação adequada (POSNER, 2000, Richard. 230; BUCHANAN, 2000, p. 62).

---

No mesmo sentido, Owen Fiss, citado por Vazquez, afirma que não pode incumbir ao juiz um resultado eficiente, pois o juiz, muitas vezes, não conhece o conceito nem aplicou o direito pensando na eficiência (VAZQUEZ, 2000, p. 207 apud ALVAREZ, 2006, p. 62).

Posner, inclusive, afirma que o que o juiz pode fazer é estabelecer regras que maximizem a dimensão do bolo econômico, no entanto, a repartição deve ser atribuição da gestão (legislativo e executivo) (VAZQUEZ, 2000, p. 207 apud ALVAREZ, 2006, p. 62).

Fiss questiona essa afirmação de Posner, informando que a maximização, ainda que seja racional, pode possuir objetivos antissociais ou meios imorais, ou seja, mesmo que seja racional, do ponto de vista da teoria econômica, não será razoável (VAZQUEZ, 2000, p. 207 apud ALVAREZ, 2006, p. 62).

Alvarez arremata, citando Vazquez, que afirma que a eficiência é instrumental e não prioritária. Isso se deve porque os indivíduos razoáveis estão inseridos na sociedade conforme as normas e convenções de uma comunidade, portanto seus fins são congruentes com os valores compartilhados e sua busca se coaduna com as normas do grupo.

Por fim, Alvarez exemplifica que a eficiência social buscada na teoria econômica deve ser aplicada com parcimônia, visto que o utilitarismo que rege essa teoria propõe a máxima: a maior felicidade para o maior número de pessoas, consagrando uma lógica de resultados e uma ética finalística ou teleológica. Assim, o utilitarismo causa alguns problemas, como a falta de proteção das minorias e da justificação da escravidão.

Esse é o princípio “Ótimo de Pareto”, que é um critério que exige unanimidade para a escolha de procedimentos de decisão social. Em outras palavras, uma decisão é ótima quando todos declaram unanimemente as demais opções como piores.

Ocorre que, na prática, cada indivíduo da sociedade: i) tem o direito de vetar qualquer decisão social ainda que seja melhor; ii) mantém o *status quo*, pois a situação existente e o ponto de partida não são questionados; iii) é sensível aos problemas da justiça distributiva (CASAMIGLIA, 1987, p. 273 apud ALVAREZ, 2006, p. 63).

Em suma, para grande parte dos economistas, o único requisito exigível de um sistema, mesmo o jurídico, é sua eficiência em vez da moral. Posner resume essa ideia como

conceito adequado de justiça (CASAMIGLIA, 1987).

### 2.2.3 LIMITAÇÕES COMPORTAMENTAIS DAS PESSOAS

Outra crítica relevante é que nem sempre os indivíduos de uma sociedade tomam decisões que necessariamente maximizam seu bem-estar, o que é o oposto do que a teoria econômica assevera (CAMERER; TALLEY, 2007; TABAK, 2015). Inclusive, diversos trabalhos de economia comportamental já apontaram que existe uma série de padrões cognitivos que comprovam isso (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979; 1984).

Em apertada síntese, os comportamentos estão restritos por: a) força de vontade limitada: as pessoas têm dificuldade em levar adiante seus planos ou projetos; b) interesse próprio limitado: os agentes se desviam do comportamento maximizador focado em si mesmos; e c) racionalidade limitada: as pessoas cometem erros de julgamento e tomam decisões que contrastam com a teoria econômica (teoria da utilidade esperada).

Um exemplo concreto de desvio da racionalidade da teoria econômica, apresentado por Jolls, é o da geração de conta poupança para aposentadoria. Os indivíduos possuem planos

de se aposentar com recursos suficientes para suas despesas, contudo, a força de vontade limitada leva a maiores gastos durante a fase produtiva da vida, acarretando uma poupança insuficiente para o plano de aposentadoria (JOLLS, 2013).

Sunstein e Thaler (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998) exemplificam outros padrões cognitivos que levam a decisões ineficientes: a) influências sociais: quando uma pessoa argumenta em favor de uma política para um grupo que possui pouca informação sobre os efeitos da política, um indivíduo pode aderir a essa opinião e, por conseguinte, um grande grupo de pessoas acompanharem e aderirem à opinião inicial, gerando um consenso de que a política é boa, podendo não ser; b) viés de disponibilidade: as pessoas tendem a acreditar que um evento de que se lembram mais fácil é mais provável de ocorrer do que realmente seja; c) avaliar apenas custos ou benefícios: caso benefícios implícitos não sejam percebidos, os agentes podem avaliar apenas os riscos de determinada decisão, e não os benefícios.

### 3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL

Posner (2007, p. 473) ensina que a AED, ao buscar uma aplicação pragmática, afasta-se de discussões de questões semânticas e metafísicas em prol de questões factuais e empíricas.

Percebeu-se que o Direito lida também com escolhas dos indivíduos, só que diferentemente da Economia, que lida com as escolhas que influenciam os ciclos de crescimento econômico, o Direito lida com as decisões dos indivíduos que levam pretensões ao Poder Judiciário ou lá resistem a pretensões de terceiros (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.479).

Assim, questões do Direito, tais como sanções penais, estrutura processual, acesso à Justiça, delimitação dos direitos de propriedade e responsabilidade civil, são analisados aplicando-se a teoria dos jogos e da econometria. “A teoria dos Jogos é uma teoria matemática criada para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais ‘agentes de decisão’ interagem entre si. Ela fornece a linguagem para a descrição de processos de decisão conscientes e objetivos envolvendo mais do que um indivíduo” (SARTINI, et al.,

2004, p. 3), ou seja, ela elabora modelos teóricos para representar os indivíduos e as instituições na relação legal, antevendo possíveis ações, interesses e resultados (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.481).

A econometria tem a função instrumental para validar as conclusões obtidas por abstrações (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.481).

No Direito Processual, mais especificamente, a AED foi aplicada durante a elaboração do novo Código de Processo Civil de 2015, a vertente chamada de Análise Econômica do Direito Processual (AEDP), como se verifica nas disposições normativas relacionadas a custas processuais, conformação aos precedentes judiciais, sucumbência recursal, repressão à litigância de má-fé e julgamento antecipado do mérito (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.489).

A AEDP vem ganhando protagonismo no Judiciário após, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ter analisado a primeira queda da série histórica de aumentos do estoque de processos, desde 2009 (CNJ, 2020). Apesar de o CNJ já ter reconhecido a importância da AED

para solucionar o congestionamento do Poder Judiciário.<sup>1</sup>

Esse ocorrido colaborou para identificar um exemplo de questão que deve ser buscado pela AEDP, os fatores que contribuem para descongestionamento do Poder Judiciário. Como explica Pignaneli, houve uma abertura demasiada da entrada de ações judiciais, o que possibilitou que muitas demandas legítimas fossem buscadas, mas também demandas ilegítimas ou predatórias (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.498).

A morosidade e o congestionamento judicial são a consequência, portanto, do que o sistema judicial brasileiro se tornou: um sistema de difícil ou impossível acesso, além de outros problemas, como a falta de padrão uniforme para concessão da gratuidade de justiça, estrutura de sucumbência aplicada sem considerar o alcance potencial e, de fato, dos seus efeitos (TIMM; TRINDADE; MACHADO, 2019).

Assim, surgem alguns pontos de suma importância na discussão da AEDP para o descongestionamento do Judiciário: a) determinantes da litigância; b) alternative

dispute resolution (ADR); c) demandas de valor negativo; e d) produção probatória (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.498).

Outros pontos da AEDP elencados pela doutrina são: distribuição de custas processuais (SANCHIRICO, 2006), padrões cognitivos no processo (BAR-GILL, 2006), decisões de mérito multiestágio (KAPLOW, 2017), sistema recursal (SHAVELL, 1995b; KAPLOW, 1994) e sistema de precedentes judiciais conjugado à uniformização da jurisprudência (LANDES, 1976; FUX; BODART, 2017).

### 3.1 FATORES DESCONGESTIONANTES DO PODER JUDICIÁRIO

#### 3.1.1. DETERMINANTES DA LITIGÂNCIA: POR QUE OS INDIVÍDUOS LITIGAM?

Uma das questões mais trabalhadas nas pesquisas de AED é saber o porquê de algumas ações judiciais irem a julgamento enquanto muitas outras são resolvidas fora do tribunal, o que suscita inclusive mais questões: a) se a resolução extrajudicial é do interesse da sociedade; b) qual o grau de confiança que um juiz ou júri tem antes de decidir a favor de uma ou outra parte; c) se deve a parte vencida ser obrigada a reembolsar as despesas legais da

<sup>1</sup> CNJ (2011, p. 18), Edital Conselho Nacional de Justiça 01/2009, Área temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil.

parte vencedora; e d) até que ponto a decisão numa ação judicial deve ser condicionada por decisões anteriores em casos semelhantes (SPIER, 2007, p. 262).

Para Steven Shavell, o motivo de haver essa disparidade de demandas judiciais é a existência de externalidades. As externalidades podem ser: a) negativa: quando o indivíduo não considera os custos que terceiros arcarão; ou b) positiva: quando não considera os efeitos que uma eventual decisão judicial incorrerá na redução de danos sofridos por terceiros (SHAVELL, 1999, p. 99).

Segundo Kathryn E. Spier, existem alguns fatos determinantes para acordos. Inclusive, a autora detalha que os motivos para divergir em um acordo são vários: a) processo com valor esperado negativo: a parte pode não conseguir obter um acordo, porque a ameaça de um processo pode não ser crível, pois haveria uma crença de que futuras ações judiciais serão arquivadas ou não lograriam êxito; b) partes com poderes de barganha desiguais, havendo uma parte com poder de induzir a outra parte a aceitar indenização de valor muito abaixo do que receberia se fosse determinada judicialmente; c) uma parte pode ser obrigada a chegar a um acordo menos favorável em

razão de um precedente criado para beneficiar agentes econômicos no futuro; d) assimetria de informações nas negociações pré-julgamento: esse fator foi identificado e conceituado por George A. Akerlof, Joseph E. Stiglitz e Andrew M. Spence, o que lhes rendeu o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas de 2001 (SPIER, 1997, p. 614).

### 3.1.2. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) OU MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os meios alternativos de resolução de conflitos, no ordenamento jurídico brasileiro, foram positivados no Código de Processo Civil (CPC)/2015 (SPIER, 1997, p. 614). O art. 3º do mencionado Código trata da inafastabilidade de jurisdição, em que se determina que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Em seguida há os parágrafos que tratam dos meios alternativos de resolução de conflitos: a) permissão para arbitragem na forma da lei (§ 1º); b) dever do Estado de sempre que possível promover a solução consensual dos conflitos (§ 2º); e c) dever de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público de estimular a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, ainda que

seja no decorrer do processo judicial (§ 3º) (BRASIL, 2015).

Esse fator descongestionante do Judiciário (ADR) possui três benefícios importantes em cenários *ex-ante*, quando a opção pela ADR ocorre antes de existir o conflito: i) reduz o custo da resolução dos litígios ou dos riscos; ii) pode gerar incentivos superiores por meio de maior exatidão dos resultados ou outras características, exemplo da má-execução de um contrato que seria corretamente avaliada por árbitros especializados; iii) podem dar origem a melhores incentivos para participação em litígios ou se abster de iniciar um (SHAVELL, 1995a, p. 2).

Quando o conflito já está instaurado (cenário *ex-post*), ainda é possível a obtenção de dois benefícios: i) partes podem obter mais informações sobre o litígio antes de efetivamente ingressarem em juízo, aumentando as chances de simetria de informações e, por conseguinte, de acordo; ii) redução de custos, característica comum tanto no cenário *ex-ante* como no cenário *ex-post* (SHAVELL, 1995a, p. 2).

A ADR é uma via buscada por aqueles que buscam juízes imparciais e especialista no assunto discutido, mas isso não significa

o fim da intervenção do Estado, pois será necessária sua intervenção a fim de assegurar o cumprimento das decisões (LANDES, 1979).

### 3.1.3. DEMANDAS DE VALOR ESPERADO NEGATIVO

Fux e Bodart (2020, p. 64) ensinam que essas demandas possuem um paradoxo na perspectiva econômica por uma aparente escolha que não segue a racionalidade: “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”.

Uma explicação é a possibilidade maior de o autor obter um acordo favorável, ainda que o valor esperado da demanda seja negativo (SHAVELL; ROSENBERG, 1985).

Dentro dessas demandas de valor esperado negativo, existem as demandas frívolas e predatórias, criadas apenas com o escopo de prejudicar o réu. No ordenamento brasileiro, essa conduta caracteriza-se como litigância de má-fé, previsto no art. 79 do CPC, em que se responsabiliza aquele que litiga de má-fé por perdas e danos, independentemente se é autor, réu ou interveniente (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.505-1.506).

A. Mitchell Polinsky e Daniel L. Rubinfeld buscam solucionar o excesso de demandas

frívolas respondendo às seguintes perguntas: a) as sanções devem ser autorizadas, uma vez que aumentam a complexidade e, por conseguinte, o custo do litígio? b) permitidas as sanções, deverá a sanção ter como objetivo compensar a parte não frívola pelas despesas do litígio, ou no objetivo de dissuadir potenciais litigantes frívolos? c) se o objetivo for dissuadir eventuais litigantes frívolos, o valor da sanção (integral ou parcial) deve ser destinado ao tribunal, ao tesouro público, ou à parte contrária? d) considerando que sanções podem ser impostas por engano, elas podem desencorajar ações legítimas de serem demandadas pelo risco de serem consideradas frívolas? e) se sanções não forem permitidas, quais alternativas podem ser tomadas para desencorajar demandas frívolas? (POLINSKY; RUBINFELD, 1993).

Respondendo a essas perguntas, Polinsky e Rubinfeld explicam que algumas características das sanções capazes de coibir demandas frívolas são: 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 (POLINSKY; RUBINFELD, 1993, p. 425).

Se as sanções não forem usadas em razão da grande complexidade e do custo, uma alternativa que também pode impedir ações frívolas é a versão da regra inglesa de alocação de honorários que impõe o maior ônus ao perdedor (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.507).

#### 3.1.4. PRODUÇÃO PROBATÓRIA

As pesquisas acerca da produção probatória buscam a eficiência na construção do grau de certeza das decisões judiciais (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.507).

Dognini e Pereira, ao discutirem o estudo de Shavell sobre a produção probatória, destacam dois pontos relevantes. Primeiro, em uma perspectiva superficial, quando os indivíduos são capazes de fornecer um tipo de prova, uma ameaça de sanção alta pode induzi-los a fornecê-la; segundo, ainda que a ameaça de sanção mais alta desdobre na probabilidade de obtenção de prova, a aplicação equivocada da sanção poderia ter um custo muito elevado, ou seja, há uma relação de proporcionalidade entre as sanções processuais e a probabilidade de sua aplicação indevida (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.508).

Outra pesquisa na produção probatória é a comparação inquisitorial e adversarial. A AED busca identificar e tratar o trade-off<sup>2</sup> existente entre o número de fontes probatórias e a fidedignidade das provas coletadas, bem como os incentivos para juízes e advogados (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.509).

A produção antecipada, outro tema pesquisado na produção probatória, está prevista no art. 381 do CPC, que assevera que ela será admitida nos casos em que: (i) haja fundado receio de se tornar difícil ou impossível a verificação de certos fatos no decorrer da ação; (ii) a prova possa viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; e (iii) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar ajuizamento de ação (BRASIL, 2015). Nesse dispositivo, fica evidente que havendo produção antecipada, será mais provável que reduza o número de demandas frívolas, como também aumente a probabilidade de acordos nessas demandas (FUX; BODART, 2020b, p. 107). Todavia, a produção antecipada de provas é capaz de aumentar os custos do litígio

e estender a duração do processo (SCHRAG, 1999).

O ônus da prova também é objeto de pesquisa na AED. Autores que se debruçam sobre o sistema adversarial explicam que a distribuição do ônus da prova reduz o custo esperado de um processo e otimiza o fluxo de informação no sistema (DOGNINI; PEREIRA, 2021, p. 1.510).

### 3.1.5 ANÁLISE ECONÔMICA DOS PRECEDENTES

Diante do problema do congestionamento de processos no Judiciário e dogmáticas jurídicas que não se preocupam em moldar o comportamento das pessoas e, por conseguinte, não se preocupam com as consequências práticas das normas sobre conduta dos agentes envolvidos em disputas, surge a AED (D'ÁVILA; GONÇALVES, 2019). Em trabalho publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado (PGE) do Rio Grande do Sul, João Máximo Rodrigues Neto (2015) analisou os custos envolvidos em um processo judicial e como um sistema de precedentes vinculantes pode auxiliar na minoração desses prejuízos, ao mesmo tempo em que desestimula a litigância: ordem na desordem.

<sup>2</sup> “Tradeoff” é a realização de uma escolha e a tomada de um caminho, qualquer que seja, que implique um ganho, mas também uma perda (SALAMA, 2017).

Sob uma análise interna, identificou-se os parâmetros de cálculo dos custos e quais eram os custos. Os parâmetros são basicamente dois: custo administrativo e custo dos erros: a) custo administrativo são os que envolvem o processo (custas judiciais); já b) custos dos erros são sobre os erros das decisões, pois são tecnicamente erradas e geram custo em razão da necessidade de recurso e/ou porque distorcem os incentivos das condutas dos jurisdicionados.

O custo dos erros exige análise da jurisprudência de determinado tribunal para identificar um padrão e daí extrair um parâmetro de aferição (RODRIGUES NETO, 2015). Mais especificamente, o erro do Judiciário diminui a função preventiva e indenizatória da responsabilidade civil, uma solução é a quantidade considerável de regras que, apesar de aumentarem o custo do procedimento, diminuem o risco de erro, a exemplo a regra da obrigação de apresentar testemunhas, direito da parte contrária interrogá-las, direito de interpor apelação, regras de impedimento e suspeição (RODRIGUES NETO, 2015).

Sobre custo, a AEDP utiliza parâmetros que somados servem para aferir o custo social do

processo. Um parâmetro é a diferença entre a sentença com informações perfeitas (padrão identificado no tribunal analisado) e a sentença real, que é considerada como tamanho de erro do tribunal em relação ao resultado de determinada ação. Assim, o demandante analisa se o custo social é menor ou maior que o valor buscado com a vitória no processo (RODRIGUES NETO, 2015).

Em uma análise macro, outro fator influenciador no incentivo ou não do ajuizamento da demanda é a causa do processo. Aqui destaca-se que cada fator irá influenciar as demandas (RODRIGUES NETO, 2015).

Ainda sobre custos, ao comparar o sistema dos Estados Unidos com o do Brasil, percebe-se que naquele exige-se que cada participante do processo pague pelos custos do processo, enquanto no sistema brasileiro quem paga é quem perde. Assim, o autor só ingressará com ação quando for obter um resultado mais economicamente vantajoso (RODRIGUES NETO, 2015).

Um sistema de precedentes vinculantes é uma alternativa que agrega mais segurança jurídica e estabilidade nas decisões judiciais, permitindo aos jurisdicionados uma avaliação mais precisa de alguns parâmetros que integram

o cálculo do custo social do processo, como o valor do benefício esperado com a ação e a minoração de outros, como a margem de erro jurídico. Outras interessantes soluções para otimizar a eficiência econômica do processo são a realização de acordos e a utilização de ações coletivas (RODRIGUES NETO, 2015).

É reconhecido pela AED que a demora na resolução ou pacificação do conflito é prejudicial à atividade econômica, de forma que prolonga os danos, causando graves reflexos econômicos, como a diminuição da competitividade da empresa no mercado (MOREIRA, 2015).

Morosidade das ações e instabilidade das decisões já foi documentado pelo Banco Mundial como prejudicial ao crescimento econômico e atrapalha a atração de investimento estrangeiro (OLIVEIRA; GAROUPA, 2013, p. 158), como resposta o sistema jurídico brasileiro criou a súmula vinculante e o requisito de repercussão geral (RODRIGUES NETO, 2015).

A Emenda à Constituição n. 45, de 30 de dezembro de 2004, a exemplo, introduziu a repercussão geral no Recurso Extraordinário, e a Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, regulou a técnica de julgamento dos recursos

repetitivos. A emenda introduziu o parágrafo terceiro no art. 102 da Constituição Federal, posteriormente regulada pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, tendo sido criados os arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, os quais versam sobre a necessidade de o recorrente demonstrar a repercussão geral do tema em debate. Ou seja, o sujeito precisa demonstrar a relevância da questão (política, econômica, jurídica ou social) e a sua transcendência, isto é, que a decisão a ser tomada não estará restrita às partes, mas atingirá os demais jurisdicionados (RODRIGUES NETO, 2015).

A Lei n. 11.672/2008, por sua vez, introduziu o art. 543-C no Código de Processo Civil, determinando que em questões identificadas como repetitivas, devido ao grande número de processos que versam sobre elas, o tribunal escolherá um ou mais recursos representativos dessas controvérsias, e a decisão que neles for tomada deverá ser replicada a todos os outros casos idênticos (RODRIGUES NETO, 2015).

Já o art. 557 (sobre julgamento monocrático), o art. 518, § 1º (sobre não recebimento de apelação) e o art. 285-A (julgamento liminar), todos do Código de Processo Civil, também representam hipóteses em que o processo é

---

abreviado em razão da existência de súmula ou jurisprudência dominante (RODRIGUES NETO, 2015).

Esses instrumentos processuais evitam comportamentos processuais inadequados e prejudiciais ao bem comum, como recursos protelatórios, por exemplo, e ainda o desperdício de recursos públicos, na medida em que abreviam a atividade judicial, preservando a duração razoável do processo (RODRIGUES NETO, 2015).

Um dos grandes impactos positivos da AEDP foi com relação ao instituto do requisito da repercussão geral, o qual demonstrou, após sua implementação, entre 2007 e 2008, diminuição de 40,8% no número de casos distribuídos no Supremo Tribunal Federal, seguida por uma queda de 36,1% em 2009 (OLIVEIRA; GAROUPA, 2013, p. 158).

No que tange ao filtro recursal, apesar da diminuição de recursos que chegam às Cortes Supremas, o decréscimo se estabilizou em 2010, em decorrência dos muitos recursos nos tribunais que aguardavam julgamento, o que ajuda a manter um número ainda muito grande de decisões (RODRIGUES NETO, 2015).

Para a doutrina o sistema jurídico brasileiro, é um sistema de precedentes vinculantes (RODRIGUES NETO, 2015). Marinoni (2015, p. 156) assevera que toda decisão judicial é um precedente, mas ele explica que são diferentes, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

A decisão tomada pelas Cortes Supremas que contenha uma *ratio decidendi* potencialmente capaz de orientar condutas configura um precedente.

Destaca-se que existem decisões, dependendo do sistema observado, que podem ser apenas persuasivas ou vinculantes (RODRIGUES NETO, 2015).

Para mais eficiência econômica do processo, é ideal que o precedente seja vinculante. Contudo, de igual forma, que existam mecanismos que possibilitem a sua superação, dependendo da situação em julgamento. Se o precedente não puder ser modificado, com o tempo e outros fatores, tem-se um problema jurídico concreto e social, como a decisão se tornar obsoleta, não atendendo mais à

---

realidade e congruência sociais, por exemplo (RODRIGUES NETO, 2015).

No entanto, se o precedente for apenas persuasivo, os julgadores poderão facilmente dele se afastar, apenas justificando eventual não incidência. Assim, na verdade, seria como se não existisse precedente. Igualmente desvantajoso na ótica econômica, gerando decisões conflitantes e impactos sociojurídicos (RODRIGUES NETO, 2015).

Desse modo, a obrigatoriedade dos precedentes é importante para que os efeitos dessa vinculação sejam aproveitados pelo sistema jurídico. No caso do viés econômico, a análise sobre o sistema de precedentes já foi feita, especialmente em países de tradição de common law, como os Estados Unidos (RODRIGUES NETO, 2015).

Daí adveio a Teoria da Eficiência da Common Law. O juiz americano Richard Posner argumentou que as doutrinas do direito consuetudinário fornecem um sistema coerente e estável de incentivos que induzem a um comportamento eficiente (regras mais eficazes são mais propensas a sobreviver por meio de um mecanismo de precedentes, aplicado no sistema absoluto de precedentes, em que tem a possibilidade do erro judicial engessar a

jurisprudência, entre outros pontos negativos) (RODRIGUES NETO, 2015).

Como pontos positivos ao aplicar o sistema de precedentes vinculantes: a) redução da insegurança jurídica, pois os resultados são previsíveis, reforçando a estabilidade do direito; b) promoção da igualdade de todos perante a lei: tratar casos semelhantes de maneira semelhante (equidade), solucionando-os de forma equivalente; c) redução da carga de trabalho para o Judiciário (ajudando na formação de expectativas convergentes nos litigantes) e do tempo consumido no julgamento (eficácia decisional) (MARINONI, 2015, p. 193-194).

No entanto, podem surgir questões jurídicas como as decisões judiciais, sobremaneira oriundas dos tribunais superiores, como bens públicos, uma vez que podem atingir diretamente não só os integrantes das demandas, mas também aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, e é exatamente aí que se encontra a racionalidade econômica, motivando a eficiência, no caso, aplicada ao processo judicial (RODRIGUES NETO, 2015).

Por fim, ressalta-se que alguns autores elencam pontos necessários aos

pronunciamentos do Judiciário para uma atuação adequada, na perspectiva econômica: a) se coadunam com a adequada proteção do direito contratual; b) conferem segurança e previsibilidade às relações econômicas, de modo que as partes saibam, de antemão, quais as consequências de suas condutas; c) resolvem os conflitos de forma célere, obstando o comportamento oportunista dos devedores e conferindo mais dinamicidade ao mercado (TIMM; TRINDADE, 2009, p. 166).

### 3.1.6 ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO

Ainda na Análise Econômica do Processo, o acesso à ordem jurídica justa vem sendo discutido principalmente sobre o aspecto da eficiência e do risco de inviabilizar concretização de direitos, fenômeno conhecido como a doutrina do acesso à Justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Reconhece-se o acesso formal, inclusive aos hipossuficientes por meio da assistência judiciária gratuita, e a tutela de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) (RODRIGUES, 2017, p. 41).

Na concepção moderna de acesso à ordem jurídica justa, busca-se a pacificação dos conflitos e, para isso, faz-se necessário o uso

de meios diversificados, daí a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos (alternative dispute resolution), seja por meio da autocomposição dos envolvidos no conflito (conciliação ou mediação), seja por heterocomposição privada (arbitragem) (GRINOVER, 2018, p. 61-62). Não basta ter acesso à ordem jurídica justa, é preciso que, ao buscarem uma solução para o respectivo conflito, os envolvidos tenham garantia de receberem o justo, efetivo e eficaz tratamento que demandam no processo judicial (DUARTE, 2020, p. 231) ou nos meios alternativos de resolução de conflitos.

A conciliação e mediação, mais especificamente, constituem técnicas com terceiros que incentivam a autocomposição do litígio. O conciliador sugere soluções, apresenta os benefícios da resolução, os riscos da judicialização. O mediador auxilia os envolvidos para melhora do diálogo a fim de restabelecer a conexão/comunicação que existia e por alguma razão se perdeu (GOMES, 2021).

A mediação, objeto deste capítulo, surge como possibilidade de solução mais eficaz e mais célere para o caso concreto. Um exemplo que ilustra bem o poder da mediação é a solução de conflitos consumeristas pela

plataforma consumidor.gov.br, que alcançou 99,52% das reclamações dos consumidores respondidas pelos fornecedores, em que a solução consensual dos casos é atingida em quase 40% (SILVA; DUARTE; VIEIRA, 2022).

A mediação vem ganhando espaço conforme altera-se a mentalidade dos juristas brasileiros, na qual inicialmente possuía-se uma visão mais litigiosa do Direito e que paulatinamente aceitou-se a solução consensual, como visto na Resolução n. 5/2018 do Ministério da Educação (SILVA; DUARTE; VIEIRA, 2022).

Inclusive, o próprio Código de Processo Civil de 2015 apresentou uma substancial mudança ao reconhecer a importância da mediação. Antes, no CPC/1973, o réu era citado para apresentar defesa. No novo CPC/2015, não sendo caso de inépcia da petição inicial ou improcedência liminar, o réu é citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação designada pelo juiz (BRASIL, 2015).

Sob a ótica da AED, após o CPC/15, apurou-se pelo índice de conciliação na fase de conhecimento do primeiro grau dos tribunais que a média de processos que são encerrados com sentença homologatória de acordo, seja por conciliação, seja por mediação, em todo o

Poder Judiciário é de 16,7% no juízo comum e 18,5% no juizado especial (CNJ, 2022, p. 208).

Na Justiça Estadual, a média é de 14,3% de acordos homologados no juízo comum e 19,7% nos juizados, sendo o TJMS e o TJRJ detentores dos maiores percentuais de acordos em juizados (73,5% e 38,1% respectivamente), enquanto, no juízo comum, os maiores percentuais são do TJDF e TJPR (18,9% e 18%, respectivamente) (CNJ, 2022, p. 258).

Na Justiça Federal, a média é de 16% nos juizados e 1,7% no juízo comum, sendo o TRF1 e o TRF4 os com maior percentual de acordos tanto no juízo comum como no juizado. O TRF1 possui índice de 3,2% e 23,8% (juízo comum e juizado especial, respectivamente). O TRF4 possui o índice de 1,8% e 14,1% (juízo comum e juizado especial, respectivamente).

Ressalta-se que o Judiciário, não raro, refere-se à conciliação e mediação como a mesma atividade (GOMES, 2021).

A causa desse índice não ser maior pode ser resultado de uma execução equivocada do instituto mediação. Primeiro, porque no início do processo, antes da defesa ser apresentada há a assimetria de informações dos envolvidos na lide, fator importante de litigância mencionado no subitem 2.1.2. deste trabalho.

Outro ponto que corrobora negativamente para esse índice é a exigência de presença obrigatória das partes, assim os litigantes racionalizam todo o procedimento e suas estratégias, com a dinâmica da teoria dos jogos, maximizando seus benefícios com o menor custo. Logo, como há poucos incentivos na legislação para a autocomposição, seja porque os litigantes confiam em um desfecho positivo para si na sentença, seja porque não conseguem prevê-lo, mais uma vez, em decorrência da assimetria de informações. Exemplo concreto como outro sistema jurídico lida com a mediação é o que ocorre no processo civil norte-americano que é dividido em duas fases: a) pretrial (anterior ao julgamento); e b) trial (julgamento). O pretrial possui o momento de revelação de provas e dados que colaborem com a elucidação do caso (fato chamado de discovery). Aqui o magistrado não participa, apenas os advogados dos envolvidos acompanhados do oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos (CAMBI; PITTA, 2015).

Percebe-se, portanto, que o pragmatismo e trabalho empírico da Análise Econômica do Direito pode proporcionar uma visão mais clara

sobre os acordos e propiciar o seu aumento quantitativo (FUX; BODART, 2019, p. 52).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não teve o objetivo de exaurir o tema, mas apenas fazer um breve relato histórico da Análise Econômica do Direito e da Análise Econômica do Processo indicando a aplicabilidade e a importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Motivo da importância também da visão econômica sobre o processo. O direito é constituído de fatos sociais, os quais inegavelmente são condicionados por diversos fatores que não só aqueles pertencentes ao contexto jurídico.

Como demonstrado no decorrer do trabalho, a AED é uma metodologia de aplicação da teoria microeconômica ao exame de normas e instituições jurídicas, que busca obter a eficiência das normas jurídicas, testando, empiricamente (na linha do pragmatismo), se os seus objetivos estão sendo atingidos, ou seja, faz utilização de critérios da microeconomia para analisar os institutos jurídicos a fim de avaliar se o direito tem cumprido a sua função social de ser instrumento de desenvolvimento da sociedade. O direito, na análise, não é como

---

um fim em si mesmo, mas como um meio para transformar a sociedade e para promover o desenvolvimento. Esse é o pragmatismo, uma filosofia utilitarista do direito.

Também foi demonstrado dentro da Análise Econômica do Direito (AED), a Análise Econômica do Direito Processual (AEDP). Esse busca tornar o processo mais eficiente. O processo tem a função, obviamente, de instrumentalidade. Ele é um meio. Contudo, de uma forma ortodoxa, essa instrumentalidade é entendida como uma ferramenta para a realização do direito material. Por meio da AED, a instrumentalidade não busca realizar apenas o direito material, até porque esse também é um meio de promover algo em torno do benefício da sociedade, do desenvolvimento social.

Logo, o processo passa a ter uma instrumentalidade para o desenvolvimento social. Então, por meio da AEDP, o que se vai fazer é observar a melhor alocação de custos ou de recursos, investigar e analisar o nível de eficiência dos institutos e normas jurídicas, a exemplo dos métodos de conciliação, da estabilização decisória, do sistema recursal, entre outros.

Ainda sobre a AEDP, foi explicado sobre as demandas frívolas e de valor esperado negativo.

Sendo demanda de valor esperado negativo quando o custo da litigância é maior do que o benefício que irá gerar.

As demandas frívolas, por sua vez, são as em que a chance de êxito é pequena. Demonstrou-se que o sistema brasileiro faz a transferência dos custos para a parte perdedora, assim, quem perder irá pagar honorários sucumbenciais.

A diferença entre essas demandas reside no seguinte: a) demanda de valor esperado negativo: irá ganhar menos do que vai gastar; b) demandas frívolas: provavelmente, irá perder e pagar os custos.

No entanto, mesmo diante de demandas frívolas e de valor esperado pequeno, pode haver uma litigância porque: a) o autor se aproveita da assimetria de informações e o réu acredita que a ação é de valor esperado positivo ou frutífera para o autor, celebrando um acordo, portanto, ou em demandas com litisconsortes, em que o autor se aproveita do excesso de autores para pleitear direito que não possui; e b) o réu lograria êxito ao final do processo, contudo, o custo da litigância elevado induz o réu a celebrar acordo, seja por aborrecimento, seja em razão do aumento de custos, como ocorre em ações penais em que o réu sofre a estigma desde o momento pré-processual do indiciamento.

Foi mencionado que cabe à jurisprudência as funções de minorar a ocorrência de erros; criar um ambiente de segurança jurídica; reduzir o ajuizamento de demandas judiciais; estimular a autocomposição.

Por fim, demonstrou-se que, por meio da AED e da AEDP, tem-se realizado análise pragmática com critérios objetivos que vem conseguindo a otimização do sistema jurídico atual.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9. n. 29, 2006.
- AMATO, Lucas Fucci. Variedades de análise econômica do direito: da nova economia institucional às arquiteturas de incentivos comportamentais. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 116, n. 2, 2021, p. 249-272. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v116p249-272>.
- ARRUDA, Thais Nunes de. Como os juízes decidem os casos difíceis?: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. 278 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 71.
- BAR-GILL, Oren. The evolution and persistence of optimism in litigation. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 22, p. 490-507, 2006.
- BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 25 ago. 2023.
- BUCHANAN, James M. Buena Economía. Mal Derecho. In: ROEMER, Andrés (org.). **Derecho y economía: una revisión de la Literatura**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomeiro. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 245, jul. 2015. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/175FA22C0E39B6\\_rpro.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/175FA22C0E39B6_rpro.pdf). Acessado em: 25 ago. 2023
- CAMERER, C.; TALLEY, E. Experimental Law and Economics. In: M. POLINSKY; SHAVELL (Ed.). **Handbook of Law and Economics**, Amsterdam, 2007, p. 1621-50.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. **Doxa**, n. 4, p. 273 - 280, 1987.
- CATÃO, Adrualdo de Lima; VALE, Luís Manoel Borges do. A importância da Análise Econômica do Direito Processual: a eficiência do modelo de precedentes do Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 319, n. 46, set. 202, p. 323-338.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas judiciais e morosidade da justiça civil: relatório final ajustado**. Brasília: CNJ, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022: ano-base 2021**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 25ago. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recorde de produtividade reduz estoque de processos pelo segundo ano consecutivo. **Notícias CNJ**, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/recorde-de-produtividade-reduz-estoque-de-processos-pelo-segundo-ano-consecutivo/>. Acesso em: 24 ago. 2023.

- D'ÁVILA, Daniela Peretti; GONÇALVES, Mauro Pedroso. Relevância dos precedentes vinculantes do CPC/2015 sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de Processo**, v. 288-2019, fev. 2019, p. 375 - 394.
- DOGNINI, Leandro Lyra Braga; PEREIRA, Daniel Queiroz. Análise Econômica do Direito: perspectiva histórica e reflexos no direito processual. **RJLB**, Portugal, v. 7, n. 5, p. 1478-1479, 2021. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021\\_05\\_1477\\_1516.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_1477_1516.pdf). Acesso em: 30 nov. 2023.
- DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. **Ética e comportamento das partes no novo processo civil brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. **Revista de Processo**, v. 269, p. 421-432, 2017.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Notas processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2020a.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2020b.
- GOMES, Tadeu Alves Sena. A audiência de conciliação ou mediação do novo código de processo civil CPC sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista de Processo**, v. 321/202, p. 101 – 125, nov. 2021.
- JOLLS, C. Behavioral economic analysis of employment law. In: SHAFIR. (Ed.) **The behavioral foundations of public policy**. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 264-280.
- JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R.; THALER, R. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, n. 50, p. 1471-1550, 1998.
- KAHNEMAN, D., TVERSKY, A. Choices, values, and frames. **American Psychologist**, n. 39, p. 341-350, 1984.
- KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: an analysis of decisions under risk. **Econometrica**, v. 47, n. 2, 1979, p. 263-29.
- KAPLOW, Louis. Optimal multistage adjudication. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 33, n. 4, p. 613-652, 2017.
- KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: na economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 23, p. 307-401, 1994.
- KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy**. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- KÜNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Adjudication as a private good. **The Journal of Legal Studies**, v. 8, n. 2, p. 235-284, 1979.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **The Journal of Law and Economics**, v. 19, n. 2, p. 249-307, 1976
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 33. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 90.
- MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte , v.13, n.50, p. 241, abr./jun. 2015.
- OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil: uma abordagem pela análise econômica do direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte , v.21, n.84, p. 158, out./dez. 2013.
- PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

- POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel. Sanctioning frivolous suits: an economic analysis. *The Georgetown Law Journal*, v. 82, p. 397-435, 1993.
- POSNER, Richard. El Movimiento del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés (Org.). **Derecho y economía: una revisión de la Literatura**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 230.
- POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007..
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- RODRIGUES NETO, João Máximo Rodrigues. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância: um estudo de law and finance. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 193-215, 2015.
- SALAMA, Bruno Mayerhof. Análise Econômica do Direito. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>. Acesso em: 18 ago. 2023.
- SANCHIRICO, C. William. The economic analysis of evidence, procedure, and litigation. **University of Pennsylvania Institute for Law & Economics Paper**, n. 06-04, 2006.
- SARTINI, Brígida Alexandre et al. Uma introdução a teoria dos jogos. In: BIENAL DA SBM, 2, Salvador, 25 a 29 de outubro de 2004. **Anais...** Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2004.
- SCHRAG, Joel L. Managerial judges: an economic analysis of the judicial management of legal discovery. **The RAND Journal of Economics**, v. 30, n. 2, p. 305-323, 1999.
- SHAVELL, Steven. Alternative dispute resolution: an economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 1, p. 1-28, 1995a.
- SHAVELL, Steven. The appeals process as a means of error correction. **The Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 2, p. 379- 426, 1995b.
- SHAVELL, Steven. The level of litigation: private versus social optimality of suit and of settlement. **International Review of Law and Economics**, v. 19, p. 99-115, 1999.
- SHAVELL, Steven; ROSENBERG, D. A model in which suits are brought for their nuisance value. **International Review of Law and Economics**, v. 5, n. 1, 1985.
- SILVA, Larissa Clare Pochmann da; DUARTE, Márcia Michele Garcia; VIEIRA, Amanda de Lima. Nem tanto ao céu nem tanto ao mar: o redimensionamento do clássico conceito de interesse de agir e a tentativa de solução consensual. **Migalhas**, 12 ago. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/371421/o-redimensionamento-do-interesse-de-agir-e-a-solucao-consensual>. Acesso em: 24 ago. 2023.
- SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar: desde una perspectiva de derecho comparado. **Doxa**, Alicante, n. 26, p.241-260, 2003. DOI: 10.14198/DOXA2003.26.13.
- SPIER, Kathryn E. Litigation. **Handbook of Law and Economics**, v. 1, p. 259-342, 2007.
- SPIER, Kathryn E. A note on the divergence between the private and the social motive to settle under a negligence rule. **The Journal of Legal Studies**, v. 26, p. 613-621. 1997., p. 614.
- TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 321-345.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MACHADO, Rafael Bicca. O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de law and economics. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 44, n. 290, p. 441-469, abr. 2019.
- VAZQUEZ, Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés (org.). **Derecho y**

---

**economía:** una revisión de la Literatura. México:  
Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 202-203.

**Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte**

Pós-doutor pela UERJ sob orientação do Min. Luiz Fux. Pos-doutorando pela USP - Universidade São Paulo (2023- em andamento). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2013), Doutorado em Direito pela Universidade de Salamanca (2019) revalidado pela UERJ em 2020 (Direito Processual - Cidadania, Estado e Globalização). Juiz de Direito do TJERJ.

**Rafael D'Avila Matias Ferreira**

Servidor Público Concursado da UERJ. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).