



Programa de Pós-Graduação em Economia – PPG-ECO

Tese de Doutorado

A TRAGÉDIA DO JUDICIÁRIO:
subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário

Candidato: Ivo Teixeira Gico Junior
Área de Concentração: Economia Política
Professor Orientador: Bernardo Pinheiro Machado Mueller, Ph.D.

Departamento de Economia
Universidade de Brasília – UnB
Brasília – 2012



Programa de Pós-Graduação em Economia

**A TRAGÉDIA DO JUDICIÁRIO:
subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**

Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Economia Política.

Brasília – 2012

**A Tragédia do Judiciário:
subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**

Autor: Ivo Teixeira Gico Junior

Orientador: Orientador: Bernardo Pinheiro Machado Mueller, Ph.D.

Tese de doutorado submetida à Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação / Departamento de Economia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Economia Política.

APROVADA POR:

Bernardo Pinheiro Machado Mueller, Ph.D. (*University of Illinois/Urbana*)

Universidade de Brasília / Departamento de Economia

Orientador

Mauricio Soares Bugarin, Ph.D. (*University of Illinois/Urbana*)

Universidade de Brasília / Departamento de Economia

Paulo Du Pin Calmon, Ph.D. (*University of Texas/Austin*)

Universidade de Brasília / Departamento de Instituto de Ciência Política

César Costa Alves de Mattos, Ph.D. (Universidade de Brasília)

Câmara dos Deputados / Consultoria Legislativa

Giacomo Balbinotto Neto, Ph.D. (Universidade de São Paulo)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul / Departamento de Economia

Defesa de tese realizada perante a banca examinadora acima designada em Brasília-DF, 22 de outubro de 2012.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: **Ivo Teixeira Gico Junior**

TÍTULO DA TESE DE DOUTORADO: **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**

GRAU: Doutor em Economia

ANO: 2012

É concedida à Universidade de Brasília permissão não exclusiva para reproduzir cópias desta tese de doutorado e para emprestar ou vender tais cópias em papel ou formato eletrônico somente para propósitos acadêmicos e científicos, desde que citado o Autor. O Autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte desta tese de doutorado pode ser reproduzida sem autorização por escrito do Autor.

IVO TEIXEIRA GICO JUNIOR
SRTVS, Qd. 701, Bl. O, n 100,
Ed. Centro Multiempresarial, Sala 564
CEP 70340-000 – Brasília – DF – Brasil.

*Aos meus filhos maravilhosos, que nasceram durante o doutorado,
Ivo Neto, que já sabe contar até 20 e o conceito de direito de propriedade,
Sofia Gico, que já sabe contar até 10 e a necessidade de um juiz independente, e
Por quem todo esforço de melhorar o amanhã é meritório.
[Papai já pode brincar no domingo!]*

*Quem quer manter a ordem? Quem quer criar desordem?
Não sei se existe mais justiça, nem quando é pelas próprias mãos.
[...]*

*É seu dever manter a ordem, é seu dever de cidadão,
Mas o que é criar desordem, quem é que diz o que é ou não?*

*Marcelo Fromer / Sérgio Britto / Charles Gavin, Desordem
(Jesus Não Tem Dentes no País dos Banguelas, 1987)*

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas contribuíram direta ou indiretamente para o presente trabalho. Provavelmente estou esquecendo alguém, mas há algumas pessoas às quais não poderia deixar de agradecer expressamente. Começo agradecendo ao Prof. Bernardo Mueller (ECO/UnB), por ter aceitado me orientar em um tema que, em princípio, poderia parecer exótico a outros economistas. Passados alguns anos, ainda não sei se o meio sorriso com o qual aceitou o convite foi de satisfação, de “vamos ver o que vai sair disso...” ou ambos. Aos Prof.s Joaquim Andrade e Roberto Ellery Jr. (ECO/UnB), o primeiro por ter falado a verdade e dito que isso não era para mim e o segundo por não ter falado a verdade dito que seria fácil, uma vez que eu já sabia o direito e “só” precisava aprender a matemática. Talvez não tivesse entrado ou terminado o doutorado sem estes incentivos. Ao meu amigo César Mattos, que sempre me incentivou, desde que a tese não fosse só jabá. Aos Prof.s Rui Seimetz, Lineu da Costa Araújo Neto e Tânia Schmitt (MAT/UnB) por terem me iniciado no fantástico mundo do cálculo, álgebra linear, probabilidade e otimização, sempre me acordando com gentileza quando cochilava nos porões do Departamento de Matemática. Ao Prof. Ricardo Araújo (ECO/UnB), por ter ensinado – com muita paciência – análise matemática a um jurista e ao Prof. Joanílio Teixeira (ECO/UnB), que sempre aceitou de bom grado discutir ideias, ainda que diametralmente opostas às suas. Ao Prof. José Guilherme de Lara Resende (ECO/UnB), por ter me mostrado a beleza da microeconomia e tudo que não sei, sem jamais ter reclamado de minha insistência em frisar: “dada a disponibilidade de pagar”. A Paulo Maurício Siqueira e Sandra Dino, por não terem desistido da sociedade, mesmo quando comecei a sumir de manhã, à tarde e à noite para demonstrar teoremas, nem quando fórmulas começaram a aparecer em contratos sociais e pensei em substituir juro *pro rata* por uma integral. Prometo que nossos clientes não vão mais encontrar paredes com demonstrações matemáticas, talvez só na mesa... Aos meus amigos da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE que, por anos, esperaram ansiosamente o dia em que eu ia desistir dessa loucura e, quando perceberam que talvez eu fosse aguentar, suportaram, sempre sorrindo, conversas sobre a Tragédia do Judiciário na praia, no bar, no restaurante, em palestras etc., sempre dizendo: “ok, agora escreve.” Pronto, escrevi. A todos, muito obrigado!

RESUMO

Esta tese explora o subinvestimento em capital jurídico como uma explicação para o problema de congestionamento dos tribunais brasileiros. A análise indica que os magistrados brasileiros não possuem incentivos e mecanismos suficientes para investir em capital jurídico e uniformizar regras jurídicas. A insegurança jurídica resultante, combinada com o livre acesso ao serviço público adjudicatório constitucionalmente garantido, gera incentivos para a sobreutilização dos tribunais, resultando no problema endêmico de congestionamento, a Tragédia do Judiciário. O congestionamento atrai litigantes que desejam postergar suas obrigações pelo sistema judicial, enquanto litigantes legítimos são excluídos, um problema trágico de seleção adversa.

Palavras-Chave: Judiciário, Morosidade, Capital Jurídico, Ciclo da Litigância, Tragédia do Judiciário.

JEL: K40; K41; K49.

ABSTRACT

This thesis explores judicial underinvestment in legal capital as an explanation for the court congestion problem in Brazil. The analysis indicates that Brazilian judges do not have enough incentives and mechanisms to invest in legal capital and to unify legal rules. The resulting legal uncertainty, combined with constitutionally granted free access to public adjudicatory services, generate incentives for the overexploitation of courts, hence, the endemic problem of court congestion, the Tragedy of Judiciary. Court congestion attracts litigation to stall legal obligations while excluding legitimate claims, a tragic adverse selection problem.

Keywords: Judiciary; Congestion; Legal Capital; Litigation Cycle; Tragedy of Judiciary.

JEL: K40; K41; K49.

Sumário

Lista de Siglas e Símbolos	XII
Índice de Figuras e Tabelas	XV
1 Introdução	1
2 Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância	5
2.1 A Abordagem Neoinstitucionalista e a Relevância Econômica do Direito	6
2.2 A Função Econômica do Judiciário	12
2.3 A Depreciação do Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância.....	21
2.3.1 A Aplicação e a Criação de Regras Jurídicas pelo Judiciário no Brasil... 21	
2.3.2 O Ordenamento Jurídico como um Bem de Capital.....	26
2.3.3 O Ciclo da Litigância.....	33
2.4 Ciclo Real de Litigância Agregada: uma conjectura	40
2.5 Conclusões do Capítulo	43
3 Anarquismo Judicial e a Depreciação do Capital Jurídico	45
3.1 A Função de Produção do Capital Jurídico e os Magistrados	45
3.2 A Estrutura Hierárquica do Judiciário Brasileiro	52
3.3 Modelos de Comportamento Judicial: parceiros ou adversários?	57
3.3.1 A Formação de Capital Jurídico como um Problema Agente-Principal ..	60
3.3.2 A Formação de Capital Jurídico como um Problema de Time.....	74
3.4 Conclusões do Capítulo	84
4 Subinvestimento em Capital Jurídico e Sobreutilização do Judiciário.....	88
4.1 A Crise (ou Sobreutilização) do Judiciário.....	88
4.2 A Tragédia dos Comuns	96
4.2.1 O Problema dos Recursos Comuns	96
4.3 Uniformização de Conceitos Básicos	99
4.4 A Tragédia do Judiciário.....	107
4.4.1 O Judiciário como Recurso Comum.....	107
4.4.2 Insegurança Jurídica e Sobreutilização do Judiciário.....	112
4.5 Seleção Adversa das Partes: a outra face da Tragédia do Judiciário	119
4.6 Conclusões do Capítulo	124
5 Conclusões Gerais.....	127
6 Bibliografia.....	132

Lista de Siglas e Símbolos

Sigla ou Símbolo	Descrição
A	Autor em um litígio em potencial.
A_A	Custo de celebrar um acordo para o Autor.
A_R	Custo de celebrar um acordo para o Réu.
C_A	Custo que o autor em um litígio em potencial A espera incorrer.
C_R	Custo que o réu em um litígio em potencial A espera incorrer.
C_t	Custos de investimento em capital jurídico no período t .
C'_t	Custo marginal de investimento.
C''_t	Taxa de variação do custo marginal de investimento.
d	Estado da natureza ideal (dever-ser).
I_t^i	Investimento bruto em capital jurídico na área i do direito realizado no período t .
J^*	Estoque ótimo de capital jurídico no equilíbrio de longo prazo.
J_t^i	Estoque de capital jurídico na área i do direito no período t .
N_t	Número de agentes que integram uma determinada comunidade e que potencialmente usufruem das informações geradas por J_t .
P_A	Probabilidade subjetiva atribuída pelo autor ao evento ganhar.
P_R	Probabilidade subjetiva atribuída pelo réu ao evento perder.
q	Probabilidade de um magistrado ser observado por seus pares seguindo ou divergindo da jurisprudência.
R	Réu em um litígio em potencial.
r	Taxa de juros ou desconto por período.
U_A	Benefício que o autor em um litígio em potencial A espera obter.
U_R	Retorno que o réu em um litígio em potencial A espera obter.
U_t	Utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico.
U'_t	Utilidade marginal do estoque de capital jurídico.
U''_t	Taxa de retorno da utilidade marginal do estoque de capital jurídico.
VR_A	Valor de reserva do Autor.
VR_R	Valor de reserva do Réu.

π	Diferença entre a utilidade do fluxo de informação gerada pelo capital jurídico e os custos de investimento em capital jurídico.
δ^i	Taxa de depreciação do capital jurídico no intervalo $t - 1$ a t .
ω	Estado da natureza real (ser).
<i>ACPC</i>	Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil
<i>ADI</i>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<i>ADPF</i>	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<i>AGU</i>	Advocacia Geral da União
<i>AJG</i>	Assistência Judiciária Gratuita
<i>BACEN</i>	Banco Central do Brasil
<i>BB</i>	Banco do Brasil S.A.
<i>Bradesco</i>	Banco Bradesco S/A
<i>BrT Celular</i>	Brasil Telecom Celular S/A
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CEEE</i>	Companhia Estadual de Energia Elétrica
<i>CEF</i>	Caixa Econômica Federal S.A.
<i>CF</i>	Constituição Federal
<i>CJ</i>	Conselho de Justificação
<i>CNJ</i>	Conselho Nacional de Justiça
<i>CPC</i>	Código de Processo Civil
<i>Des.</i>	Desembargador (magistrado de 2ª instância)
<i>EMGEA</i>	Empresa Gestora de Ativos
<i>Finasa</i>	Banco Finasa S/A
<i>Funasa</i>	Fundação Nacional de Saúde
<i>IBAMA</i>	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
<i>INCRA</i>	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
<i>INSS</i>	Instituto Nacional do Seguro Social
<i>Itaú</i>	Banco Itaú S/A
<i>NEI</i>	Nova Economia Institucional
<i>Pet</i>	Petição (como usada no Supremo Tribunal Federal)
<i>Petrobrás</i>	Petróleo Brasileiro S/A

<i>PGFN</i>	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
<i>PUCRS</i>	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
<i>RE</i>	Recurso Extraordinário
<i>Rel</i>	Relator
<i>REsp</i>	Recurso Especial
<i>RS</i>	Rio Grande do Sul
<i>Santander</i>	Banco Santander Brasil S/A
<i>STF</i>	Supremo Tribunal Federal
<i>STJ</i>	Superior Tribunal de Justiça
<i>STM</i>	Superior Tribunal Militar
<i>Telemar</i>	Telemar S/A
<i>TJ</i>	Tribunal de Justiça
<i>TJDFT</i>	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
<i>TJM</i>	Tribunal de Justiça Militar
<i>TRE</i>	Tribunal Regional Eleitoral
<i>TRF</i>	Tribunal Regional Federal
<i>TRT</i>	Tribunal Regional do Trabalho
<i>TSE</i>	Tribunal Superior Eleitoral
<i>TST</i>	Tribunal Superior do Trabalho

Índice de Figuras e Tabelas

Figura 1: A Função Econômica do Judiciário	20
Figura 2: O Ciclo da Litigância	38
Figura 3: A Tendência Secular da Litigância	39
Figura 4: Litigiosidade no Brasil (1990-2004).....	40
Figura 5: Litigiosidade no Brasil – Casos Novos (2004-2010).....	41
Figura 6: Litigiosidade no STF (1990-2012).....	42
Figura 7: Tendência de Litigiosidade no STF (1990-2012)	43
Figura 8: Complementaridade entre Investimento em Litigância e Jurisprudência	46
Figura 9: Estrutura Hierárquica do Judiciário	54
Figura 10: Estrutura Recursal Simplificada.....	56
Figura 11: Incentivo Imperfeito para Seguir a Jurisprudência	70
Figura 12: Incentivo Perfeito para Seguir a Jurisprudência	72
Figura 13: Acuidade do Sinal e Formação de Jurisprudência	81
Figura 14: Tipos Econômicos de Bens	101
Figura 15: Tipos Jurídicos vs. Tipos Econômicos de Bens.....	104
Figura 16: Faculdades Econômicas e Jurídicas do Proprietário	106
Figura 17: Gastos Comparativos com o Poder Judiciário	111
Tabela 1: Probabilidade dos Sinais.....	77
Tabela 2: 100 Maiores Usuários em 2010 (% em relação aos 100 maiores)	93

1 Introdução

O Judiciário é fundamental para o desenvolvimento de qualquer nação. Do ponto de vista público, a existência de um mecanismo imparcial de solução de controvérsia permite que indivíduos sejam capazes de alcançar, *ex ante*, soluções de compromisso (leis) que, se violadas, serão devidamente impostas *ex post*. Já da perspectiva privada, não apenas o Judiciário protege os direitos fundamentais dos cidadãos contra possíveis violações pelo próprio Estado, como permite que indivíduos cooperem entre si para atingir seus objetivos particulares, gerando compromissos críveis chamados contratos. Todavia, a função social do Judiciário pressupõe que eventuais violações a direitos serão punidas tempestivamente. Nesse contexto, a morosidade é um problema, que diminui a eficácia do Judiciário enquanto mecanismo fomentador de cooperação e de desenvolvimento.

Há décadas o Judiciário brasileiro está em crise. Ele é considerado lento, ineficaz e caro. Inúmeras reformas foram realizadas para tentar dar celeridade aos tribunais, mas, até agora, os resultados não foram satisfatórios. Procedimentos foram simplificados, juizados especiais criados, defensorias públicas montadas, competências constitucionais alteradas e o acesso aos serviços públicos adjudicatórios continua sendo restrito e a morosidade judicial um problema nacional. A demora dos tribunais não é um privilégio brasileiro. Vários países, em maior ou menor grau, enfrentam este problema. No entanto, considerando-se que o desempenho judicial depende intimamente do ambiente institucional em que seus membros estão inseridos e que este ambiente varia substancialmente de local para local, é de se esperar que a solução para o problema da morosidade tenha um conteúdo particular de cada país.

Muitas razões já foram oferecidas para a morosidade do Judiciário. Falta de recursos materiais, excesso de recursos judiciais, complexidade dos procedimentos, baixa qualidade dos integrantes do sistema (juristas em geral), má-gestão etc. Esforços têm sido realizados no sentido de tentar identificar a relevância de cada uma dessas possíveis explicações e resolvê-las. Não obstante, até o momento, não se aventou a possibilidade de a estrutura de incentivos dos magistrados e, portanto, o Judiciário em si ser uma das, se não a principal, causa de sua própria morosidade. O presente trabalho

aborda justamente esta hipótese, ainda não suficientemente explorada na literatura nacional, e que pode auxiliar na compreensão das causas deste importante problema e, desse modo, orientar futuras políticas públicas.

O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar reiteradamente tais regras quando surge um conflito, os agentes econômicos podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes econômicos saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento. A hipótese central aqui desenvolvida é a de que o subinvestimento em capital jurídico pode levar à sobreutilização do Judiciário. Essa é a ideia básica desenvolvida nos três capítulos que compõem esta tese, além desta introdução e conclusões.

No **Capítulo 2 – Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância**, desenvolvemos a interpretação econômica da segurança jurídica como uma espécie de capital. É comum encontrar na literatura jurídica e econômica a proposição de que a presença de um Estado de Direito é necessária para o desenvolvimento sustentável de uma nação. Estado de Direito ou *Rule of Law* aqui é entendido como a presença de um sistema legal e judicial independente, eficiente e acessível, que aplique as leis de forma igualitária, previsível, coerente e prospectiva. Mas este é um conceito amplo demais para ser operacionalizado, razão pela qual focamos atenções no aspecto da previsibilidade. Em um império de leis, e não de homens, pessoas na mesma situação são tratadas igualmente e as regras aplicáveis são conhecidas previamente. Os juristas costumam chamar essa previsibilidade de segurança jurídica, o que poderíamos interpretar economicamente como a redução do desvio-padrão das decisões sobre caso semelhantes. Neste trabalho, ela é interpretada economicamente como capital.

A partir da ideia de capital jurídico, usando um modelo de capital-investimento, investigamos as consequências da existência de um desequilíbrio de curto prazo. A depreciação ou a obsolescência do capital jurídico gera insegurança jurídica. Esta, por sua vez, gera dúvidas nos agentes privados acerca da regra jurídica a ser aplicada a uma determinada situação. Essa dúvida dificulta a realização de acordos extrajudiciais, aumentando o número de litígios, que, posteriormente, se convertem em decisões judiciais

e, estas, em jurisprudência. O capital jurídico é repostado com a formação de jurisprudência, diminuindo a incerteza jurídica e resultando em uma retração do número de litígios. É o ciclo da litigância.

Contudo, o capital jurídico só é repostado ou formado se houver investimentos em formação de jurisprudência, o que requer necessariamente investimentos privados complementares das partes em atividades litigiosas, e, dos magistrados, em produção e manutenção de jurisprudência. Supondo-se que as partes possuem incentivos adequados para litigar, investigamos os incentivos dos magistrados no **Capítulo 3 – Anarquismo Judicial e a Depreciação do Capital Jurídico**. A estrutura de incentivos dos magistrados é modelada de duas formas: (a) um modelo agente-principal, para retratar as hipóteses em que há um conflito de interesses entre graus de jurisdição diversos; e (b) um modelo de times, para estudar as condições necessárias para que capital jurídico seja formado a partir de uma cooperação, mesmo na ausência de mecanismos de uniformização de jurisprudência.

O estudo dessas abordagens informam em que condições podemos esperar a realização de investimentos em capital jurídico. Nos casos em que houver identidade ou similitude de posições, a jurisprudência pode surgir como um resultado natural da cooperação entre as instâncias. Nos casos em que houver divergência, a única forma de gerar os investimentos necessários em capital jurídico é pela implementação de mecanismos que imponham custos aos magistrados em caso de reversão, ausentes no cenário brasileiro. O resultado esperado é um subinvestimento em capital jurídico por parte dos magistrados.

O livre acesso aos serviços públicos adjudicatórios, constitucionalmente garantido, combinado com a rivalidade dos serviços, torna o Judiciário um recurso comum. Nesse contexto, a insegurança jurídica resultante do subinvestimento em capital jurídico gera incentivos privados à propositura de ações, sem formar capital jurídico, o que sobrecarrega o sistema judicial. A interrupção do ciclo da litigância cria um círculo vicioso, que leva à morosidade judicial, é a Tragédia do Judiciário, analisada no **Capítulo 4 – Subinvestimento em Capital Jurídico e Sobreutilização do Judiciário**. Por fim, demonstramos que a morosidade judicial desincentiva detentores de direitos a litigar e incentiva agentes interessados em postergar suas obrigações a usar o Judiciário, o que é

um problema de seleção adversa, ainda mais trágico que a simples morosidade. Conclusões gerais são apresentadas no capítulo seguinte.

2 Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância

Todas as sociedades modernas possuem um sistema jurídico que estabelece regras de convivência. Tais regras são restrições institucionais formais que restringem o conjunto de possibilidades de cada um de seus integrantes, sendo variável o grau de sucesso alcançado por cada civilização neste esforço. É lugar comum a concepção de que para alcançar o desenvolvimento sustentável, é necessário que uma dada sociedade desenvolva e mantenha um sistema jurídico que funcione bem e dê sustentação a um bom sistema de governança (e.g. Dam, 2006). Nesse sentido, no início dos anos 1990, várias agências internacionais como as Nações Unidas (e.g. Court, Hyden, & Mease, 2003) e o Banco Mundial (e.g. Messick, 1999; World Bank, 2001) começaram a investir recursos na reforma de sistemas legais e judiciários de diversos países, ainda que a importância do sistema jurídico para o desenvolvimento fosse reconhecida há muito tempo por pensadores como Max Weber (1999 [1920]), um jurista e economista de formação, e, por exemplo, pelos participantes do movimento *Law and Development* da década de 1960 (cfr. Burg, 1997).

Não obstante, considerando que instituições formais e informais (cfr. North, 2007 [1990]) são – em larga medida – idiossincráticas de cada povo, no Brasil, ainda há pouca discussão acerca de como tais instituições são criadas e quais são mais benéficas ou prejudiciais a esse empreendimento coletivo que é a busca pelo desenvolvimento. Do ponto de vista das instituições formais, há pouca pesquisa acerca de como os agentes sociais se mobilizam para a criação de regras de direito (*Rule of Law*) e quais as estruturas de incentivos necessárias para que isso ocorra. Nesse contexto, o Judiciário desempenha um papel fundamental, pois o sistema legal é estruturado substancialmente sobre essa organização e seu desempenho pode determinar, em última instância, quão bem funciona o sistema de governança da sociedade brasileira. Há evidências empíricas persuasivas de que sistemas judiciais bem estruturados contribuem para o crescimento econômico (cfr. Sherwood, Shepherd, & Souza, 1994; Pinheiro, 1996).

A questão é ainda mais relevante quando se reconhece que o Judiciário está em crise há anos, passando pela CPI do Judiciário de 1999 até a recente disputa acerca da competência, ou não, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ para investigar magistrados. Mas o principal aspecto do que informalmente se chama de a “Crise do Judiciário”

é a sua morosidade endêmica e persistente em resolver demandas judiciais. Desde a década de 1970, o Ministro do Supremo Tribunal Federal e autor do atual Código de Processo Civil – CPC, Alfredo Buzaid, já apontava para este problema (1972, p. 144 e ss.) decorrente de um descompasso entre a oferta e a demanda de serviços públicos adjudicatórios que impossibilitava o cumprimento de prazos judiciais.

O objetivo do presente capítulo é propor uma teoria do comportamento do Judiciário enquanto organização em um sistema jurídico romano-germânico como o nosso, e investigar como os agentes sociais interagem para estabelecer o nível ótimo de utilização dessa tecnologia jurídica. A compreensão da inter-relação entre a formação e a depreciação do capital jurídico como elemento definidor do ciclo da litigância permitirá uma nova compreensão de como a organização do Judiciário e, em especial, a estrutura de incentivos de seus integrantes, os magistrados, podem contribuir para o problema de morosidade judicial.

Assim, após uma breve revisão da literatura sobre a importância econômica do direito no Item 2.1, apresentamos um rascunho de uma teoria econômica do estado para demonstrar a função econômica do Judiciário no Item 2.2 e, em especial, sua capacidade de produzir regras jurídicas que limitem os espaços de atuação dos agentes públicos e privados, i.e., determinem comportamentos. Uma vez compreendida a importância econômica do Judiciário, no Item 2.3 apresentamos como a segurança jurídica (estabilidade, uniformidade e coerência do sistema de regras) pode ser compreendida como um bem de capital e os efeitos de sua depreciação sobre o aumento e a diminuição da demanda por serviços públicos adjudicatórios, ou seja, sobre o aumento e a diminuição da utilização do próprio Judiciário.

2.1 A Abordagem Neoinstitucionalista e a Relevância Econômica do Direito

A economia moderna se fundamenta basicamente no estudo dos incentivos para as condutas humanas. O direito, por sua vez, pode ser considerado como uma técnica institucional de controle do comportamento humano pelo uso da força estatal (em contraposição ao uso de pressão social ou moral). Sendo assim, a Análise Econômica do direito nada mais é do que a utilização do ferramental teórico econômico para estudar os incentivos gerados pelo ordenamento jurídico.

Nas sociedades modernas, o direito constitui um dos mais importantes instrumentos de alteração da estrutura de incentivos dos agentes econômicos, logo, de seu comportamento. A relação entre direito e desempenho econômico, portanto, parece ser óbvia. Não obstante, dois problemas parecem ter evitado que a investigação desse fato se desenvolvesse: a carência de consenso na literatura econômica sobre as variáveis relevantes para o crescimento (Easterly, 2002 [2001]), e.g. capital, educação, investimento, e a falta de atenção da teoria neoclássica ortodoxa, então dominante, para com as instituições formais e informais e sua importância no desenvolvimento econômico das nações (North, 2007 [1990]).

De acordo com a economia evolutiva, tradição iniciada na década de 50 (Alchian, 1950), os mercados competitivos tenderiam à eficiência e, da mesma forma, à geração de instituições eficientes. A presença de escassez geraria concorrência; esta, a seu turno, premiaria as instituições eficientes e eliminaria, no longo prazo, instituições incapazes de satisfazer plenamente as necessidades humanas. A racionalidade dos agentes econômicos, selecionados pela concorrência, cumulada com forte retorno (*feedback*) informacional e a arbitragem nos mercados competitivos, seriam suficientes para corrigir eventuais comportamentos desviantes (ineficientes) e superar atritos.

Aplicando-se os preceitos dessa posição evolutiva, as regras jurídicas segundo as quais as transações são realizadas seriam irrelevantes, ou seja, o direito e outras instituições seriam irrelevantes para a análise econômica, pois independentemente dos arranjos institucionais iniciais, estes se desenvolveriam em direção à eficiência no longo prazo.

O problema dessa abordagem é que ela superestima a capacidade dos citados mecanismos em superar os custos de transação presentes em mercados reais (North, 2007 [1990]; Williamson, 1983 [1975]). As informações são custosas, logo, os agentes decidem com base em informações incompletas ou erradas, apesar do retorno informacional, o que pode gerar comportamentos ineficientes. Além disso, os modelos neoclássicos tradicionais não costumam levar em consideração a possível divergência entre incentivos individuais e coletivos (Olson, 1971 [1965]; 1982; 2000); e os possíveis comportamentos oportunistas (*rent seeking*) resultantes, tanto dessa divergência, quanto da assimetria de informações.

Na economia ortodoxa, as instituições são tratadas como variáveis exógenas, i.e., no modelo, as instituições de um país são parâmetros a partir dos quais se identificam as condições de equilíbrio e maximização. Para Douglas North (2007 [1990], p. 11), não obstante a teoria neoclássica ter sido uma grande contribuição para o conhecimento humano e funcionar bem na análise de mercados competitivos em países desenvolvidos, ela é de pouca utilidade para a compreensão de mercados em outro estágio de desenvolvimento, como nos países emergentes, por exemplo.

Para os membros da corrente neoinstitucionalista, como o próprio North (2007 [1990]) e Williamson (1985), um dos motivos de o referido modelo não explicar satisfatoriamente a realidade seria exatamente o fato de não considerar as instituições como uma variável endógena. De acordo com essa corrente, são as instituições formais (e.g. direito) e informais (e.g., normas sociais e morais)¹, bem como a inter-relação entre elas, que definem a estrutura de incentivos das sociedades e, portanto, modelam o comportamento dos agentes econômicos (North, 1994). Em outras palavras, são as estruturas políticas, sociais e jurídicas que determinam as bases da produção, da troca e da distribuição (Williamson, 1999).

Na tentativa de explicar a razão de alguns países se desenvolverem economicamente e outros não, North (1994, p. 359) tenta aprimorar o modelo neoclássico mantendo o pressuposto da escassez e, portanto, da existência de concorrência e o ferramental analítico da teoria microeconômica. Da mesma forma, modifica o pressuposto da racionalidade, para limitá-la e incluir o elemento tempo. Com relação à motivação dos agentes econômicos, tradicionalmente restrita à maximização de riqueza pelos neoclássicos (North, 2007 [1990], p. 20 e 21), North tenta incorporar outras fontes, como o altruísmo, as ideologias e as restrições autoimpostas, por meio da introdução do conceito de custo de transação. A questão é, portanto, a função utilidade dos indivíduos, aqui incluindo todas as novas motivações e não apenas a maximização de riqueza *stricto sensu*.

Nessa abordagem, concebem-se tanto mercados econômicos quanto políticos, sendo estes que estabelecem os preços de se impor certas ideias. As instituições que levariam um país ao desenvolvimento seriam aquelas capazes de reduzir os custos de

¹ Para uma interessante discussão acerca da definição de instituição, a fim de que ela possa ser utilizada indistintamente pelas ciências sociais, vide Hodgson (2006).

transação, presentes em economias reais (Coase, 1960), de maneira a aproximar o mais possível tal país do modelo de mercado perfeito.

Além da ampliação da motivação, North (2007 [1990], p. 108) critica o pressuposto de racionalidade substantiva dos agentes econômicos e a capacidade de processamento de informações dos indivíduos. Ao adotarem esse pressuposto, os neoclássicos supõem (i) que todas as informações necessárias para os agentes maximizarem suas funções utilidades estarão disponíveis a custo zero e (ii) que os agentes são capazes de processá-las de forma maximizadora. Para North, ao invés, os agentes possuem racionalidade limitada, o que significa simultaneamente incapacidade de obter todas as informações e de processar as disponíveis e, por isso, realizam não opções maximizadas, mas a melhor opção possível identificada pela sua capacidade limitada de ver o mundo (modelo mental). No entanto, mesmo dentro desse contexto, tal comportamento pode ser compreendido como maximizador, desde que consideradas essas restrições.

Ainda assim, tanto a informação quanto o cumprimento da obrigação assumida (*enforcement*) representam custos de transação, que incorporam ambos os custos de mensuração ou conhecimento (custos de avaliação do bem) e os custos de imposição (assegurar que o acordado seja cumprido). Em um contexto em que os custos de transação não são desprezíveis, é natural que surjam instituições econômicas, sociais e políticas que permitam a redução desses custos, de forma a facilitar a maximização pelos agentes.

Exatamente por isso as instituições são endógenas e imprescindíveis para explicar o desenvolvimento das nações (cfr. Greif & Latin, 2004). O desenvolvimento, por sua vez, pode ser compreendido, ao menos em parte, da análise da história de redução dos custos de transação de cada sociedade e dos custos de produção, associados às inovações tecnológicas.

O grande objetivo das instituições seria, então, reduzir as incertezas em mercados imperfeitos. Quanto mais uma economia conseguisse reduzir seus custos e se aproximar do modelo de concorrência perfeita, mais apresentaria bom desempenho. Após estabelecer tais pressupostos, North (2007 [1990]) indaga (a) as razões pelas quais – mesmo tendo o custo da informação caído no mundo – as economias continuam a ter

desempenhos díspares; além das (b) razões pelas quais, uma vez identificadas matrizes institucionais “vencedoras”, os demais países subdesenvolvidos não as adotam.

De acordo com o mesmo autor (2007 [1990], Cap. 11), estas perguntas podem ser respondidas com os conceitos de dependência de trajetória (*path dependence*) e travamento (*lock in*) que geram mecanismos autoreforçantes. O travamento ocorre porque instituições são criadas por quem detém poder de barganha e não são elaboradas necessariamente em prol do bem-estar social. Já a dependência de trajetória decorre da existência de mercados imperfeitos e da presença de retornos institucionais crescentes e incentivos para que persistam.

Em complemento à abordagem de North, conhecida como neoinstitucionalismo ambiental, que é muito ampla e focada em macroagentes ou organizações, sem preocupações com o funcionamento interno de cada um (Hodgson, 2006, pp. 9-12), temos a abordagem de Williamson, conhecida como neoinstitucionalismo de governança, cujo principal foco é a transação ou troca em si e a melhor forma institucional de resolver vários problemas. Nas palavras do próprio Williamson (1999, p. 322):

Como vem se revelando, a [Nova Economia Institucional –] NEI não oferece uma única, mas sim várias perspectivas (relacionadas). A principal divisão se estabelece entre a abordagem focada no ambiente institucional, que é mais uma macroperspectiva preocupada com as regras políticas e jurídicas do jogo, e a focada nas instituições de governança, que é uma microperspectiva que lida com as empresas e modelos de mercado contratuais e organizacionais. Das duas, se pode arguir que a primeira é mais relevante para pesquisas sobre o desenvolvimento econômico e reformas. Eu, no entanto, trabalho predominantemente de uma perspectiva de governança; isto é, minha abordagem à organização econômica é ascendente ao invés de descendente.²

Assim como North, para Williamson (1983 [1975]; 1985; 1999), o homem da economia dos custos de transação é o “homem contratual”, que não possui as características comportamentais maximizadoras abstratas da concepção neoclássica. Além disso, a busca pela maximização de sua utilidade é incrementada a ponto de, na presença de assimetria de informações, dar azo a ações oportunistas. Para ele, o grande foco da organização econômica deve ser criar instituições que permitam a contratação livre de

²“As it turns out, the NIE offers not one but several (related) perspectives. The main divide is between the institutional environment approach, which is a more macroperspective and is concerned with political and legal rules of the game, and the institutions of governance, which is more a microperspective and deals with firms and market models of contract and organization. Of the two, the former is arguably more pertinent to economic development and reform. I nevertheless work predominantly from the governance perspective; that is, I adopt a bottom-up, rather than a top-down, approach to economic organization.”

comportamentos oportunistas, minimizando custos *ex ante* – contingências – e custos *ex post* – negociação (Williamson, 1999).

Como dito acima, a abordagem de Williamson (1999) tem sempre como alicerce o bloco fundamental das transações, os custos de transação envolvidos e os mecanismos institucionais desenvolvidos para reduzir ou eliminar cada custo e a possibilidade de oportunismos associada. O presente trabalho tenta chamar atenção justamente para a importância da microperspectiva institucionalista no desenvolvimento econômico, sendo, na realidade, a abordagem micro e macro indissociáveis. Se a intenção é maximizar o potencial efeito de reformas econômicas, toda e qualquer medida deve ser tomada simultaneamente levando-se em consideração os micro e macrocosmos envolvidos. Nesse sentido, o presente trabalho analisa o Poder Judiciário tanto do ponto de vista macro, enquanto organização (Capítulo 2), quanto do ponto de vista micro (Capítulos 3 e 4), enquanto conjunto de regras processuais que estabelecem os incentivos aos agentes (magistrados e partes).

Em resumo, adotando-se uma postura investigativa que reconheça a presença de custos substanciais de transação e, portanto, a possibilidade de comportamentos ineficientes, passa a ser essencial para o desenvolvimento econômico de um país a existência de instituições capazes de reduzir tais custos de maneira a aproximar os mercados imperfeitos do modelo competitivo (North, 2007 [1990]).

Essa é a principal crítica neoinstitucionalista ao pensamento neoclássico ortodoxo. O modelo neoclássico ortodoxo de concorrência perfeita é um instrumental útil para descrever e prever o comportamento de mercados competitivos em economias desenvolvidas, mas claramente insuficiente para explicar o comportamento da economia de países em desenvolvimento e identificar formas de acelerar o seu crescimento. Nesse contexto, em que a história do desenvolvimento econômico também é a história do desenvolvimento das instituições, a compreensão econômica do direito torna-se fundamental para a compreensão do desenvolvimento de um determinado país. Se instituições importam, o direito importa e muito (no mesmo sentido cfr. Coase, 1960; Olson, 1982; De Soto, 2000, p. 158).

A premissa, então, é que o direito pode desempenhar papel relevante na redução de custos de transação. Em princípio, podemos identificar dois vieses dessa função: (i)

o direito como mecanismo social de implementação coercitiva de decisões políticas, i.e., políticas públicas tendentes a superar o problema da ação coletiva no fornecimento de bens públicos pela convergência coercitiva de interesses; e (ii) o direito como redutor de custos de transação em negociações privadas. Essas perspectivas ficarão mais claras na seção seguinte, onde será explorada a função econômica do Poder Judiciário.

2.2 A Função Econômica do Judiciário

O problema fundamental do desenvolvimento econômico é, dentro das possibilidades tecnológicas e das dotações disponíveis, criar um ambiente institucional que fomente a cooperação, aqui entendida como a coordenação de atividades produtivas entre os agentes e trocas voluntárias. Essa abordagem possui um aspecto privado e outro público.

Do ponto de vista privado, os agentes precisam desenvolver regras que os permitam migrar do estado da natureza para a sociedade civil. No estado da natureza cada agente deve estabelecer continuamente a alocação dos recursos disponíveis entre atividades produtivas (e.g. caça, coleta, plantio) e atividades distributivas (e.g. doar, roubar, matar). A alocação ótima de recursos dependerá das características pessoais (e.g. força, agilidade, altura, saúde) e ambientais (e.g. fartura, família, presença de predadores) de cada agente.

No estado da natureza, recursos devem, portanto, ser alocados entre a produção e predação (atividades distributivas involuntárias). Como as atividades predatórias e de defesa não produzem qualquer riqueza, isto é, são atividades meramente redistributivas, todos os recursos a elas alocados são desperdiçados do ponto de vista social, i.e., reduzem o bem-estar social.

É possível que uma troca coercitiva gere bem-estar social líquido positivo, desde que o expropriador atribua mais utilidade ao bem que o expropriado. Todavia, se trocas coercitivas fossem permitidas, considerando que não é possível a comparação intersubjetiva de utilidade, mesmo aqueles que atribuem menor valor ao bem que o detentor original teriam incentivos para falsear sua valorização dizendo que o valorizam mais, no intuito de adquiri-lo. Esse comportamento oportunista se repetiria, ressurgindo os incentivos para alocar recursos entre atividades predatórias e defensivas. Estaríamos de volta ao estado da natureza. Assim, é a presença de trocas voluntárias (livres de ameaça

e coerção) que garante que ambos os agentes estão se beneficiando da troca e, portanto, que o bem-estar social aumenta.

Em um cenário de trocas voluntárias, produtores e predadores poderiam melhorar sua situação se encontrassem uma forma crível de cooperar e alocassem os recursos antes destinados à predação e à proteção de atividades produtivas. Tal alocação geraria um excedente que poderia, então, ser compartilhado entre ambos os grupos de acordo com alguma regra distributiva. Obviamente, a distribuição do excedente cooperativo dependeria do poder de barganha de cada agente, mas independentemente da distribuição, essa cooperação seria Pareto-eficiente.

Esse estado de cooperação é o que se convencionou chamar de sociedade civil e pressupõe, necessariamente, a presença de regras impostas aos agentes por alguma organização. Nas sociedades modernas, a organização que elabora e impõe essas regras é chamada Estado. Não é necessário que essa organização seja democrática para gerar bem-estar social, basta que haja a conversão do estado da natureza para a sociedade civil. Uma abordagem da história humana compatível com essa breve descrição quase Hobbesiana pode ser encontrada em Acemoglu e Robinson (2006) e em North, Wallis e Weingast (2009).

A essas regras de convivência que se diferenciam da moral e dos costumes e são impostas pelo Estado se convencionou chamar direito (instituição formal). O primeiro instrumento para criar um compromisso crível de cooperação e superar o estado de natureza foi o estabelecimento do direito de propriedade. Com o estabelecimento e reconhecimento desse direito, a cada agente é informado de forma clara e precisa o que a coletividade reconhece como lhe pertencendo, logo, sobre quais recursos pode exercer seu domínio.

A definição clara do direito de propriedade de cada indivíduo libera recursos das atividades de predação e proteção e gera excedentes. Para maximizar a utilidade do agente produtor, esses excedentes precisam ser trocados com outros agentes possuidores de excedentes de outros bens, função para a qual o direito de propriedade é condição necessária (para que não haja predação), mas não suficiente.

Em trocas instantâneas em que cada lado apresenta simultaneamente o seu excedente ao outro lado, basta o estabelecimento claro e preciso do direito de propriedade para que as trocas ocorram. Estaríamos no mundo do escambo. Todavia, à medida que as trocas se tornam mais sofisticadas, as contraprestações se tornam diferidas no tempo e o número de agentes envolvidos cresce, o espaço para comportamentos oportunistas também aumenta e surge uma crise de confiança recíproca que – no limite – impede a troca (ou a expansão do mercado livre, em um vocabulário Smithiano). O escambo não é mais um mecanismo suficiente e adequado para gerar a confiança mútua necessária para a superação do problema de desconfiança recíproca.

Diversas estratégias foram utilizadas ao longo da história humana para tentar superar o problema da desconfiança recíproca (Dixit, 2007), desde reputação, guildas, controles informais, até a restrição das trocas a membros de uma mesma ordem religiosa ou a troca de reféns como arras (para alguns exemplos, cfr. Greif, 2006). Todavia, essas tecnologias negociais possuem claras limitações, como a necessidade de mecanismos pessoais de retaliação (e.g. ficar com um parente em garantia) ou a presença de interações reiteradas (e.g. reputação). Na presença de uma autoridade central imparcial com poder de imposição sobre os agentes negociadores (coerção), a utilização do direito contratual pode ser uma alternativa superior.

O direito contratual está resumido no brocardo latino *pacta sunt servanda*, que significa os pactos devem ser respeitados. A ideia básica é que se os agentes realizam trocas voluntárias, essas trocas são *ex ante* benéficas para ambos e, se um terceiro desinteressado pode impor tais obrigações assumidas na presença de tentativas de burlar o contrato (comportamento oportunista), então, a possibilidade de imposição do comportamento acordado superaria o problema da desconfiança recíproca e as partes cooperariam *ex ante* (confiariam). O direito contratual, portanto, é um instrumento de coordenação de agentes econômicos que os impede de adotar comportamentos oportunistas, gerando assim a confiança necessária para a realização de investimento e de trocas diferidas no tempo.

O problema é que uma organização tão forte a ponto de conseguir impedir que qualquer um usurpe a propriedade de outrem e de fazer cumprir obrigações voluntariamente assumidas também é capaz de expropriar e impor obrigações, razão pela qual são necessárias limitações ao próprio poder do Estado. Tais limitações permeiam todas as

áreas do direito, mas estão especialmente presentes no direito constitucional (lei fundamental que organiza o Estado), administrativo (regras sobre como pode proceder perante o administrado), tributário (regras sobre como pode expropriar para se financiar) e financeiro (regras sobre como pode gastar os recursos arrecadados).

Além de restrições jurídicas, a estratégia organizacional adotada pela maioria das nações para limitar o poder estatal foi dividi-lo em entes relativamente autônomos, que seriam menos poderosos que o todo, os quais se controlariam e se contraporiam uns aos outros. É o que se convencionou chamar de separação dos poderes. A forma como cada sociedade escolheu para realizar tal divisão varia de país para país, mas a divisão enquanto estratégia é quase universal, principalmente em democracias.

No Brasil, a Constituição Federal estabelece que a União Federal é formada por poderes independentes: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Os detalhes de cada Poder estão previstos em seu Título IV – Da Organização dos Poderes, sendo instituído um Poder Legislativo, a quem compete o poder de elaborar as leis (art. 44 e ss. da CF), um Poder Executivo, a quem compete executar as leis e implementar as políticas públicas (art. 76 e ss. da CF) e um Poder Judiciário, a quem compete aplicar as leis em casos de conflito (art. 92 e ss. da CF).

Em nosso sistema, as regras a serem aplicadas são (ou deveriam ser) elaboradas majoritariamente pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado (art. 44 da CF), cujos membros são representantes eleitos do povo. Já a execução dessas regras e das políticas públicas delas decorrentes fica a cargo preponderantemente do Presidente da República (art. 76 da CF), também eleito pelo povo (art. 77 da CF). Por fim, o Judiciário, a quem compete fazer valer as leis e a Constituição (art. 5º, inc. XXXV da CF), não é composto por representantes do povo, mas por bacharéis em direito concursados (art. 93, inc. I da CF) ou advogados e membros do Ministério Público, nomeados pelo Poder Executivo e aprovados pelo Senado Federal (art. 94, 101, § único e 104, § único da CF).

A explicação comumente oferecida para que os membros do Poder Judiciário não sejam políticos, mas burocratas, é que seu papel seria de aplicação independente das leis aprovadas pelo Poder Legislativo e pelo Executivo (veto) e, portanto, quanto mais

distantes do jogo político e suas naturais flutuações, melhor. Como a função preponderante do Judiciário é técnica, aplicar a lei, não seria necessário e muito menos recomendável que seus integrantes tivessem interesses políticos nas causas que julgam. Os economistas costumam chamar esse papel de fazer valer as regras (*enforcement*). O Judiciário tem, pois, um papel impositivo.

No intuito de estruturar uma organização o mais independente possível do jogo político, o constituinte originário não se limitou a estruturar um Judiciário formado por burocratas, ele também estabeleceu garantias para que fosse externa e internamente difícil exercer pressões políticas sobre seus membros, em especial:

- (i) a **vitaliciedade** (art. 95, inc. I da CF), um magistrado não pode ser removido do cargo pelos demais Poderes, mas apenas pelo próprio Poder Judiciário em decisão definitiva (transitada em julgado) e em casos muito restritos;
- (ii) a **inamovibilidade** (art. 95, inc. II da CF), um magistrado não pode ser retirado de sua área de jurisdição, para que não se possa manipular o resultado dos julgamentos trocando-o por magistrado que seja favorável a uma determinada posição; e
- (iii) a **irredutibilidade de subsídios** (art. 95, inc. III da CF), um magistrado não pode ter seu salário, chamado subsídio, reduzido por seus superiores ou pelos demais Poderes.

Além dessas garantias constitucionais, outras garantias estão previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35 de 1979). Independentemente dos possíveis incentivos ao comportamento oportunista que tal estrutura de proteção possa gerar (cfr. Item 3.3.1), a organização burocrática e a concessão de inúmeras garantias aos membros da magistratura têm como finalidade principal a formação de uma organização que possa desempenhar sua função impositiva (fazer valer as leis) de forma independente dos demais poderes.

Em termos econômicos, é possível se compreender a estrutura de separação de poderes brasileira como um mecanismo desenhado para que o Judiciário seja uma organização em que a riqueza e o poder de seus membros não dependam do resultado de seus julgamentos e, portanto, que os magistrados não tenham interesse particular em relação ao resultado das decisões que prolatam.

A ideia é que, como a sua utilidade não depende do resultado do processo, em tese, os magistrados se comportariam como agentes desinteressados na implementação e proteção de barganhas políticas realizadas pelos membros dos demais Poderes convertidas em leis, bem como garantiriam que o acordo originário sobre a estrutura do próprio Estado (Constituição) não fosse violado. A existência de um terceiro desinteressado que faça valer – no longo prazo – as barganhas políticas necessárias para acomodar os interesses de uma sociedade plural tem função semelhante para os grupos políticos e para os particulares: superar o problema da desconfiança recíproca. No primeiro caso, essas barganhas chamam-se leis e, no segundo, contratos.

No espírito de proteção da sociedade civil e de limitação de poder e controle mútuo, em caso de divergência de interesses entre agente (magistrado) e principal (Executivo e Legislativo), como os demais poderes podem alinhar o comportamento dos magistrados a seus interesses políticos? A resposta da teoria jurídica tradicional é simples: o magistrado é servo e não senhor da lei, ele deve se submeter ao seu comando quando agir. Por óbvio, se a teoria jurídica tradicional funcionasse, bastaria mudar a legislação, pois como a função do Judiciário – em tese – é apenas aplicar a lei, alterando-se o parâmetro (lei), o comportamento dos magistrados em cada julgamento deveria ser alterado (decisão).

Essa visão é comum no meio jurídico quando se diz que, em um Estado de Direito, que o Estado brasileiro se propõe a ser (art. 1º da CF), o magistrado é servo e escravo da lei e a sentença pronunciada seria fruto do silogismo desta com os fatos (subsunção). O magistrado se limitaria à aplicação e à interpretação da lei, independentemente de suas próprias convicções. Obviamente, essa proposição, ainda ensinada nos bancos das faculdades, não parece muito compatível com um modelo de um agente racional maximizador. Essa questão foi e tem sido debatida por inúmeros estudiosos, dos quais destacamos o alerta de Carl Schmitt (1996 [1982]), a modelagem pioneira de Cooter (1983) e de Posner (1993) e o recente estudo empírico realizado por Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011) de que juízes são influenciados por outras questões que não a apenas lei no momento de decidir³.

³ Danziger, Levav e Avnaim-Pesso demonstraram que a chance de um magistrado judeu conceder liberdade condicional a um preso era diretamente proporcional ao tempo que o magistrado estava sem comer.

Nos termos da literatura de agente-principal, a estrutura de incentivos brasileira está propensa ao surgimento de problemas de comportamento oportunista por parte dos magistrados (agentes), pois, uma vez estabelecida a sua independência, nada garante que o Judiciário se aterá ao texto da lei ao invés de simplesmente passar a elaborar regras que reflitam melhor as preferências de cada magistrado.

Uma primeira resposta a esse problema de agência deveria ser que a escolha pelos demais poderes dos membros integrantes do STF (art. 101, § único da CF), responsável pela última palavra em questões constitucionais e do STJ (art. 104, § único da CF), responsável pela última palavra em questões de legalidade federal, deveria ser suficiente para alinhar tais interesses, mas, como, uma vez escolhidos, os Ministros são praticamente intocáveis (vide garantias constitucionais), esse mecanismo de alinhamento *ex ante* é claramente falho *ex post*.

É o que parece indicar a pouca evidência empírica a respeito, como o estudo de Jaroletto e Mueller (2011), a decisão do STF ao julgar a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, na qual foi reconhecida a união estável para casais do mesmo sexo a despeito da literalidade do art. 226, §3º da CF⁴ e do art. 1.723 do CC⁵ e noutros casos, como o da demarcação de terras em Raposa Serra do Sol (Pet 3388), o da imposição de fidelidade partidária (ADI nº 3.999 e ADI nº 4086), o da proibição de nepotismo (Súmula Vinculante nº 13) e o do uso restrito de algemas (Súmula Vinculante nº 11). Ao que tudo indica, na ausência de outros mecanismos de controle, o ativismo judicial é um resultado previsível dessa estrutura de incentivos (o que não deixa de ser um exemplo de problema agente-principal).

Essa estrutura de incentivos gera efeitos indesejáveis, tanto do ponto de vista de alinhamento entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que chamaremos de **ali-**

Assim, logo após o almoço a chance de concessão era de cerca de 65%, que ia caindo com o passar do tempo até quase zero. Após a pausa para o lanche, a probabilidade retornava abruptamente para os mesmos 65%, para voltar a cair gradativamente.

⁴“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

⁵ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

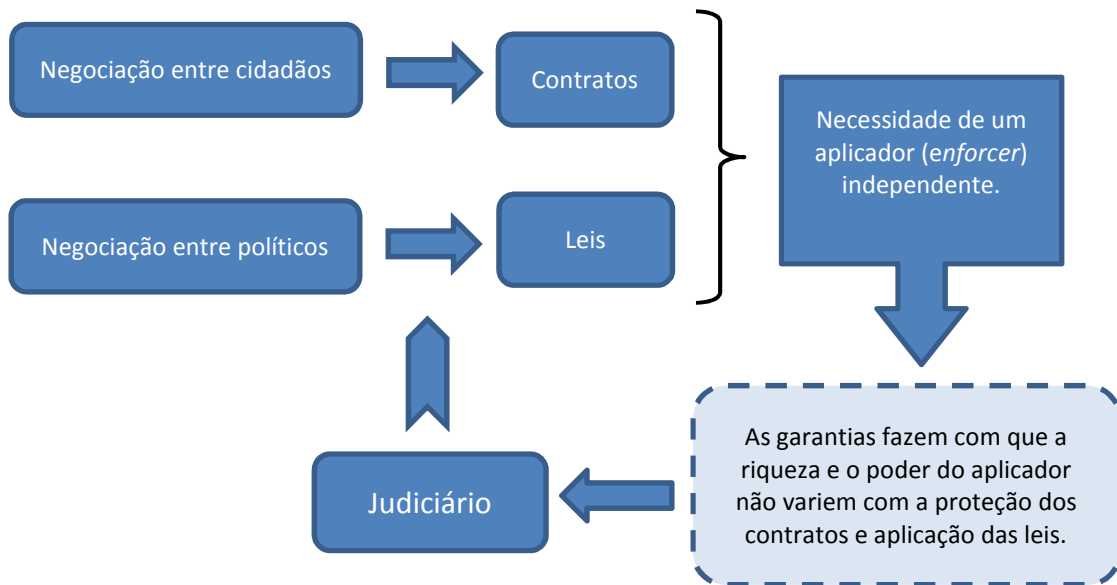
nhamento entre poderes, quanto do ponto de vista de alinhamento de incentivos dentro do próprio Judiciário, que dividimos em **alinhamento horizontal** (dentro de um mesmo nível na organização judiciária) e **vertical** (entre níveis diversos na organização). O objeto de investigação deste trabalho é justamente a sobreutilização do Judiciário decorrente da falta de alinhamento horizontal e vertical de interesses.

Mas, deixando de lado, por ora, os problemas de incentivos gerados pela estrutura organizacional do Judiciário brasileiro, fato é que a criação de um Estado para dar suporte à sociedade civil e a limitação do poder estatal para proteger e manter essa mesma sociedade civil são os aspectos públicos do problema fundamental de busca de mecanismos para criação da cooperação entre os agentes, cerne do desafio de desenvolvimento de todas as nações.

O Judiciário desempenha um papel central dentro desse arcabouço institucional. Do ponto de vista privado, a ele compete proteger os direitos subjetivos atribuídos a cada cidadão, inclusive o direito de propriedade, bem como as alocações de tais direitos realizadas pelo próprio agente na realização de contratos. Enquanto o primeiro papel evita o desperdício de recursos com atividades predatórias meramente redistributivas, o segundo, ao eliminar ou mitigar a possibilidade de comportamentos oportunistas, permite a superação do problema de desconfiança recíproca e viabiliza a realização de contratos complexos.

Além disso, do ponto de vista público, as barganhas políticas negociadas entre os vários grupos integrantes do Legislativo e do Executivo materializam-se na forma de legislação, que depois deve ser aplicada (*enforced*). É o Judiciário que – ao aplicá-la – garante credibilidade aos acordos políticos consubstanciados em lei. Essa credibilidade permite a cooperação de longo prazo entre grupos e reduz conflitos, comportamento oportunista e o emprego da violência. Por outro lado, tal sistema só é autossustentável se o poder do próprio Estado for restringido, razão pela qual regras limitadoras devem ser impostas a todos os entes componentes do Estado e compete precipuamente ao Judiciário impor (*enforcement*) tais regras em casos de conflito. Podemos, então, ilustrar o papel central do Judiciário da seguinte forma:

Figura 1: A Função Econômica do Judiciário



A função econômica do Judiciário é atuar como um terceiro desinteressado capaz de impor às partes, *ex post*, as obrigações assumidas *ex ante*, fazendo com que o retorno esperado do comportamento desviante seja negativo. Como o comportamento desviante deixa de ser lucrativo para o agente econômico, as promessas realizadas por cidadãos e grupos políticos passam a ser críveis e supera-se, assim, o problema da desconfiança recíproca. O resultado é cooperação.

De início seria razoável supor que, se não fossem os custos de transação, isto é, em um mundo Coasiano típico da economia neoclássica, o Judiciário jamais seria utilizado, pois bastaria a simples potencialidade de sanção para tornar o retorno esperado da conduta desviante negativo e, portanto, irracional a sua adoção. Todavia, mesmo em um mundo sem custos de transação, a sociedade muda com o tempo, e as características estruturais que antes tornavam uma regra jurídica adequada podem não mais persistir ou novas situações que não se adequem às antigas regras podem surgir. Essas mudanças geram incertezas acerca de como eventuais disputas serão resolvidas pelos magistrados (mesmo supondo um Judiciário perfeito, que não erra). Nesses casos, deve haver algum mecanismo de atualização das regras jurídicas. A depreciação e a obsolescência do capital jurídico e o seu mecanismo de reposição (investimento) é o que discutimos no item seguinte.

2.3 A Depreciação do Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância

A primeira referência ao conjunto de regras jurídicas como um bem capital, com características de bem público, é o trabalho de Buchanan (2000 [1975]). Para Buchanan, os benefícios decorrentes da criação de uma regra jurídica, isto é, o retorno (*yield*) esperado não é auferido apenas em um período, como um show de fogos de artifício, mas continuamente no futuro, como um farol. O principal objetivo de se adotar leis seria restringir comportamentos em períodos futuros; restrições que, por sua vez, quando impostas a toda a coletividade, permitiriam o planejamento incorporador de previsões mais acuradas. O direito seria, portanto, um bem durável cuja utilidade se usufrui no decorrer do tempo (Buchanan, 2000 [1975], p. 99 e ss.).

No ano seguinte à publicação do trabalho de Buchanan, Landes e Posner (1976) elaboraram um modelo econômico para a análise de precedentes legais derivado da teoria de formação de capital e investimento. Considerando a origem norte-americana dos autores, no modelo proposto foram consideradas apenas as regras jurídicas decorrentes de decisões judiciais com força vinculante, os chamados precedentes, tendo sido excluídas as regras jurídicas oriundas de leis, constituição e regulação. Na presente seção, adaptamos este modelo para que seja aplicável a todo e qualquer tipo de regra jurídica e, assim, possa ser aplicado à realidade de um sistema jurídico romano-germânico, como o brasileiro, e exploramos suas implicações para o ciclo da litigância.

2.3.1 A Aplicação e a Criação de Regras Jurídicas pelo Judiciário no Brasil

De início é importante chamar a atenção para o fato de não haver a figura de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. O nosso sistema jurídico, de origem romano-germânica, é baseado em leis e códigos, isto é, em normas escritas. Assim, quando as partes de uma disputa são incapazes de chegar a um acordo, elas levam sua questão (lide) para ser decidida por um magistrado. No curso do processo, para que possa tomar uma decisão sobre a lide, primeiro, o magistrado deve decidir qual a legislação aplicável ao caso concreto. Essa legislação, normalmente, estabelece uma regra de decisão, que o magistrado usará para analisar o caso. Uma vez identificada (ou decidido) qual a regra aplicável, basta ao magistrado realizar um exercício de subsunção entre a regra jurídica escolhida e os fatos demonstrados no processo para decidir quem tem razão.

Apenas na inexistência de lei sobre a questão em juízo (lacuna jurídica) é que pode (ou deveria) um magistrado criar uma regra. Primeiro, consultando outras leis para casos parecidos (integração por analogia); depois, se não houver lei para caso semelhante passível de analogia, buscando costumes sociais que estabeleçam uma solução para a questão (integração por costume); e, por fim, se não houver nem um nem outro, o magistrado pode criar uma regra com base em um princípio jurídico, que nada mais é que um padrão jurídico extremamente amplo (integração principiológica). É o que determina a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4/7/42): “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Como se pode ver, no Brasil, até a forma de se aplicar as leis está prevista em lei.

Como nesse sistema a regra aplicável ao caso concreto é aquela já prevista na legislação, o exercício de subsunção realizado pelo magistrado – em princípio – não seria relevante, pois tudo que o magistrado precisa saber para os próximos casos é a regra jurídica, que está contida na lei e não na decisão judicial anterior. É por isso que no Brasil se diz que uma decisão judicial vincula apenas as partes envolvidas no processo e não gera qualquer tipo de limitação ou vinculação para magistrados em outras decisões futuras. O que vincula é (ou seria) a regra estabelecida pela lei e não a interpretação da regra adotada por algum magistrado, ainda que de uma instância superior. Em resumo, no Brasil, a jurisprudência, conjunto de decisões anteriores, não tem força vinculante, mas apenas persuasiva.

Já em sistemas consuetudinários, como o norte-americano, uma parte substancial do direito e, em especial, o direito civil é o resultado do conjunto de decisões proferidas anteriormente por magistrados em casos iguais ou semelhantes. A pergunta acerca de qual a regra jurídica deve prevalecer em um dado caso é respondida preponderantemente não pela consulta a códigos e leis, mas mediante a consulta às formulações que algum magistrado criou para resolver casos anteriores cujos fatos são semelhantes aos do caso em análise. Como normalmente essas formulações são restritas ao caso concreto, é necessário um conjunto de decisões para definir um comando normativo genérico o bastante para ser aplicado a casos futuros. Essa formulação ou regra jurídica é chamada de precedente. Se houver um caso anterior semelhante, aplica-se o precedente (é o que se

chama de *stare decisis*, está decidido). Do contrário, o magistrado cria uma regra para o caso em juízo, que poderá se tornar um precedente para casos futuros, se seguido.

Apesar dessa diferenciação tradicional entre o sistema romano-germânico e o sistema consuetudinário, em uma abordagem mais realista da dinâmica processual no sistema brasileiro, deve-se reconhecer que em muitos casos a legislação não estabelece uma regra clara a ser subsumida pelo magistrado. Essa falta de clareza pode decorrer da adoção de um padrão ao invés de uma regra, como a interpretação de boa-fé dos contratos estabelecida pelo Código Civil (“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) ou a imposição de responsabilidade civil em caso de negligência (“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”). Tanto boa-fé quanto negligência são conceitos jurídicos indeterminados, cujos significados precisam ser construídos pelo magistrado no caso concreto. Por isso, os referidos dispositivos legais não constituem regras de comportamento, mas padrões de julgamento a serem construídos pelo Judiciário. Já a contagem dos juros de mora desde o momento da citação inicial (art. 405/CC) ou a vedação de contratos cujo objeto seja herança de pessoas vivas (art. 426/CC) são regras jurídicas claras que demandam pouca ou nenhuma interpretação. Logo, são regras legislativas de comportamento, não padrões, que informam como as partes e o magistrado devem se comportar na presença de um litígio.

Por outro lado, na prática, mesmo regras jurídicas cujo conteúdo é perfeitamente inteligível podem ser alteradas pelo Judiciário a guisa de uma “interpretação” mais adequada. Por exemplo, o art. 649, inc. IV do CPC estabelece que são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, [...], os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;”. Em outras palavras, de acordo com a lei, um magistrado não pode determinar a penhora do salário de um devedor para satisfazer o crédito do credor. Para que não reste dúvida acerca da clareza da lei, o §3º a que se refere o inciso estabelecia uma exceção à regra de impenhorabilidade do salário,

mas essa exceção foi vetada pelo Presidente Lula porque, nas palavras do próprio Presidente⁶, é uma tradição brasileira proteger devedores:

§ 3º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

Não obstante, não é incomum encontrar decisões de Tribunais de Justiça permitindo a penhora legalmente proibida, desde que limitada a 30% da remuneração. É, por exemplo, a decisão unânime da 1ª turma Cível do TJDFT adotada no Acórdão nº 480791de 9/2/11 (Rel. Des. Convocado Sandoval Gomes de Oliveira). Para uma demonstração cabal de que este exemplo de alteração jurisprudencial da regra jurídica prevista em lei não se trata de um caso isolado, basta consultar a página criada pelo próprio TJDFT com uma lista dos acórdãos favoráveis e acórdãos desfavoráveis à penhorabilidade de salários⁷.

É possível discutir se a modificação inserida pelo Judiciário é adequada, ou não, mas independentemente disso, em uma descrição positiva da realidade judicial é necessário reconhecer que não se trata de uma questão de dúvida interpretativa, mas sim de alteração judicial da regra jurídica legislativa (interpretação *contra legem*). Note que a questão vem sendo decidida para um lado e para outro há anos (há acórdãos de 2006 a 2012 permitindo e proibindo), sem que o TJDFT adote uma única posição. Assim como neste caso, há inúmeras outras questões cujas regras jurídicas aplicadas pelo Judiciário são diferentes das legalmente previstas, como, por exemplo, a imposição pela Justiça do Trabalho de responsabilidade subsidiária do Estado em questões trabalhistas envolvendo terceirizados.

Se até a legislação, na prática, pode ser alterada pelo Judiciário, então, mesmo no sistema brasileiro, em que não há a figura do precedente, é possível se aplicar o mo-

⁶ Mensagem nº 1.047, de 6/12/06: “[...] A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. [...]”.

⁷ Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/temas-em-debate/jurisprudencia-comparada/direito-processual-civil/penhora-2013-conta-salario>. Consultado em: 17/7/12.

delo econômico de criação judicial de regras jurídicas, pois a regra *de facto* não necessariamente é a regra que está prevista em lei, mas sim o resultado da aplicação (ou não) dessa regra pelo próprio Judiciário. Note-se que o argumento não é que o Judiciário nunca segue a lei e, por isso, ela pode ser ignorada para fins do modelo e o sistema brasileiro (romano-germânico) equiparado ao norte-americano (consuetudinário). O que argumentamos é que apesar de o nosso sistema ser preponderantemente baseado em leis e códigos, não raras vezes o Judiciário cria regras jurídicas a despeito do que prevê a legislação (mesmo na ausência de lacuna jurídica) e que, portanto, a prática judicial – para o bem ou para o mal – nos permite considerar o direito que limita as ações dos agentes como o resultado das decisões judiciais para fins de análise positiva.

Obviamente, como funciona um sistema jurídico em que não há precedentes, isto é, onde nem mesmo as decisões de seus pares vinculam o magistrado na hora de decidir, é questão diversa. Fon e Parisi (2006) tentam responder a esta questão com um modelo dinâmico para descrever a evolução de decisões judiciais em sistemas civilistas, nos quais – como dito – a jurisprudência é meramente persuasiva. Na ausência do mecanismo de uniformização do *stare decisis*, em que basta uma única decisão para gerar um precedente, Fon e Parisi assumem que a jurisprudência é tanto mais persuasiva quanto mais consolidada for, sendo possível a existência de tendências e modismos. O mais interessante desse modelo é que um choque pode produzir insegurança e jurisprudência dividida que se perpetuam no tempo, ao invés de se estabilizar em uma posição consolidada, ou seja, uma pequena perturbação leva à insegurança jurídica de longo prazo. Esse resultado é compatível com a discussão realizada acima e reforça a ideia aqui defendida de que, em um sistema sem mecanismo de uniformização de jurisprudência, é possível e provável que eventuais depreciações do capital jurídico não sejam repostas e o sistema permaneça gerando insegurança. Essa discussão é retomada adiante no Item 3.3.

Explicado como o Judiciário brasileiro cria regras jurídicas por meio de interpretação da legislação, em casos de conceitos jurídicos indeterminados ou lacuna, ou pela simples alteração da literalidade da lei (interpretação *contra legem*), analisemos como essa dinâmica pode ser interpretada economicamente como um mecanismo de criação, depreciação e reposição de capital jurídico, a partir de uma abordagem da teoria capital-investimento.

2.3.2 O Ordenamento Jurídico como um Bem de Capital

O **capital jurídico** de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes econômicos podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos **segurança jurídica**, por sua vez, permite aos agentes econômicos saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento. Além disso, caso o risco de um determinado evento não tenha sido expressamente previsto em um contrato, seja por que não há contrato (e.g. em um caso de responsabilidade civil extracontratual), seja por que as partes não anteviram o evento ou preferiram não regulá-lo (lacuna contratual), a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer ao Judiciário. Assim, por exemplo, em um acidente de trânsito em que uma das partes bate na outra por trás, sabendo que o Judiciário vai presumir sua culpa, há uma maior probabilidade de o condutor que bateu concordar espontaneamente em indenizar o condutor do veículo da frente. Essa cooperação espontânea (autocomposição) alcança o mesmo resultado que seria alcançado por um julgamento (heterocomposição) sem incorrer nos custos de adjudicação, logo, é mais eficiente.

O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, ergo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes.

A segurança decorrente do capital jurídico não é consumida em um único período, ela é usufruída continuamente enquanto aquelas regras forem aplicadas pelo Judiciário, razão pela qual o capital jurídico é um bem durável. Nessa linha, podemos modelá-lo da seguinte forma. Seja J_t^i o estoque de capital jurídico da sociedade em uma determinada área jurídica i (a i -ésima área do direito) no período t . O estoque de capital jurídico é o conjunto de regras jurídicas previsivelmente aplicáveis a um caso concreto que

foram se acumulando no decorrer do tempo em períodos anteriores ($t - 1$, $t - 2$, $t - 3$ etc.). A fim de formarem capital jurídico, essas regras devem ser necessariamente previsíveis, para que possam gerar segurança jurídica aos agentes e, assim, permitir os ganhos de emulação e previsão de uma sentença futura. Regras ambíguas ou de difícil aplicabilidade não formam capital jurídico. Além disso, ao contrário do modelo de Landes e Posner, a origem dessas regras não precisa ser necessariamente judicial, pode ser legislativa, constitucional ou mesmo administrativa ou regulatória, basta que o resultado de sua aplicação seja previsível e seja mantida pelo Judiciário (estável), caso venha a ser contestada judicialmente.

Assim, seguindo o modelo de Landes e Posner, o estoque de capital jurídico em um período t pode ser expresso, por conseguinte, por:

$$J_t^i = I_{t-1}^i + (1 - \delta^i)J_{t-1}^i \quad \text{Equação 2-1}$$

onde $I_{t-1}^i \geq 0$ é o investimento bruto em capital jurídico realizado no período $t - 1$ e δ^i é a taxa de depreciação do capital jurídico no intervalo $t - 1$ a t . Para fins de simplificação, assumamos δ^i constante.

Agora J_t^i pode ser expresso como uma função dos investimentos e da depreciação ocorrida em todos os períodos anteriores. Substituindo J_{t-1}^i , J_{t-2}^i etc., é possível reescrever a Equação 2-1 da seguinte forma:

$$J_t^i = I_{t-1}^i + (1 - \delta^i)I_{t-2}^i + (1 - \delta^i)^2 I_{t-3}^i + \dots + (1 - \delta^i)^{t-1} I_0^i \quad \text{Equação 2-2}$$

onde $I_0^i \geq 0$ é o investimento bruto em capital jurídico realizado no período inicial 0. A Equação 2-2 ilustra o argumento anterior de que o investimento em qualquer período incrementa o capital jurídico nos períodos subsequentes, sendo que este incremento vai sendo consumido gradativamente a cada período na medida da taxa de depreciação δ .

Mas como se explica a depreciação do capital jurídico que é um capital intelectual semelhante ao conteúdo de um livro ou uma patente? Landes e Posner (1976, p. 21) propõem que uma regra jurídica não se deteriora ou é consumida no sentido físico, ela se deprecia no sentido econômico por que o valor da informação que ela carrega pode declinar no decorrer do tempo de acordo com as mudanças das circunstâncias.

Mudanças em condições econômicas ou sociais, na legislação, nos integrantes do tribunal competente ou em outros parâmetros jurídicos constituem um choque externo que pode reduzir o valor das regras jurídicas em apreço para fins de segurança jurídica e, portanto, o valor do capital jurídico.

A título de exemplo, considere o caso de casais homossexuais que desejavam compartilhar os frutos de uma união civil (e.g. direito a pensão, seguro saúde, herança). Até o dia 5 de março de 2011, data do julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 pelo STF, tendo em vista a interpretação dominante dos Tribunais no sentido de que o art. 226, §3º da CF e o art. 1.723 do CC vedavam a união estável entre pessoas do mesmo sexo, homossexuais que desejavam os efeitos jurídicos da união estável precisavam usar outros mecanismos mais custosos e menos eficazes, como a formação de empresas para aquisição de bens comuns, a criação de condomínios de imóveis etc. para obter – de forma imperfeita – os efeitos civis de uma união estável, tecnologia jurídica disponível aos heterossexuais. Independentemente de seu juízo de valor com relação à legitimidade ou adequação dessa vedação, para fins da análise proposta aqui, o que importa é que a regra era clara e, portanto, os agentes sabiam quais direitos subjetivos lhes eram atribuídos ou negados (o que economistas tradicionalmente chamariam de definição clara dos direitos de propriedade). Justamente por isso, essa regra integrava o capital jurídico brasileiro.

Com a mudança de entendimento do STF, essa regra foi alterada e passou a ser possível a equiparação da união homoafetiva à entidade familiar, mas exatamente o que isso significava do ponto de vista jurídico não ficou claro. Por exemplo, o STF reconheceu a união estável, mas e o casamento? Há uma diferença jurídica com algumas implicações na vida civil entre união estável e casamento; não é uma diferença meramente nominal. Em junho do mesmo ano, a própria decisão do STF foi contestada por um juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de Goiânia, Jerônimo Pedro Villas Boas, que determinou – de ofício – o cancelamento do contrato de união estável entre o jornalista Leorcino Mendes e o estudante Odílio Torres, que havia sido reconhecido pelo 4º Registro Civil e Tabelionato de Notas de Goiânia e proibiu que os cartórios de Goiás reconhecessem outros contratos de união estável (cfr. Procedimento Ex-Officio – art. 25, 4 do COJEG, TJGO e o Processo nº 3772527 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Goiás). Independentemente da decisão desse magistrado,

cartórios pelo Brasil afora ficaram na dúvida se poderiam ou não realizar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Várias decisões judiciais foram proferidas para autorizar ou mesmo comandar tal registro, mas essas decisões só têm eficácia sobre os cartórios na jurisdição de cada magistrado ou tribunal. Em outras comarcas, magistrados reiteradamente bloqueiam o casamento homossexual.

Para se ter uma ideia da dificuldade da questão, em 25 de outubro de 2011, a Quarta Turma do STJ, por maioria, reconheceu no REsp nº 118.337-8 / RS o direito de casar requerido por duas mulheres gaúchas. O fundamento foi justamente a decisão anterior do STF. Não obstante, como essa decisão do STJ não é vinculante (lembre-se, não existe precedente no Brasil), outros casais homossexuais interessados em casar ainda estão à mercê do entendimento específico dos cartórios e dos Tribunais de cada região. No Rio de Janeiro, por exemplo, todos os pedidos são negados por que o juiz responsável 1ª Vara de Registro Público do Rio – Luiz Henrique Oliveira Marques – entende que há vedação legal e a decisão do STF não alcança o casamento, mas apenas a união estável (cfr. Miranda, 2012). No Distrito Federal, um cartório aceita e o outro não. Como se pode ver, decorridos mais de um ano da decisão do STF, não existe *de facto* uma única regra jurídica em vigor acerca da possibilidade de casamento homossexual no Brasil no momento.

A vedação anterior e suas implicações jurídicas foram construídas durante o tempo e geravam segurança jurídica, isto é, integravam o capital jurídico. Com a mudança da regra, esse capital se depreciou e o Judiciário passou a ter de reconstruir nos períodos seguintes as regras associadas a esta nova possibilidade. Nesse sentido, o valor informacional das regras anteriores se depreciou (as regras tornaram-se obsoletas), isto é, ele diminuiu e precisou ser repostado por meio de novos investimentos em decisões judiciais, ainda em andamento. Note-se que, dada a natureza civilista de nosso sistema, essa depreciação poderia ser rapidamente repostada pelo investimento legislativo estabelecendo a regra jurídica para o casamento homossexual (permitindo-o ou proibindo-o novamente), que por ser obrigatória em todo território nacional (força cogente), tenderia a resolver a questão de forma unificada e rápida. Todavia, dada a natureza emocional, política e religiosa da questão, os custos de transação que devem ser incorridos para viabilizar a negociação política acerca dessa legislação tornam a realização desse investimento jurídico proibitivo naquele momento.

De uma forma geral, a passagem do tempo tende a reduzir o valor informacional das regras jurídicas acumuladas e essa redução representa a depreciação ou obsolescência do capital jurídico. Tal qual ativos materiais, é possível se cogitar de jurisprudências ou institutos jurídicos inativos há muito tempo serem reativados para orientar casos novos sobre questões semelhantes como, por exemplo, a utilização do instituto milenar da servidão⁸ para resolver casos de conflitos sobre construções que obstruem a vista de uma outra propriedade. A solução judicial: a criação da servidão visual. Essa possibilidade é semelhante a um maquinário que, desativado, por alguma razão passou a ser útil novamente e volta a ser usado, não necessariamente para a exata mesma finalidade.

Esclarecido o significado da depreciação ou a obsolescência do capital jurídico, retomemos a construção do modelo de capital jurídico com a discussão do valor por ele criado. Seja U_t^i a utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico na i -ésima área do direito no período t . U_t^i pode ser expressa em função de J_t e do número N_t de agentes que integram uma determinada comunidade e que, potencialmente, usufruem do valor informacional gerado por J_t (e.g. consumidores, produtores, empresas, cidadãos, estados nacionais etc.), logo, temos:

$$U_t^i = U(J_t; N_t) \quad \text{Equação 2-3}$$

sendo que aqui se presume que $\frac{\partial U_t}{\partial J_t} > 0$ e $\frac{\partial^2 U_t}{\partial J_t^2} < 0$, isto é, a utilidade marginal do estoque de capital jurídico em relação a J_t é positiva (quanto mais capital, maior o valor total do fluxo de informação), mas sua taxa de retorno é decrescente. Os retornos decrescentes do aumento do capital jurídico traduzem a ideia de que cada nova regra jurídica traz uma nova informação, mas um número excessivo de regras começa a tornar cada vez mais difícil diferenciar uma regra da outra, reduzindo o valor informacional acerca de como uma determinada disputa será decidida.

⁸ Servidão é uma restrição ao direito de propriedade de uma pessoa sobre um imóvel que valoriza outro imóvel. O instituto está previsto no CC: “Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.” Note-se que nos termos do art. 1.379 do CC, é possível se adquirir esse direito real (que os economistas chamariam de direito de propriedade) mesmo sem o consentimento da outra parte, se ela não se opuser por 10 anos.

Além disso, deixando de lado o sobrescrito i para fins de simplificação da notação, U_t é crescente em N_t , isto é, como o consumo da informação gerada por uma regra jurídica não exclui o consumo da mesma informação por outra pessoa, quanto mais pessoas integram uma determinada comunidade que pode usufruir da segurança jurídica gerada pelo capital jurídico, maior o valor total de U_t . Logo, $\frac{\partial U_t}{\partial N_t} > 0$. Essa característica é o resultado direto do reconhecimento da natureza de bem público do direito e que já havia sido aventada sem formalização matemática por Buchanan (2000 [1975]). No presente modelo, N é considerado como dado.

A utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico decorre da possibilidade de os agentes saberem *ex ante* que comportamentos são permitidos pelo direito, que comportamentos são proibidos e as sanções jurídicas associadas a cada violação, inclusive sua magnitude. Nesse sentido, o valor do capital jurídico está intimamente ligado à eficácia com que as regras jurídicas determinam comportamentos dos agentes. Uma regra jurídica meramente nominal (a famosa lei que não pegou) não constitui, portanto, capital jurídico ou, se constitui, sua utilidade é nula ou, possivelmente, negativa.

O investimento em capital jurídico em um período $t - 1$ é o conjunto de acórdãos, leis, decretos e regulações administrativas produzido no período. E aqui vale uma observação: usa-se a expressão acórdão e não decisão judicial para diferenciar entre decisões judiciais proferidas por um juiz singular de 1ª instância (sentença) de uma decisão judicial colegiada proferida por órgão de 2ª instância (acórdão). Como, na sistemática jurídica brasileira, apenas as decisões dos tribunais são consideradas formadoras de jurisprudência⁹, para fins da presente análise, do ponto de vista judicial, as fontes de investimento devem ser consideradas, preponderantemente, como sendo a produção de acórdãos, leis e regulações.

A elaboração de legislação e a produção de acórdãos consomem recursos escassos, como o tempo de congressistas, assessores, grupos políticos, magistrados, advogados, membros do Ministério Público, analistas judiciários, técnicos judiciários, testemu-

⁹ Não por outro motivo, quando se pesquisa a jurisprudência no sítio de um Tribunal, normalmente as sentenças não estão disponíveis para consulta, apenas os acórdãos. A título de exemplo, cfr. <http://www.tjdft.jus.br/>.

nhas, partes, mais os recursos associados à construção e manutenção do Congresso Nacional, dos Tribunais de Justiça, do STJ, do STF, ou seja, de toda a infraestrutura que lhe dá suporte. Estes custos de investimento em capital jurídico no período t podem ser representados da seguinte forma:

$$C_t = C(I_t) \quad \text{Equação 2-4}$$

onde se assume o custo marginal como positivo e não-decrescente. O custo marginal de investimento positivo significa que quanto maior o investimento realizado, maior o custo associado ($C'_t > 0$). Assim, por exemplo, supondo-se a ausência de capacidade ociosa, o aumento do número de acórdãos do STJ ou STF requereria a contratação de mais assessores, a construção de novas salas, a aquisição de mais equipamentos, o aumento do número de Ministros etc. Já o custo marginal de investimento não-decrescente significa que ele pode até se manter estável, mas não diminuirá ($C''_t \geq 0$).

Com base nesse modelo, podemos estabelecer a produção ótima de capital jurídico como o seguinte problema de maximização. Seja π a diferença entre a utilidade do fluxo de informação gerada pelo capital jurídico no período t e o custo do investimento em cada período, sujeita à condição prevista na Equação 2-1, supondo-se δ constante e $I_t > 0$, isto é, não é possível alienar capital jurídico, temos:

$$\begin{aligned} \text{Max}_{I_t > 0} \pi &= U_t - C_t && \text{Equação 2-5} \\ \text{s.a.} \quad J_t - I_{t-1} &= (1 - \delta)J_{t-1} \end{aligned}$$

Resolvendo esse problema de maximização da maneira proposta por Landes e Posner (1976, p. 23), obtemos as seguintes T condições de primeira ordem (de $T=0$ a $T-1$):

$$\begin{aligned} \frac{\partial \pi}{\partial I_t} &= R_{t+1}U'_{t+1} + R_{t+2}U'_{t+2}(1 - \delta) + R_{t+3}U'_{t+3}(1 - \delta)^2 + \dots && \text{Equação 2-6} \\ &+ R_T U'_T (1 - \delta)^{T-t-1} - R_t C'_t = 0 \end{aligned}$$

onde R_{t+j} é a utilidade no começo do período 0 do capital jurídico nos períodos $t + j$ ($R_{t+j} = 1/(1 + r)^{t+j}$, sendo a taxa de desconto por período r constante); U'_{t+j} é o valor do produto marginal do capital jurídico em $t+j$ e C'_t é o custo marginal do investi-

mento. Note que a condição de otimalidade prevista na Equação 2-6 constitui justamente a igualdade entre retorno marginal e custo marginal em equilíbrio decorrente de um investimento marginal no período t . Este equilíbrio é o que aconteceria em condições de concorrência perfeita; porém, na vida real, pode haver falhas de mercado que impeçam o alcance do equilíbrio ótimo.

Enquanto Landes e Posner (1976, p. 24 e 25) avançam para discutir em que condições existe um equilíbrio de longo prazo, vamos analisar justamente a possibilidade de existência de um desequilíbrio de curto prazo, isto é, das consequências de um desca-
samento entre a depreciação do capital jurídico, o investimento em sua formação e o impacto desse desequilíbrio sobre a estrutura de incentivos dos agentes em litígio.

2.3.3 O Ciclo da Litigância

Vamos investigar agora as consequências de um desequilíbrio de curto prazo entre o capital jurídico em um determinado período t e o nível ótimo de equilíbrio jurídico de longo prazo. Como o presente trabalho tem por objetivo estudar o problema da sobreutilização do Judiciário, doravante iremos parcialmente ignorar os aspectos relativos à produção de capital jurídico decorrente de legislação e regulação. O foco será prioritariamente as consequências envolvendo o Poder Judiciário.

Suponha que ocorra um choque que faça com que o estoque de capital jurídico fique abaixo do seu nível ótimo. Esse choque pode ser decorrente de uma mudança de posição no STF devido a uma nova composição, de uma mudança na legislação, como a introdução de um novo CPC ou mesmo devido às mudanças inesperadas das condições socioeconômicas, como foi o caso da maxidesvalorização do Real em 1999. Qualquer um desses choques pode imediatamente tornar obsoleta parte do estoque de capital jurídico existente. A presença de um estoque subótimo de capital gera insegurança jurídica. Essa insegurança faz com que aumente o número de casos perante o Judiciário, pois as partes considerarão mais difícil antever qual seria a regra jurídica aplicável ao caso concreto e, portanto, qual o valor esperado de um determinado acordo extrajudicial. O resultado será um incremento temporário de litígios (investimento) até que a discrepância entre o capital jurídico real e o ótimo desapareça.

Todavia, essa simples explicação oculta dois aspectos fundamentais da função de produção de capital jurídico: (i) os insumos oferecidos pelas partes litigantes no Ju-

diciário (e.g. contratação de advogado, tempo, peritos etc.); e (ii) os insumos oferecidos pelo magistrado que escreverá a decisão que poderá se tornar jurisprudência dominante no futuro para outros magistrados. Analisamos a primeira parte nesta e nas seções seguintes, já a segunda será analisada em detalhe no Capítulo 3 – Anarquismo Judicial e a Depreciação do Capital Jurídico.

Começemos, então, pela questão levantada por Landes e Posner (1976, p. 31): considerando que os particulares se beneficiam apenas da resolução da controvérsia, mas não inteiramente da segurança jurídica decorrente da criação de jurisprudência (externalidade positiva), o que os induz a alocar recursos na produção de capital jurídico até alcançar o nível ótimo?

A resposta aparece de uma análise da estrutura de incentivos dos agentes privados. Porque as partes litigam? Normalmente os juristas respondem a essa pergunta nos livros de introdução ao processo civil como sendo porque um direito foi violado (e.g. Ihering, 2003 [1872], p. 41; Couture, 2008 [1949], p. 45 e ss.). Mas essa explicação não é satisfatória. Se um direito vale R\$ 10,00 para o ofendido e defendê-lo na justiça custará R\$ 50,00, uma abordagem econômica nos informa que o agente racional maximizador não lutará por aquele direito na justiça, isto é, ele não litigará. Assim, um agente racional litigará apenas quando o retorno da litigância for não-negativo (cfr. Landes, 1971; Gould, 1973; Posner, 1973; Bebchuk, 1984; Reinganum & Wilde, 1986). Note que aqui não estamos falando necessariamente de custo ou retorno monetário apenas. Uma pessoa profundamente ofendida pela conduta do réu pode litigar para receber apenas um pedido de desculpas ou uma indenização por danos morais de R\$ 100,00, ainda que isso lhe custe R\$ 500,00 em tempo, custas processuais, advogado etc. Basta que o autor extraia do resultado esperado da litigância (o reconhecimento de seu direito) mais utilidade do que lhe custa em desutilidade. Não obstante, se nesse caso o custo de litigar for R\$ 100 mil, provavelmente essa pessoa pensará duas vezes antes de acionar o ofensor. Por outro lado, e tão óbvio quanto, um agente racional em condições normais não gastará R\$ 100,00 em uma ação de cobrança de um cheque se o resultado esperado for coletar um crédito de R\$ 20,00. De um jeito ou de outro, o litigante racional litiga apenas quando o resultado esperado da demanda for positivo.

Uma pesquisa realizada recentemente por uma equipe de pesquisadores composta por juristas, economistas, sociólogos e administradores predominantemente da

PUCRS – e financiada pelo CNJ – encontrou evidências empíricas que corroboram a conclusão de que as partes litigam não apenas porque tiveram um direito violado, mas também por causa (a) dos baixos custos de acesso e baixo risco; (b) das perspectivas de ganho; e (c) do uso instrumental do Judiciário (PUCRS, 2011).

Por outro lado, porque é que um caso vai parar no Judiciário quando as partes poderiam cooperar, realizar um acordo e dividir entre si o excedente gerado com a economia de todos os custos associados a uma ação judicial? Se um acordo é mais barato, porque litigar? A teoria econômica sugere que o litígio é o resultado da incapacidade de as partes alcançarem um acordo e essa incapacidade decorre de estimativas distintas de autor e réu sobre as chances de sucesso de cada um e, portanto, resulta de uma incapacidade em se concordar com o retorno esperado do litígio. Esse fenômeno é especialmente forte na presença de um viés de otimismo natural das pessoas que as leva ao exagero da avaliação da probabilidade subjetiva de ganhar, um superdesconto das propostas de acordo oferecidas pela parte contrária e a decorrente dificuldade de conciliação (cfr., a título de exemplo, Silva, 2011).

Nesse sentido, a razão entre ações judiciais e acordos é uma função do estoque de capital jurídico (nível de incerteza jurídica) prevalecente em uma determinada área do direito, o que – por sua vez – leva a estimativas divergentes do resultado provável do processo pelas partes. Nos termos aqui desenvolvidos, a segurança jurídica é uma função do estoque de capital jurídico composto majoritariamente pela jurisprudência dominante. Para uma demonstração empírica dessa relação entre insegurança jurídica, aumento da litigância e decorrente aumento dos custos de transação vide Rezende e Zylbersztajn (2011). Nesse estudo os autores demonstram como a dispersão entre decisões no Tribunal de Justiça de Goiás sobre a validade de contratos de venda antecipada de soja elevou a insegurança jurídica, gerando aumento do número de litigância e, posteriormente, aumento de custos de transação na negociação de contratos futuros.

A presença de um nível subótimo de capital jurídico gera insegurança jurídica que, por sua vez, desincentiva a celebração de acordos e estimula a litigância. Para uma breve revisão da literatura sobre o aumento da taxa de litigância decorrente do aumento da incerteza decorrente da insegurança jurídica vide Dari-Mattiacci e Deffains (2007, p. 11 e ss.). A ligação direta entre o nível de litigância e o estoque de capital garante que os particulares realizarão, ao menos em parte, o investimento necessário (alocação de

recursos) para a formação de novo capital jurídico e o deslocamento do estoque de capital no sentido do equilíbrio jurídico de longo prazo. Se esse incentivo é suficiente – do ponto de vista das partes litigantes – para alcançar este equilíbrio é uma questão mais complexa.

Considerando que o ganho privado decorrente de um acórdão é menor que o benefício social resultante, existe uma externalidade positiva na oferta de jurisprudência. Logo, provavelmente teremos um problema de suboferta de acórdãos. Como as partes litigantes não podem cobrar um preço pelo uso de jurisprudência formada a partir de seu caso, internalizando a externalidade (como faria, por exemplo, o autor de um livro ou o dono de uma patente), a presença de externalidades positivas parece justificar – ao menos em parte – a utilização de subsídios públicos à litigância, pelo menos em segunda instância. Esse argumento já foi usado por Shavell (1997).

Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita – AJG (possibilidade de alguém não ter de pagar custas processuais, mesmo na justiça comum, nem honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo; etc. Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo e não a parte litigante, o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga. Todavia, como veremos em mais detalhes no Capítulo 4 – Subinvestimento em Capital Jurídico e Sobreutilização do Judiciário, devido à forma como estruturadas e implementadas, essas políticas aumentam o nível geral de litigância, mas contribuem pouco para a formação de capital jurídico.

A insegurança jurídica decorrente da falta de capital aumenta os custos privados da celebração de um acordo extrajudicial (autocomposição), pois as partes têm dificuldades de estimar o resultado esperado, seja do ponto de vista de interpretação de uma determinada lei, seja do ponto de vista de ausência de uma jurisprudência clara e dominante em uma área envolvendo regras judiciais (e.g. conceitos jurídicos indeterminados). Esse incentivo à litigância provocará manifestações do Judiciário que, com o tempo, se converterão em jurisprudência e, se dominante, em capital jurídico. O resultado último é uma maior segurança jurídica sobre qual regra é aplicável àquele tipo de

situação. Em outras palavras, o capital jurídico é um subproduto não intencional dos incentivos privados dos litigantes, uma externalidade positiva. Mais um exemplo de como as pessoas podem gerar bem-estar social motivadas pela busca de seus próprios interesses.

Por outro lado, vale lembrar que a insegurança jurídica como um todo nunca será eliminada, mas apenas mitigada, pois, à medida que novas leis são promulgadas ou há alterações nas condições socioeconômicas que estruturavam as relações jurídicas, deprecia-se o capital jurídico existente, surgindo novos surtos de litigiosidade que, por sua vez, dispararão respostas legislativas e/ou a formação de nova jurisprudência que, se dominante, recomporá o capital jurídico depreciado. O investimento em capital jurídico, tanto por meio de alteração legislativa quanto por mudança de jurisprudência, pode decorrer de uma série de pequenos problemas que geram mudanças incrementais ou de um único problema, tão relevante que seja capaz de atrair suficientemente a atenção de determinados grupos políticos para que a mudança seja rápida e drástica, caso em que há uma recomposição quase instantânea do capital.

Com base na análise econômica exposta acima, considerando apenas a estrutura de incentivos aos litigantes, podemos resumir a dinâmica decorrente de um desequilíbrio de curto prazo entre J_t , o capital jurídico em um determinado período t , e o nível ótimo de equilíbrio de longo prazo J^* como um ciclo de expansão e de retração das taxas de litigância, que geram surtos e calmarias de processos de maneira cíclica e contínua. A essa flutuação esperada na atividade litigiosa denominamos o **ciclo da litigância**, que pode ser resumido da seguinte forma:

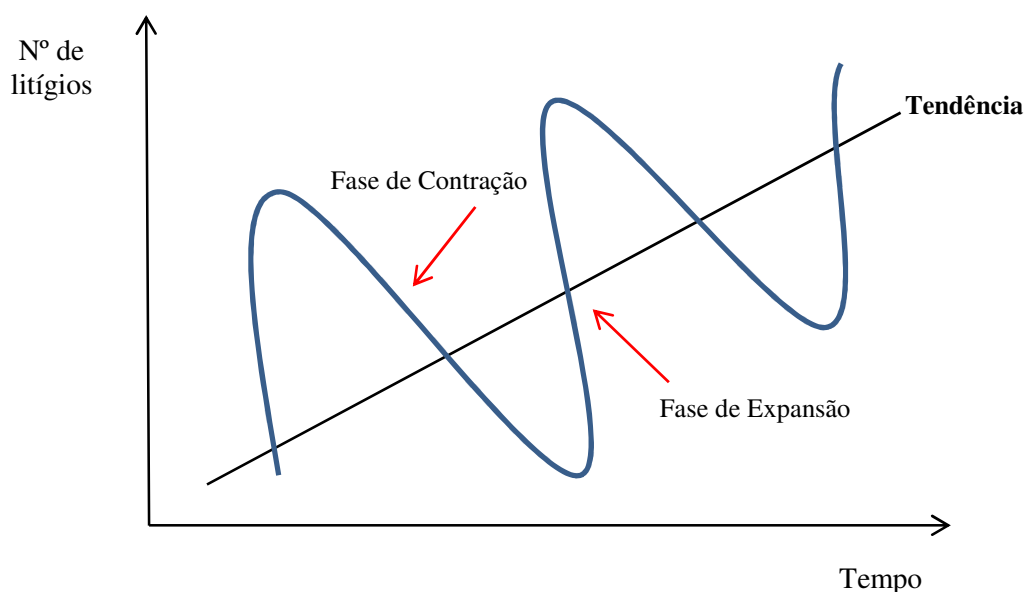
Figura 2: O Ciclo da Litigância



De uma perspectiva geral, podemos encarar o comportamento da atividade litigiosa na *i*-ésima área do direito de forma semelhante a como se descreve um ciclo real de negócio. Nessa linha, o correto seria falar em ciclos de litigância, pois é um processo contínuo, mas não periódico, podendo cada ciclo variar em duração. Os ciclos de litigância seriam, então, um tipo de flutuação na atividade litigiosa; cada ciclo composto por um período de expansão e um período de retração das taxas de litigância a que se seguiria uma nova fase de expansão. Note que há quem argumente que os sistemas jurídicos caminham inexoravelmente para uma maior insegurança jurídica (e.g. D'Amato, 1983).

Considerando que a população mundial tem aumentado, em que pese a taxas decrescentes (United Nations, 2004, p. 4); que a atividade migratória entre os países e regiões tem crescido, o que contribui para o multiculturalismo e para a variação de valores dentro de uma mesma sociedade; que o número e a complexidade das interações sociais também tem aumentado, espera-se que, em média, o número total de litígios em uma determinada área do direito aumente, sendo os ciclos da litigância meras flutuações em torno dessa tendência subjacente, ou seja, um desvio transitório em relação a uma trajetória de longo prazo, que pode ser descrita da seguinte forma:

Figura 3: A Tendência Secular da Litigância



A discussão acima ilustra apenas os incentivos para que as partes em um conflito invistam em litígio e, assim, produzam capital jurídico, mas nada foi dito sobre os incentivos para que os magistrados invistam na mesma produção. Enquanto as partes estão submetidas a uma lógica de mercado, investirão na atividade litigiosa até que o seu benefício marginal se iguale ao seu custo marginal e – em períodos de insegurança (escassez de capital) – essa lógica se converte em incentivo para investir (litigar). O mesmo não vale para os magistrados. Lembre-se que o investimento privado em litígio se converte em capital jurídico apenas se os magistrados investirem na construção e manutenção da jurisprudência, o que não pode ser explicado somente com a presença de escassez de capital, pois os magistrados são burocratas que possuem o quase-monopólio da atividade adjudicatória e a insegurança jurídica não necessariamente gera incentivos para que invistam em capital jurídico.

Nessa linha, é necessário explicar o comportamento dos magistrados e como esse comportamento afeta a formação de capital jurídico, uma vez que as preferências de cada magistrado são tão variáveis quanto os interesses das partes litigantes. Essa questão é abordada no Capítulo 3.

Contudo, antes de avançarmos para a questão dos incentivos dos magistrados, é de se questionar se seria adequado traçar um paralelo entre a lógica do ciclo de litigância em uma área do direito, como exposto acima, e um comportamento agregado cíclico

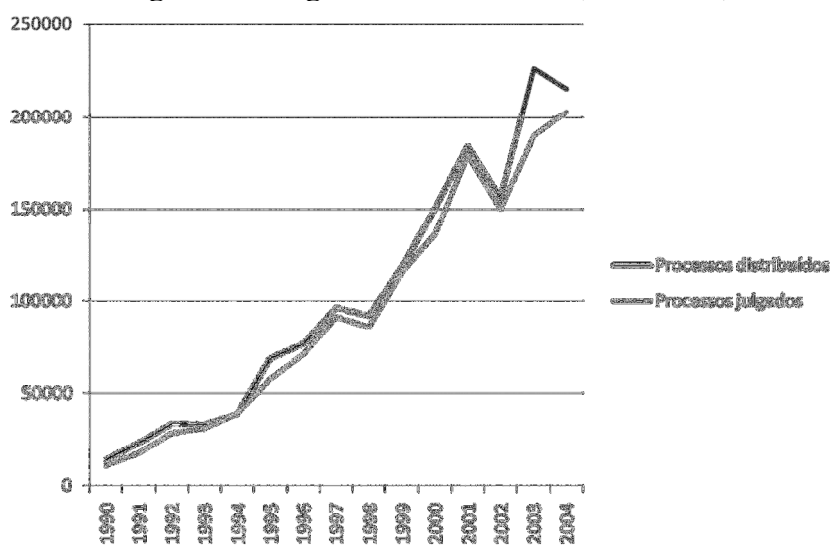
da litigância, como nos ciclos reais de negócio. Em outras palavras, é interessante investigar se o comportamento da litigância como um todo no Brasil, em contraposição ao grau de litigância considerado apenas na i-ésima área do direito, comporta-se de forma cíclica. A próxima seção traz algumas ideias.

2.4 Ciclo Real de Litigância Agregada: uma conjectura

Para testar a conjectura de que poderia haver um ciclo real de litigância agregada, seria necessário acesso a dados sobre o comportamento da litigiosidade no Brasil e nos demais países nas últimas décadas. Apenas com uma amostra grande o suficiente seria possível testar empiricamente a existência, ou não, de tais ciclos agregados, bem como estimar o tempo de duração de cada ciclo. Tendo em vista que tais dados não estão disponíveis na quantidade e qualidade necessárias para uma avaliação histórica ampla do comportamento da litigância agregada no Brasil, usamos os substitutos mais próximos.

De acordo com Ribeiro (2008, p. 487), o número de processos distribuídos nos tribunais estaduais no período de 1990 a 2004 cresceu de forma quase monótona, havendo apenas uma pequena diminuição em 1997-1998 e uma queda abrupta em 2001-2002, que rapidamente foi compensada em 2003, não apenas retomando o ritmo de crescimento anterior, mas repondo inteiramente a queda ocorrida no período anterior. Esse comportamento de crescimento constante da litigância é incompatível com a conjectura de ciclos reais de litigância agregada como um fenômeno macro.

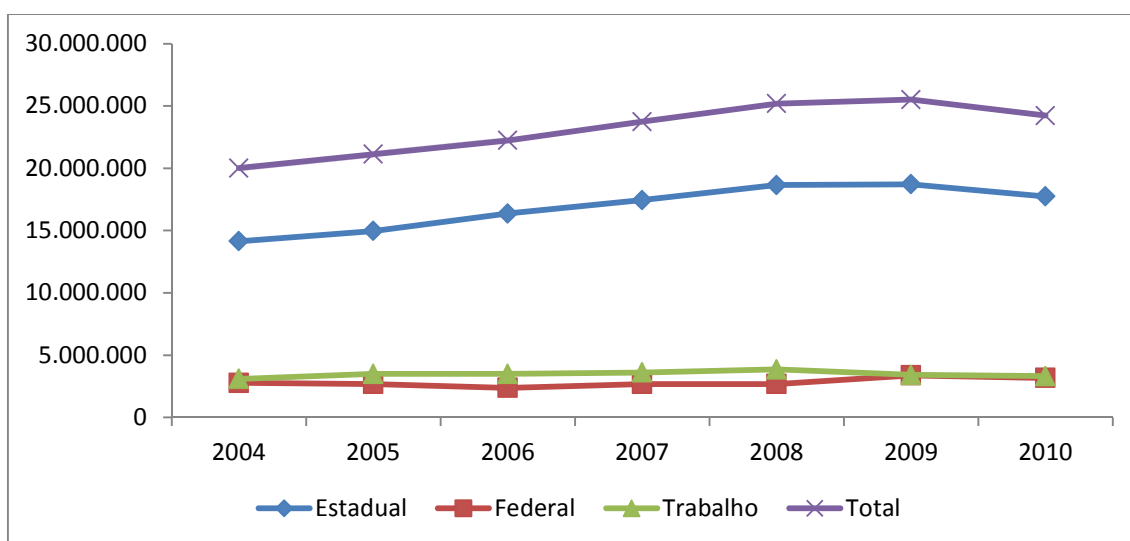
Figura 4: Litigiosidade no Brasil (1990-2004)



Fonte: (Ribeiro, 2008)

Já no período de 2004 a 2010 podemos usar dados mais amplos coletados pelo CNJ e publicados no relatório Justiça em Números (CNJ, 2009e; 2010; 2011) referente a todos os casos novos que foram distribuídos para o Judiciário Estadual, Federal e Trabalhista, em primeira e segunda instância. O gráfico abaixo também revela um comportamento crescente e quase monótono da litigância agregada, sendo a Justiça Estadual a grande determinadora da tendência de litigância geral:

Figura 5: Litigiosidade no Brasil – Casos Novos (2004-2010)



Fonte: (CNJ, 2009e; 2010; 2011).

Devido à pequena extensão da amostra de litigância, não é possível argumentar que a partir de 2004 estaríamos observando a fase inicial de um período de retração, ainda mais quando analisado esse período com aos dados de 1990 a 2004 apresentados por Ribeiro (2008), que indicam claramente uma tendência de crescimento quase monótona. À luz dos dados, a leve retração da litigância em 2010 pode ser apenas uma flutuação aleatória (ou decorrente do investimento em capital jurídico?), retomando-se a tendência ao crescimento nos períodos seguintes.

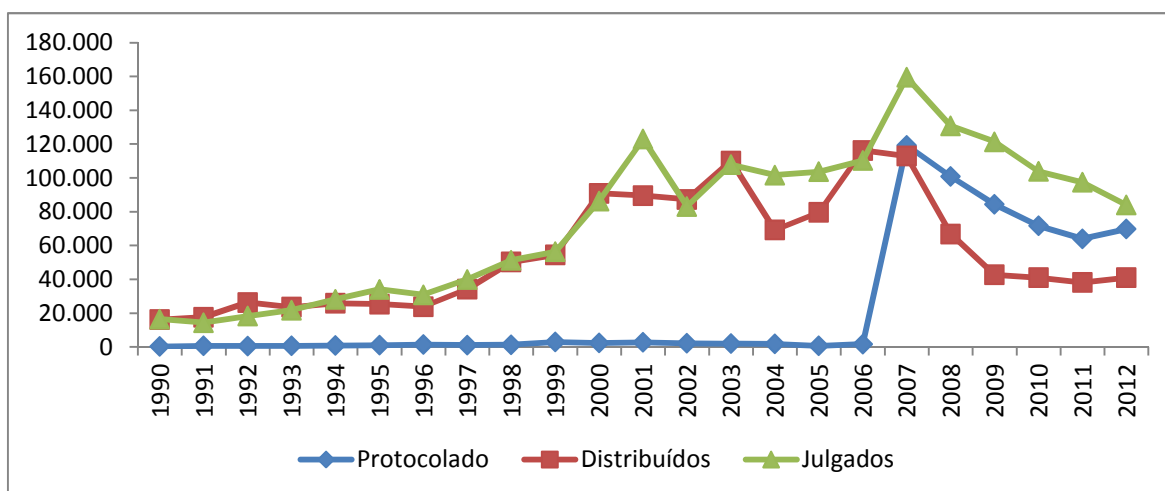
O comportamento dos gráficos nas Figuras 4 e 5 indicam que a litigiosidade no Brasil nos últimos 20 anos cresce quase monotonamente, sem qualquer indicativo de diminuir de forma significativa por um período substancial de tempo. Muitos podem achar que isso é o resultado de políticas de inclusão, de ampliação do acesso ao Judiciário, mas essa não parece ser uma explicação satisfatória, pois mesmo com o maior acesso ao Judiciário, deveria haver algum momento de formação de capital jurídico que gerasse segurança jurídica e, conseqüentemente, uma redução do nível agregado de li-

litigância. A ausência dessa pacificação social e, portanto, de períodos de retração da litigância precisa ser mais bem entendida.

Uma explicação possível pode ser a própria natureza do ciclo de litigância que ocorre na i-ésima área do direito. Como as depreciações e as obsolescências do capital jurídico são específicas de determinadas áreas do direito, bem como a recomposição desse capital, é possível e provável que estas ondulações se anulem na média quando consideradas conjuntamente. Assim, por exemplo, questões comerciais e contratuais tendem a surgir mais em períodos de expansão econômica e questões falimentares diminuir, sendo o inverso verdadeiro para períodos de retração econômica. Essa interação entre cada área do direito poderia explicar a ausência de ciclos agregados. A verificação dessa hipótese depende da capacidade de se estimar e avaliar empiricamente a presença de ciclos e contraciclos compensatórios em áreas distintas do direito.

O comportamento isolado de certos tribunais pode demonstrar um comportamento diverso do agregado. Em um primeiro momento, se considerarmos o padrão da litigância agregada no STF por ações originais (aquelas que se iniciam no próprio Tribunal) e distribuídas (aquelas em que a competência é recursal), temos um quadro semelhante aos dados apresentados acima para o período de 1990 a 2004, com um crescimento quase monótono da litigância, mas um comportamento bem diverso de 2004 em diante, quando foi inserida a Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/04, a chamada Reforma do Judiciário:

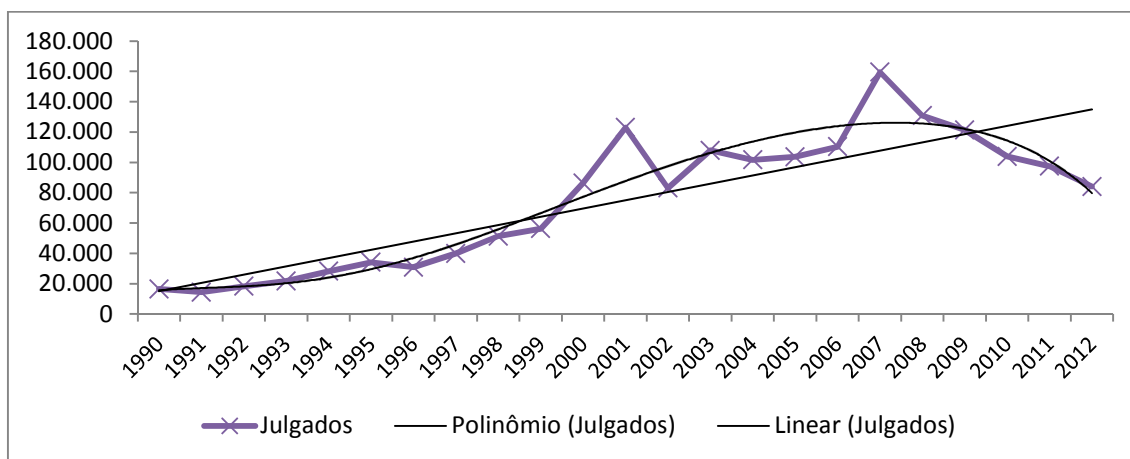
Figura 6: Litigiosidade no STF (1990-2012)



Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF. Dados de 2012 estimados dobrando o 1º semestre.

Por outro lado, considerando o total de litigância agregada no âmbito do STF, vemos uma variação de litigância que se assemelha ao comportamento esperado pelos ciclos de litigância agregada, com fases de retração (1993-1996, 2003-2005 e 2008-2011) e fases de expansão (1997-2002, 2006-2007 e a estimativa de 2012 em diante). Tudo isso dentro de uma tendência secular de crescimento da litigância, que pode ser percebida pela linha de tendência linear.

Figura 7: Tendência de Litigiosidade no STF (1990-2012)



Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF. Dados de 2012 estimados.

Todavia, são necessários mais dados para se determinar o real comportamento da litigância agregada no STF, principalmente se o tribunal começar a recusar muitos casos por causa da falta de repercussão geral. Até 2006, o Supremo Tribunal Federal era obrigado a julgar todos os casos que chegassem a ele por Recurso Extraordinário – RE, mas com a introdução do § 1º do art. 543-A do CPC, o tribunal passou a poder rejeitar tais recursos sem julgá-los por inexistência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, isto é, ausência de repercussão geral. De qualquer forma, da Figura 4: Litigiosidade no Brasil (1990-2004) e da Figura 5: Litigiosidade no Brasil – Casos Novos (2004-2010), pode-se ver que o comportamento da litigiosidade agregada no Brasil não parece obedecer à lógica de litigiosidade cíclica real agregada.

2.5 Conclusões do Capítulo

O Judiciário tem uma função estruturante fundamental na construção da sociedade civil e no que se convencionou chamar Estado de Direito. Seu papel de garantidor das barganhas públicas (leis) e privadas (contratos) permite a cooperação de grupos em

uma sociedade cada vez mais plural e complexa. Em última instância, não é possível conceber uma sociedade moderna sem a existência de um Judiciário eficaz.

No exercício de garantidor último das barganhas sociais, o Judiciário aplica e cria regras jurídicas que informam aos agentes econômicos como determinadas questões serão resolvidas, caso surjam conflitos e os Tribunais venham a ser invocados para resolvê-los. Esse conjunto de regras, que podem ter origem legislativa ou judicial, mas que, em última instância, dependem sempre da atividade adjudicatória, é chamado de capital jurídico. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, mais segurança sobre o resultado provável de conflitos e, portanto, mais preparados estarão seus integrantes para elaborar planejamentos de longo prazo e para cooperar. O acúmulo ótimo de capital jurídico seria, então, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico.

Analisando a função de produção do capital jurídico apenas do lado de um de seus insumos, isto é, dos incentivos privados para litigar, conclui-se que a presença de um desequilíbrio de curto prazo entre o estoque real de capital jurídico e o estoque ótimo gera insegurança jurídica. Essa insegurança aumenta os custos de transação das partes para a realização de acordos extrajudiciais (cooperação), aumentando assim a quantidade de litígios (investimento privado). Essa expansão da litigância, por sua vez, tem como subproduto a geração de jurisprudência que, se dominante, transformar-se-ia em capital jurídico e geraria segurança jurídica (capital), o que desincentivaria a litigância. Esse movimento esperado de expansão e retração da litigância para a reposição do capital jurídico depreciado foi chamado ciclo da litigância.

Não obstante, a formação de capital jurídico depende tanto de investimentos privados em litigância quanto de investimentos judiciais na formação e manutenção de jurisprudência, que devem ser realizados pelo Judiciário. A questão é, portanto, quais são os incentivos para que o magistrado invista na produção e manutenção da jurisprudência? A resposta a essa pergunta está na análise da estrutura de incentivos dos magistrados que compõem o próprio Judiciário, que será examinada no próximo capítulo.

3 Anarquismo Judicial e a Depreciação do Capital Jurídico

3.1 A Função de Produção do Capital Jurídico e os Magistrados

Até o momento discutimos o Judiciário como um único ente, uma organização compacta. Todavia, para entendermos plenamente o comportamento dessa organização precisamos compreender melhor a estrutura de incentivos de seus integrantes, pois, para nosso modelo, é a interação entre magistrados e partes em um litígio que determina o resultado social (equilíbrio).

Conforme visto no Item 2.3.3, a função de produção do capital jurídico ou simplesmente investimento I tem dois insumos básicos: (i) os recursos alocados pelas partes no litígio (e.g. advogados, peritos, tempo); e (ii) os recursos alocados pelo magistrado na identificação e elaboração de jurisprudência (e.g. assessores, técnicos judiciários, pesquisa legal e jurisprudencial, exposição de fundamentos). Assim, podemos definir o investimento em capital jurídico como uma função dos recursos alocados pelas partes privadas em litígio, L_t^i , e os recursos alocados pelo magistrado no desenrolar da atividade adjudicatória, produzindo e seguindo a jurisprudência, M_t^i , ambos na i -ésima área do direito no período t :

$$I_t^i = I(L_t^i; M_t^i) \quad \text{Equação 3-1}$$

Para fins de análise da função de produção do capital jurídico, investimento de particulares em litígio (L_t^i) e investimento judicial em jurisprudência (M_t^i) são bens complementares, pois o investimento em litígio só se converte em capital jurídico se o magistrado produzir e seguir a jurisprudência. Do contrário, resolve-se a controvérsia (lide), mas não são geradas ou reforçadas regras jurídicas que guiem comportamentos futuros. Por outro lado, como ao magistrado é vedado agir de ofício, isto é, sem provocação pelas partes, sem o investimento privado em litígio, não há como o magistrado produzir e seguir a jurisprudência. É o que diz a vedação ao agir de ofício do magistrado, prevista expressamente no CPC:

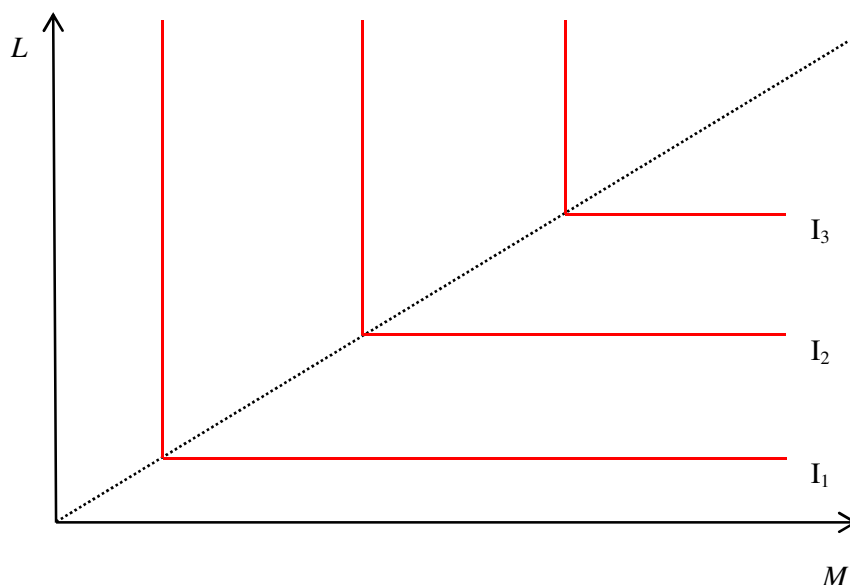
Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Assumimos que L_t^i e M_t^i são complementares perfeitos apenas para fins de produção de capital jurídico, pois, da perspectiva privada, é possível litigar e obter a prestação jurisdicional (resolução de conflito) sem que esse resultado siga ou forme jurisprudência e, da mesma forma, da perspectiva do magistrado, é possível que ele decida a lide sem seguir ou formar jurisprudência. Todavia, da perspectiva de formação de capital jurídico, um magistrado só pode agir se houver investimento privado em litígio (L_t^i) e o litígio só resultará em formação ou manutenção de jurisprudência se o magistrado investir nisso. Nesse sentido, do ponto de vista da produção de capital jurídico, as curvas de indiferença dos insumos investimento em litígios (L_t^i) e em jurisprudência (M_t^i) podem ser representadas da seguinte forma:

Figura 8: Complementaridade entre Investimento em Litigância e Jurisprudência



Vale lembrar que as partes possuem incentivos para alocar recursos na atividade litigiosa, L_t^i , na expectativa de maximizar sua utilidade (os juristas diriam para ganhar o bem da vida), ou seja, obter o provimento de seu pedido e, assim, aumentar sua utilidade. Nesse sentido, a intenção das partes não é formar jurisprudência, mas sim ganhar a disputa (benefício privado). A formação de capital jurídico é apenas um subproduto não intencional dessa atividade e, portanto, de L_t^i . Por outro lado, o que é que incentiva os magistrados a se esforçarem para formar e seguir jurisprudência?

Para responder a essa questão, Landes e Posner (1976, p. 34) sugerem como uma primeira hipótese que os magistrados produzirão e seguirão precedentes porque eles extraem bem-estar da imposição de suas preferências à comunidade e, para que isso seja possível em larga escala, isto é, para que os demais magistrados repliquem a decisão original, deve haver um acordo – ainda que implícito – entre os magistrados de respeito ao *stare decisis*. Obviamente essa hipótese faz sentido em um sistema consuetudinário no qual a regra jurídica normalmente não está prevista em lei, mas deriva das decisões anteriores, os precedentes.

Nessa formulação, a cultura do precedente torna-se semelhante à formação de um acordo tácito, com os mesmos problemas de formação e sustentação de um cartel, quais sejam custos de negociação, monitoramento e punição (cfr. Gico Jr., Cartel: teoria unificada da colusão, 2006, p. Cap. 4). Por outro lado, essa cooperação seria altamente instável e propícia a comportamentos oportunistas, já que existem custos de transação associados à negociação de quem determina que precedente (segue-se o juiz ou o desembargador que primeiro decide?), ao monitoramento da obediência (como vigiar a baixos custos se os demais magistrados estão seguindo o precedente?) e, em muitos casos, a ausência de um mecanismo de punição do comportamento desviante (como se pune quem não seguiu o precedente?). Um cenário como esse parece propenso ao retorno ao equilíbrio não-cooperativo em que cada magistrado decide como quer, descon siderando os precedentes estabelecidos por seus antecessores, semelhante ao caso brasileiro.

No Item 2.2 acima vimos que o Judiciário brasileiro foi estruturado de forma a ser o mais independente possível dos demais Poderes e dos interesses em jogo no caso de um litígio. Essa independência é tamanha que, não raro, os magistrados se sentem confortáveis em desprezar completamente o texto legal e criar regras jurídicas conforme suas próprias preferências. Essa desconsideração não é completa, mas também já não é um fenômeno incomum na prática forense. A desconsideração da lei pela magistratura, em alguns casos, levanta questões não apenas de harmonia entre Poderes, mas relacionadas à própria estruturação do Poder Judiciário, pois à medida que os magistrados deixam de encarar a legislação como um limite, para fins de proteção da sociedade civil e do Estado de Direito, pode ser interessante a criação de outros mecanismos sociais de controle. A essa mudança de postura do Judiciário, aqui entendida como a aceitação

sistemática da possibilidade de alteração judicial de comandos legais mediante artifícios interpretativos ou simples desconsideração do texto da lei, chamamos **ativismo judicial**.

Em um sistema romano-germânico como o brasileiro, em que a atividade adjudicatória estava historicamente vinculada à aplicação da lei, era natural que não houvesse muitos instrumentos de uniformização jurisprudencial, pois estes não eram necessários, bastava a lei. Mas com o aumento do ativismo judicial e a diminuição do papel uniformizador da lei, os magistrados brasileiros, acostumados a considerar apenas a lei como parâmetro, passaram cada vez mais a decidir cada caso livremente, sem considerar a experiência prévia de seus pares (jurisprudência), o que significa que, na resolução de disputas, regras jurídicas não são criadas e o estoque de capital jurídico deprecia-se sem ser repostado, aumentando a insegurança jurídica.

É importante frisar que é a ausência de uniformização de jurisprudência e não o ativismo judicial per se que reduz o estoque de capital jurídico, pois, na definição aqui adotada, não importa a origem das regras jurídicas, se legislativa ou judicial, já que não se trata de uma questão de legitimidade, mas de previsibilidade e eficácia das regras (segurança jurídica). Esse estado judicial não-cooperativo em que a cada caso podem ser aplicadas regras jurídicas diferentes, a depender das preferências do magistrado, sem que a jurisprudência caminhe para se tornar uniforme e dominante é o que chamamos **anarquismo judicial**, aqui entendido como a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização jurisprudencial, o que significa que há uma dificuldade de coordenação entre magistrados das diversas instâncias para a formação e respeito à jurisprudência e, portanto, de formação de capital jurídico. Em termos econômicos, o investimento em *M* é subótimo. Em termos jurídicos, não há segurança jurídica.

O ativismo judicial invoca politicamente uma discussão de legitimidade e, do ponto de vista econômico, pode ser modelado como um jogo agente-principal entre o Poder Legislativo (principal) e o Judiciário (agente), ou ainda, como um jogo com múltiplos agentes (Judiciário e demais Poderes). Entretanto, é possível imaginar um cenário no qual há um problema de ativismo judicial, sem que haja subinvestimento em capital jurídico, isto é, sem insegurança jurídica. Para isso bastaria que o Judiciário, mesmo ativista, construísse jurisprudência dominante (ainda que contrária à lei) e, aplicando-a

reiteradamente, gerasse segurança jurídica capaz de guiar comportamento futuro. Alguém pode até não gostar do resultado, mas está seguro dele. Nesse caso, é possível discutir se tal resultado é legítimo, que tipo de distorção ele poderia produzir ou que mecanismos poderiam ser desenhados para fazer convergir os interesses, mas não haveria necessariamente impacto negativo sobre o capital jurídico e sua produção no longo prazo. Obviamente, estamos desconsiderando aqui os ganhos decorrentes da segurança jurídica resultante de uma lei, que agora só terá valor informacional após ser testada nos tribunais. O ativismo judicial deprecia e, quando generalizado, destrói tal valor. Mas desprezando-se este problema para fins da presente análise, a presença de ativismo judicial não implica o subinvestimento em M e, portanto, não provoca diminuição de J no longo prazo. No curto prazo poderá haver uma depreciação do capital jurídico quando da mudança de posição jurisprudencial, mas, com o surto de litigância decorrente (investimento em L) e a construção de uma nova jurisprudência (investimentos em M), J tende a retornar a níveis ótimos.

No entanto, essa abordagem tem como pressuposto implícito que o Judiciário, enquanto organização, possui uma posição, ou seja, ela considera a organização como um agente, desprezando sua dinâmica interna e, portanto, não admite a possibilidade de o Judiciário não ter uma posição dominante por falta de acordo (coordenação) entre os agentes (magistrados) que o compõem. A ausência de alinhamento horizontal e vertical de interesses dentro do Judiciário poderia minar os investimentos em M e, assim, destruir J . Em outras palavras, sem mecanismos de governança, o Judiciário poderá não ter um comportamento estável, variando o resultado de acordo com a vontade de cada julgador e com o momento do julgamento. Em um cenário como esse, o ativismo judicial, que era neutro no longo prazo, passa a potencializar o anarquismo judicial.

Para se ter ideia dos problemas de comportamento oportunista aos quais o Judiciário está exposto, pensemos em um exemplo. Suponhamos um Judiciário em que a maioria de seus integrantes concorde com uma posição, digamos, a possibilidade jurídica de se cobrar juros compostos capitalizados mensalmente em contratos de financiamento de veículos. Não importa se essa posição decorre do texto da lei (literalidade), da interpretação da lei (conceito jurídico indeterminado) ou de uma construção jurisprudencial *contra legem* (ativismo). Um juiz que esteja julgando um caso concreto envolvendo essa questão poderia tranquilamente ignorar por completo a lei ou a jurisprudên-

cia dominante e sentenciar a ilicitude de tal cobrança. Se fosse absolutamente autônomo ou independente, esse magistrado seria capaz de impor à comunidade suas preferências naquele caso concreto e, de acordo com o modelo de agente racional-maximizador, quando isso lhe trouxer mais utilidade, ele o fará (cfr. Item 3.3.1 baixo).

A existência de um sistema recursal é o mecanismo tradicional desenhado para conter esse comportamento oportunista. O que os juristas costumam chamar de princípio do duplo grau de jurisdição é justamente essa ideia de que – como regra – é preferível que a decisão da instância originariamente competente seja suscetível de reforma por um grau superior de jurisdição, ainda que dentro do próprio órgão. Todavia, há vários casos em que tal regra não se aplica, como nas hipóteses de julgamento originário pelo STF. De qualquer forma, na presença dessa sistemática, o comportamento de um juiz oportunista é controlado pelo Tribunal, a quem compete rever a decisão original em sede de recurso. Mas suponha que o magistrado oportunista agora é justamente o juiz revisor ou desembargador. O juiz seguiu a jurisprudência, mas o desembargador não. Como resolver esse problema? Para mitigá-lo, via de regra, as decisões em sede recursal são tomadas por uma turma, isto é, por um conjunto de magistrados, e não por um único julgador. O fato de as decisões de primeiro grau normalmente serem monocráticas e as recursais colegiadas pode ser interpretado como um mecanismo de controle de eventuais comportamentos oportunistas. Na mesma linha, pode-se argumentar que essa é uma característica quase universal de todos os sistemas jurídicos: a existência de um órgão que seja superior aos demais e, assim, possa unificar a regra jurídica em uma decisão final.

O problema é que para que as posições do Tribunal prevaleçam, ele deve seguir as próprias posições (alinhamento horizontal) e deve reverter todas as tentativas de alterá-la (ou fazê-lo o suficiente para tornar desinteressante divergir). Se o próprio Tribunal não segue sua jurisprudência, esta perde completamente o valor como guia acerca de como aquele se comportará no futuro, e os magistrados inferiores passam a ter incentivos para decidir conforme sua própria preferência, pois pode ser que o Tribunal mantenha a posição divergente de 1ª instância. Voltamos ao anarquismo judicial. Hoje, em várias áreas do direito, podemos dizer que não há jurisprudência clara, justamente por falta de jurisprudência consolidada nos Tribunais e, portanto, há escassez de capital jurídico devido a investimento subótimo em *M*. A título de exemplo, citamos a legalidade

de juros compostos em contratos de financiamento, a possibilidade jurídica de penhora de salário, a possibilidade de casamentos homoafetivos etc.

Note que, em um sistema no qual há escassez de capital jurídico não há regras claras e, por isso, regras aplicadas em um caso hoje podem ser mudadas amanhã. Mesmo casos idênticos podem ser decididos de forma diferente no mesmo dia, basta que sejam distribuídos a magistrados com preferências diversas. A independência do magistrado se convola em anarquia e insegurança completa do jurisdicionado sobre a existência e exigibilidade de seus direitos subjetivos. Para os juristas tradicionais, os direitos de propriedade deixam de ser bem definidos. Para os juristas, não há Estado de Direito. Essa insegurança gera custos sociais (Coase, 1960), pois, agora, além de custos com erros, os agentes não saberão sobre o que e como podem cooperar (North, 2007 [1990]).

Suponhamos, por exemplo, uma regra criada para coibir a conduta X , mas cuja articulação é suficientemente dúbia para permitir sua construção como proibindo Y , que é uma atividade socialmente desejável, contudo semelhante a X . Por outro lado, a mesma articulação dúbia também permite excluir da incidência da regra X_1 , que é um subconjunto de condutas X e não deveria ser permitido. A incerteza com relação ao tipo de conduta a que a regra se aplica impõe custos esperados de punição a praticantes de Y , reduzindo sua oferta a um nível subótimo, e diminui os custos esperados de punição a praticantes de X_1 , o que aumenta sua oferta acima do nível ótimo (Posner, 1973, p. 449).

Além disso, como visto no Item 2.3.3, a incerteza com relação à regra aplicável provavelmente gerará um número maior de ações judiciais que não constituirão investimento em capital jurídico, o que, por si só, constitui custos sociais – trata-se de capital morto. Na ausência de formação de capital jurídico, os litígios apenas resolvem a controvérsia, sem gerar segurança jurídica, isto é, apenas redistribuem as perdas e danos incorridos, que são custos irrecuperáveis (*sunk costs*), sem mudar o comportamento futuro. O custo médio de cada ação também pode ser maior, se *ex ante* não se souber qual a regra jurídica a ser aplicada a uma dada situação fática, logo, se for necessário construir a regra caso a caso. Por outro lado, a dificuldade de antecipar o valor esperado das demandas aumentará os custos dos acordos extrajudiciais, majorando conseqüentemente a litigiosidade e reduzindo a autocomposição. Tudo isso pode gerar um ciclo vicioso que terminará em uma crise de segurança jurídica e – no limite – ameaçará a

própria sociedade civil. De um jeito ou de outro, sem previsibilidade, o direito perde muito de seu valor enquanto instituição social.

Nesse sentido, a aplicação de uma regra para cada caso pode acabar por gerar um tratamento altamente discriminatório e injusto, pois duas pessoas na mesma situação podem ser tratadas de forma completamente diversa pelo Judiciário. Uma tem seus direitos protegidos e outra não. Uma será punida e outra não. Ironicamente, esse resultado discrepante é a antítese da justificativa do ativismo judicial cujo mote, normalmente, é realizar justiça no caso concreto. Como se pode ver, nem mesmo para os defensores do ativismo judicial há argumentos para a anarquia judicial. Pode-se argumentar quem é o ente mais adequado para construir regras jurídicas, mas a ausência de regras é a injustiça em último grau. E, em termos econômicos, a não definição de direitos só aumenta custos sociais.

Mecanismos de uniformização de jurisprudência vêm sendo criados gradativamente. Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, finalmente foi atribuído efeito vinculante às decisões definitivas de mérito do STF, bem como foi criada a figura da súmula vinculante, o impedimento de recurso em desconformidade com súmula do STJ ou do STF (§1º do art. 518/CPC) e, posteriormente, a possibilidade de indeferimento liminar de petição (art. 285-A/CPC), julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 543-C/CPC) e a repercussão geral do recurso extraordinário (art. 543-A e 543-B/CPC). A eficácia de cada um desses mecanismos é uma questão em aberto, mas, em maior ou menor grau, todas essas medidas têm por função estimular a formação de capital jurídico.

3.2 A Estrutura Hierárquica do Judiciário Brasileiro

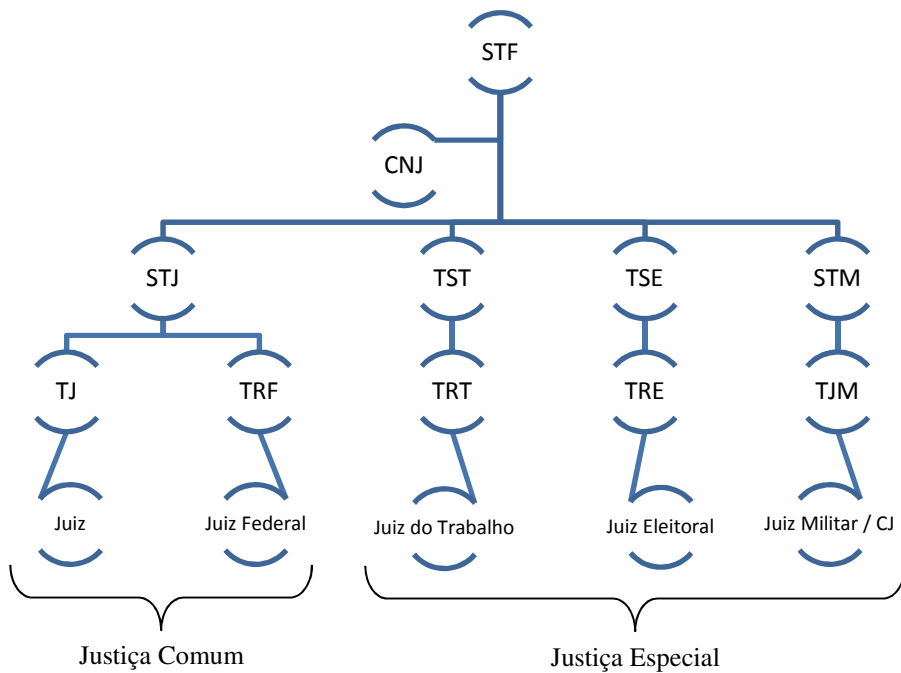
Antes de analisarmos melhor a estrutura de incentivos dos magistrados no Item 3.3, é conveniente dar um panorama da complexa organização judiciária brasileira, pois para compreendermos a estrutura de incentivo dos agentes, precisamos antes conhecer o arcabouço institucional no qual estes se inserem. Em seguida evoluímos da análise do Judiciário como uma entidade para investigar o comportamento seus agentes para, por fim, voltarmos ao comportamento da organização como resultado dessa interação no capítulo seguinte.

O Poder Judiciário brasileiro é composto pelos seguintes órgãos (art. 92/CF), cada qual com uma competência específica:

- (i) **Supremo Tribunal Federal** – STF: dar a última palavra em questões constitucionais (art. 102/CF);
- (ii) **Conselho Nacional de Justiça** – CNJ: controlar administrativa e financeiramente o Poder Judiciário e, inclusive, punir administrativamente magistrados (art. 103-B);
- (iii) **Superior Tribunal de Justiça**– STJ: dar a última palavra em matéria de legislação federal e uniformizar as interpretações dos tribunais inferiores (art. 105/CF);
- (iv) **Tribunais Regionais Federais (TRF) e Juízes Federais**: responsáveis pelo julgamento em 1ª e 2ª instância de questões federais, i.e., nas quais a União, autarquias ou empresas públicas federais sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto aquelas relativas à falência, acidentes de trabalho e àquelas do âmbito da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho (art. 108 e 109/CF);
- (v) **Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunais e Juízes do Trabalho**: responsáveis pelo julgamento em 1ª, 2ª e 3ª instância de questões envolvendo relações de trabalho (art. 111/CF);
- (vi) **Tribunal Superior Eleitoral (TSE); Tribunais e Juízes Eleitorais**: responsáveis pelo julgamento em 1ª, 2ª e 3ª instância de questões envolvendo questões eleitorais (art. 121/CF);
- (vii) **Superior Tribunal Militar (STM), Tribunais e Juízes Militares**: responsáveis pelo julgamento em 1ª, 2ª e 3ª instância de crimes militares (art. 124/CF); e
- (viii) **Tribunais (TJ) e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios**: responsáveis pelo julgamento em 1ª e 2ª instância de questões estaduais (art. 125/CF).

Para uma melhor compreensão, a estrutura organizacional do Judiciário pode ser representada de forma simplificada da seguinte maneira:

Figura 9: Estrutura Hierárquica do Judiciário



Note-se que, em verdade, a organização judiciária brasileira é muito mais complexa do que é retratado na figura acima. Há uma grande quantidade de exceções para casos específicos, como, por exemplo, o julgamento das infrações penais comuns cometidas pelo Presidente da República, realizado em instância única no STF (art. 102, inc. I, “b”/CF), ou a Justiça Militar que, em Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, tem tribunal de segunda instância, isto é, um Tribunal de Justiça Militar, cujo papel, nos demais estados, é desempenhado pelo Tribunal de Justiça comum. Não obstante, para as questões debatidas no presente trabalho, esse modelo simplificador é representativo das relações de julgamento e revisão (recurso) e, portanto, é satisfatório.

Nessa linha, é interessante considerar o STF como o órgão máximo do Poder Judiciário, pois ele dará a última palavra em questões constitucionais e todas as questões infraconstitucionais devem – em última instância – estar de acordo com a Constituição. Por outro lado, STJ, TST, TSE e STM desempenham papéis semelhantes de garantidores últimos de aplicação da legislação e de uniformização de jurisprudência em suas respectivas jurisdições. Da mesma forma, a lógica e a dinâmica entre magistrados de 1º grau e magistrados de 2º grau é similar, se não igual, em cada uma das justiças. Por isso, sem perda de generalidade, a análise a seguir se concentrará apenas na estrutura da justiça comum estadual e sua relação com o STJ e STF.

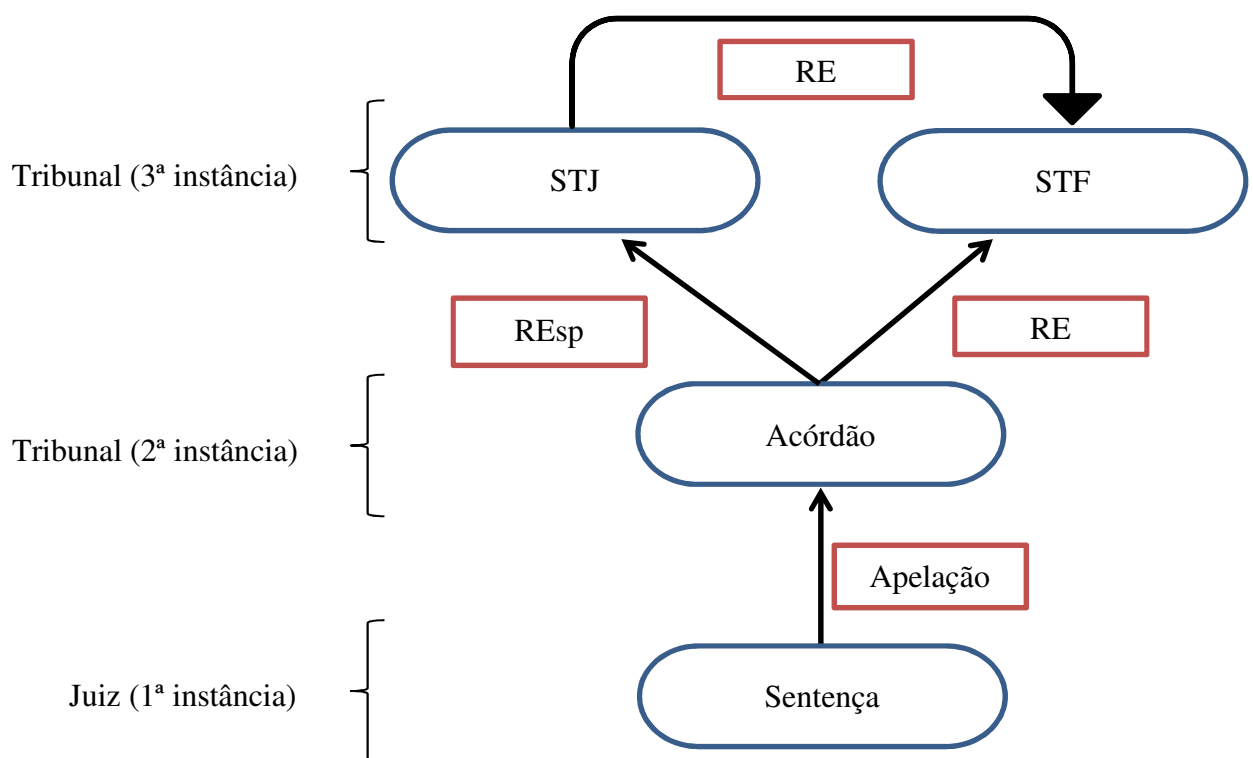
De uma forma esquemática, o primeiro contato, a instrução e o julgamento de um caso são realizados por um juiz singular, o qual conduzirá o processo com o auxílio dos advogados das partes. Ao final, o juiz decidirá a questão em uma sentença (art. 162/CPC), com ou sem resolução do mérito (art. 267 e 269/CPC). Dessa decisão cabe recurso da parte que sucumbir, parcial ou integralmente, para o tribunal que, por sua vez, é formado por colegiados, denominados turmas, cujos magistrados integrantes são chamados desembargadores. Portanto, enquanto a decisão de 1ª instância é singular, em geral, a decisão de 2ª instância é coletiva. Da decisão do Tribunal de Justiça que, por ser coletiva, se chama acórdão, cabe ainda Recurso Extraordinário – RE para o STF (art. 102/CF), em caso de violação da Constituição, e Recurso Especial – REsp para o STJ (art. 105/CF), em caso de violação de legislação federal ou interpretação divergente entre Tribunais inferiores.

Como se pode ver, supondo-se – por enquanto – a unicidade de posicionamento dentro do Tribunal de Justiça, do STJ e do STF (alinhamento horizontal), o sistema parece estruturado para convergir à uniformização de regras jurídicas (alinhamento vertical), já que todas as decisões das etapas anteriores são passíveis de revisão pelo STJ e/ou pelo STF. Todavia, é importante indagar se a simples possibilidade de decisões contrárias serem revertidas nas instâncias superiores é suficiente para uniformizar a jurisprudência nas instâncias inferiores e criar capital jurídico. Essa questão será abordada mais adiante, no Item 3.3.1. Por ora, foquemos a estrutura organizacional e nos mecanismos processuais que nos informam a dinâmica da litigância.

Dentro dessa estrutura organizacional, podemos resumir simplificada a estrutura recursal. Encerrada a instrução processual, o juiz profere a sentença. A parte que teve o seu interesse desatendido parcial ou integralmente, pode atacar essa sentença por meio de um recurso ao tribunal superior. Esse recurso, na Justiça comum, chama-se apelação, a qual será apreciada pelo tribunal. A decisão final do tribunal em relação à apelação se chama acórdão, que, por sua vez, só pode ser atacado em duas hipóteses: (a) na presença de uma violação à lei federal ou de interpretações discrepantes dentre tribunais, quando caberá REsp para o STJ; ou (b) na presença de uma violação a dispositivo constitucional, quando caberá RE para o STF. Por fim, do acórdão do STJ, que normalmente também julga por meio de turmas compostas por ministros, ainda cabe um RE para o STF, caso a decisão do STJ tenha violado a constituição.

Na sistemática processual atual, RE e REsp podem e devem ser protocolados no tribunal *a quo* (de origem) simultaneamente, se estiverem presentes as hipóteses permissivas de ambos (questão de legalidade e de constitucionalidade). Portanto, mesmo que uma questão possa ser resolvida do ponto de vista legal ou constitucional de forma independente, a estrutura processual gera incentivos para que o agente interponha os dois recursos simultaneamente. Do contrário, a parte sucumbente perde a chance de ter a questão revista pelo tribunal superior que não foi acionado, se o outro que foi acionado não lhe der razão, não podendo recorrer dessa decisão posteriormente (é o que os juristas chamam de preclusão). Resumindo o exposto acima, podemos organizar a estrutura recursal da seguinte forma:

Figura 10: Estrutura Recursal Simplificada



Agora que a estrutura organizacional e processual na qual se inserem os magistrados brasileiros está mais clara, vamos modelar a estrutura de incentivos de cada magistrado e investigar os incentivos para que este produza capital jurídico. A literatura tem abordado essa questão de duas formas: uma pressupondo que os magistrados cooperam naturalmente, mas possuem recursos limitados (agem, portanto, como times); e outra supondo que em cada decisão pode haver uma divergência de opiniões e que o juiz pode querer impor suas preferências à comunidade no caso concreto, a despeito da

posição contrária do tribunal (problema agente-principal). Essas duas abordagens são discutidas a seguir.

3.3 Modelos de Comportamento Judicial: parceiros ou adversários?

A literatura econômica sobre o comportamento dos magistrados no desempenho da atividade adjudicatória aumentou substancialmente nos últimos 20 anos. Hoje há inúmeros trabalhos tentando compreender e modelar como funcionam estes agentes públicos dentro de seu contexto institucional. Alguns estudos desse tipo são Cameron (1993), Kornhauser (1995), Cameron, Segal e Songer (2000), Cameron e Kornhauser (2005), Daughety e Reinganum (2006) e Epstein, Martin, Segal e Westerland (2007). Todavia, a cultura jurídica, as regras processuais e a estrutura organizacional do Poder Judiciário de cada país variam substancialmente. Logo, a estrutura de incentivos dos magistrados e seu contexto institucional são específicos a cada comunidade, devendo ser modelados de forma particular. Um estudo individualizado do desempenho de cada jurisdição, a partir de seu contexto institucional, deve aumentar substancialmente nossa compreensão sobre a dinâmica do Judiciário. Mesmo assim, apesar do grande avanço da literatura, as investigações permanecem adstritas à análise das instituições judiciais norte-americanas, como demonstra a revisão bibliográfica realizada por Kornhauser (1999a; 1999b), com poucas exceções como Cooter e Ginsburg (1996), Ramseyer e Rasmusen (2006) e Fon e Parisi (2006).

No Brasil essa linha de pesquisa ainda não se desenvolveu e pesquisadores nacionais têm alocado esforços na compreensão e modelagem dos Poderes Executivo e Legislativo (e.g. Figueiredo & Limongi, 2001; Amorim Neto & Tafner, 2002; Pereira & Mueller, 2004; Pereira, Singh, & Mueller, 2010; Cheibub & Limongi, 2011), sendo Stepan (2000), Taylor (2007) e Jaroletto e Mueller (2011) notáveis exceções. Já os trabalhos mais recentes sobre o Judiciário têm focado prioritariamente: (a) a mensuração da eficiência dos tribunais brasileiros em termos de produtividade, como no estudo de Yeung e Azevedo (2011) e de Fochezza (PUCRS, 2011), ambos aplicando uma metodologia de *data envelopment analysis* (DEA); (b) a ineficácia do Judiciário em fazer valer as leis (*enforcement*), como no estudo sobre corrupção de Alencar e Gico Jr. (2011); ou, ainda, (c) a identificação de eventuais vieses presentes nas decisões judiciais e suas consequências sobre os custos de transação, como Rezende (2008), Rezende e

Zylbersztajn (2011), Yeung e Ferrante (2012) e Yeung, Carvalho e Silva (2012). Este trabalho complementa e contribui para esta literatura.

Temos duas possibilidades de abordagem teórica do problema de coordenação entre instâncias diversas que, potencialmente, podem ser testadas empiricamente: uma baseada na Teoria dos Clubes e outra baseada na Teoria da Agência (modelo Agente-Principal).

A abordagem baseada na Teoria dos Times está preocupada com a organização eficiente dos indivíduos que compartilham um objetivo comum, mas controlam variáveis diversas e – potencialmente – baseiam suas decisões em informações diferentes (Marshack & Radner, 1972). A aplicação dessa abordagem ao Judiciário significa que se modelam os magistrados sem quaisquer conflitos valorativos, i.e., como agentes com valores e objetivos idênticos ou suficientemente próximos e cujo objetivo comum é decidir “corretamente” a maior quantidade de casos possível em um mundo de incertezas e custos de transação positivos. Em termos econômicos, todos os agentes são modelados como se tivessem a mesma função utilidade. Tradicionalmente, essa abordagem busca verificar se características tradicionais do Poder Judiciário como o duplo grau de jurisdição, a revisão por colegiados etc. emergiriam endogenamente como decorrência natural dessa busca pelo bem-comum da organização (e.g. Daughety & Reinganum, 2000). Assim como muitos juristas tradicionais, muitas vezes os pesquisadores dessa abordagem simplesmente pressupõem que os juízes seguirão as posições dos tribunais ou pressupõem que a segurança jurídica é a consequência lógica do modelo (e.g. Kornhauser L. A., 1995).

Alguns dos resultados obtidos pela literatura de times decorrem da escassez de recursos. Por exemplo, o alinhamento vertical com a jurisprudência dos Tribunais é em parte um mecanismo de redução de tempo e recursos judiciais, pois a segurança jurídica dele decorrente reduz a litigância mediante a celebração de acordos e a redução de apelações com baixa probabilidade de êxito. Outros resultados derivam da assimetria de informação, pois alguns grupos (e.g. STF e STJ) possuem mais recursos que os níveis inferiores para decidir certos casos. Segui-los, então, facilita o trabalho de magistrados inferiores com menos recursos e leva a decisões – na média – mais corretas. É relativamente simples perceber as potenciais implicações políticas e estratégicas dessa abordagem e é curioso notar, desde já, que esta tem sido a abordagem tradicional adotada

por economistas que pesquisam e lecionam em faculdades de direito nos EUA (e.g. Shavell, 1995).

Por outro lado, o pressuposto básico da Teoria da Agência é a presença de conflitos valorativos constantes em quaisquer organizações. A criação e a aplicação das regras, um problema tradicional de toda e qualquer organização, são ocasiões de disputa e o resultado dessas contendas determinará o poder de cada parte da burocracia. Os detalhes organizacionais e as regras procedimentais determinam o poder de cada grupo. No contexto do Judiciário, essa abordagem significa que cada decisão é uma oportunidade para um conflito político entre instâncias. Magistrados com preferências diversas e, portanto, funções utilidades distintas, deparam-se com insegurança jurídica e aprendem ao longo do tempo. Todavia, os modelos de agência tradicionais normalmente excluem a incerteza presente nos modelos de *time* e costumam focar as implicações decorrentes da divergência de incentivos (e.g. Clark, 2009).

Essa literatura foca mais a investigação do desenho institucional e a eficácia de mecanismos que permitam a convergência e a divergência de interesses entre agente e principal, isto é, que permitem que magistrados ajam secretamente (*hidden action*), adquiram informações exclusivas (*acquisition of private information*) ou evadam sanções, aumentando seu espaço de discricionariedade, em contraposição a mecanismos que revelem ações ou informações escondidas ou aumentem a capacidade de sancionamento pelas instâncias superiores. Novamente, as implicações políticas e estratégicas do modelo de agência também são instigantes e é comum encontrá-la em trabalhos de economistas e cientistas políticos que estudam Economia Política Positiva (e.g. Brent, 1999).

Tanto uma abordagem quanto a outra tem como vantagem chamar a atenção para a natureza interdependente das decisões judiciais, isto é, seu contexto estratégico. As decisões judiciais não são tomadas em um vácuo institucional, todos os agentes envolvidos estão sujeitos a restrições e reações dos demais agentes. Por isso, antes de decidirem, eles levam em consideração as preferências e reações prováveis dos outros atores relevantes, incluindo seus colegas, os membros de tribunais superiores, os membros dos demais Poderes e mesmo a opinião pública.

Investigamos a seguir quais as estruturas incentivam os magistrados brasileiros a investir na produção de capital jurídico (*M*) e, assim, gerar segurança jurídica, ou seja, quando um magistrado segue (ou não) a jurisprudência do tribunal.

3.3.1 A Formação de Capital Jurídico como um Problema Agente-Principal

A resposta jurídica tradicional para qual é o mecanismo de incentivo ao magistrado que este invista na produção de e obediência à jurisprudência (*M*) é a existência de um ordenamento jurídico, cuja definição já pressupõe a inexistência de antinomias (regras jurídicas contraditórias). A discussão jurídica resume-se, então, a como o magistrado **deve** resolver as antinomias identificadas que, quando resolvidas, são tidas como meramente aparentes. Essa posição está presente implícita ou explicitamente nas clássicas obras de Kelsen (1998 [1960]) e Bobbio (1995 [1982]). Essas teorias normativas apenas expressam como seus propositores acham que o direito deve ser (proposição normativa) e não como ele é (proposição positiva). Elas supõem implicitamente que os magistrados seguirão a lei, mas a pergunta aqui é justamente quais são os incentivos para que estes o façam?

Uma evidência anedótica talvez sirva de motivação inicial para a discussão teórica dessa seção. Em 2010, o Ministro do Supremo Tribunal, Marco Aurélio de Mello, proferiu um discurso na cerimônia de comemoração de seus 20 anos de STF e fez a seguinte confissão: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio” (CONJUR, 2010). O que o Ministro disse é que primeiro ele decide, conforme suas preferências (“justiça”), depois, procura um fundamento na lei **ou** na doutrina que justifique o resultado que já escolheu. Como se pode ver, essa sistemática confessa é o oposto do que pressupõe a lógica jurídica tradicional. Essa confissão ilustra que o pressuposto de que os magistrados agirão necessariamente conforme a lei ou a jurisprudência, a despeito de suas preferências pessoais, pode não ser adequado. Não há, porém, evidências empíricas de que esse comportamento seja preponderante.

De qualquer forma, do ponto de vista teórico, o pressuposto de que magistrados seguirão a lei ou a jurisprudência dominante, independentemente de qualquer coisa, é incompatível com a abordagem econômica dos magistrados como agentes racionais maximizadores. A abordagem jurídica tradicional não é realista e não leva a previsões

que se adéquem à realidade dos fatos, pois, como já visto, há inúmeros exemplos de magistrados que não estão seguindo a lei ou a jurisprudência, o que não se explica por aquela abordagem. Uma análise positiva do Judiciário não pode partir do pressuposto de que os magistrados não possuem preferências pessoais e que, quando decidem, não levam em consideração seus valores, sua história, a reação dos demais magistrados etc. Em outras palavras, a função utilidade de um magistrado inclui preocupações com remuneração, promoção, remoção, prestígio, preferências políticas, justiça etc. (no mesmo sentido, cfr. Posner, 1993). Em que medida cada uma dessas variáveis é relevante dependerá do contexto e do agente.

Dentro da estrutura organizacional exposta acima, no Item 3.2, ausente a instituição do *stare decisis* e reconhecendo que a lei não é mais um parâmetro dominante de controle da atividade jurisdicional, a questão relevante é: que incentivos têm os magistrados para seguir a jurisprudência de um tribunal superior? De outra forma, quais são os mecanismos de governança que cada nível de hierarquia judiciária tem sobre o outro inferior para fins de uniformização de jurisprudência e construção de capital jurídico? A resposta é simples e preocupante: quase nenhum.

A vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e a promoção automática por senioridade tornam cada magistrado não apenas imune às pressões políticas externas ao Judiciário, mas também imunes ao próprio Poder Judiciário. O magistrado brasileiro talvez seja o mais independente do mundo, ele não apenas é independente politicamente, ele também é independente em relação à própria lei e à jurisprudência. Em um cenário como esse, voltamos a perguntar: se cada magistrado pode decidir da forma como quer, sem custo para si, como é formado o capital jurídico?

Alguém poderia supor que apesar de parte dos magistrados ser promovida por senioridade, outra parte é promovida por mérito, e isso pode levar a algum grau de controle dos níveis superiores sobre a conduta dos níveis inferiores, o suficiente para que os interesses dos magistrados *a quo* (agente) se alinhassem – ao menos em parte – com os interesses dos magistrados *ad quem* (principal). Esse argumento é comumente explorado na literatura (e.g. Cohen, 1992; Smyth, 2005; Maitra & Smyth, 2004; Schneider M. R., 2005), mas – como se verá a seguir – parece não se aplicar no Brasil.

De acordo com o art. 4 da Resolução nº 106 do CNJ, de 6/4/10, os únicos critérios que podem ser considerados para fins de promoção por merecimento são: (a) desempenho (aspecto qualitativo); (b) produtividade (aspecto quantitativo); (c) presteza no exercício das funções (art. 7º); (d) aperfeiçoamento técnico (art. 8º); e (e) adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CEMN (art. 9º).

No aspecto qualitativo, que vale apenas 20% da avaliação (art. 11), deve ser considerado (art. 5º, “e”) o respeito às súmulas do STF e dos tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STM), mas não a jurisprudência do próprio tribunal a que pertence o magistrado e, em hipótese alguma, pode ser considerada a sua taxa de reversibilidade, isto é, o quanto ele errou segundo a instância superior. É o que dispõe o art. 10º:

Art. 10. Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, **tais como índices de reforma de decisões**.

Parágrafo Único: A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).

Ainda que não possa ser formalmente utilizada, seria interessante saber qual a taxa de reversibilidade das decisões dos magistrados promovidos e dos preteridos, pois é possível que tal informação seja usada indiretamente, ainda que vedada pela regulamentação. No entanto, não há trabalhos investigando essa questão, talvez porque não exista, no Brasil, uma organização e catalogação de todas as decisões judiciais proferidas que facilite tal aferição. Acreditamos que os tribunais simplesmente não coletam e, portanto, não têm acesso a esse tipo de informação.

Além da proibição expressa de se considerar a aderência à jurisprudência como um critério para a avaliação de mérito, a remuneração do magistrado – de qualquer instância – é praticamente independente de promoção ou do nível de atuação. A título de exemplo, de acordo com a Tabela de Remuneração dos Magistrados Federais emitida pela Secretaria de Recursos Humanos – SRH do Conselho da Justiça Federal, em 1º de fevereiro de 2010, um juiz federal substituto (primeiro estágio na carreira) ganhava R\$ 21.766,16, um juiz federal pleno (1º grau) ganhava R\$ 22.911,74, ou seja, apenas 5,26% a mais, e o juiz do TRF (1º grau) R\$ 24.117,62, apenas 5,26% a mais. É de se questio-

nar se essa pequena diferença salarial constitui incentivo suficiente para gerar convergência de interesses e, em última análise, cooperação entre as instâncias. A uma primeira vista, ela também não parece substancial.

Se a aderência à jurisprudência vertical não é um fator relevante para a promoção ou para a remuneração do magistrado, então, talvez, houvesse outros custos que pudessem ser impostos ao menos em relação à desobediência às súmulas vinculantes do STF e dos Tribunais Superiores. Mas esse também não é o caso, pois não há qualquer penalidade imposta ao magistrado que desobedece a uma súmula vinculante, razão pela qual seu efeito sobre a estrutura de incentivos do magistrado tende a ser igual a uma reversão normal no julgamento de um RE ou REsp. A divergência não tem custo para o magistrado, apenas para a sociedade e para as partes, que terão de arcar com os custos incorridos pelo Tribunal no processo de revisão.

Outra explicação oferecida pela literatura para o seguimento da jurisprudência pelos magistrados é a questão da reputação (e.g. Miceli & Cosgel, 1994). A magistratura seria uma comunidade pequena, no qual cada membro conheceria o outro e, por isso, ser revertido reiteradamente não seria bem-visto nessa comunidade, o que geraria incentivos para que os magistrados, ao menos em parte, seguissem a jurisprudência. Por outro lado, um magistrado que não seguisse os precedentes dos seus pares não teria seus precedentes seguidos. O problema da reputação como mecanismo de coordenação é que ela pressupõe interação reiterada (para poder haver retaliação em outras rodadas), baixos custos de monitoramento (para se identificar quem não está agindo de acordo) e a possibilidade de punição (mecanismo para tornar desinteressante o comportamento desviante).

Assumindo a baixa rotatividade de juízes e desembargadores e o fato de que juízes normalmente são alocados para varas especializadas, cujos casos são revistos por turmas especializadas de desembargadores, podemos pressupor que a interação entre eles será reiterada. No entanto, considerando a enorme quantidade de casos julgada por cada magistrado por ano, o monitoramento individual do magistrado pelos demais parece ser bastante custoso e, portanto, plausível, mas improvável.

De acordo com os dados do CNJ (2011, p. 73), cada magistrado sentenciou 1.336 processos em 2010, isto é, 3,6 processos por dia, incluindo domingos e feriados.

Esse número astronômico, na realidade, representa uma queda de produtividade em relação a 2009, quando a média foi de 1.540 processos. Se olharmos apenas os dias úteis e lembrarmos que, em parte do dia, os magistrados devem comparecer a audiências, veremos que a probabilidade de um magistrado efetivamente monitorar as decisões de seus pares, mesmo sendo a comunidade pequena, não parece grande. Além disso, não existe nos Tribunais qualquer mecanismo que informe ao próprio magistrado ou aos demais a sua taxa de reversibilidade, isto é, a taxa de reversão de suas decisões pela instância superior. Nem o próprio magistrado sabe a sua taxa de reversibilidade, salvo se construir um banco de dados próprio. Como as decisões no Brasil não são catalogadas nem disponibilizadas em um banco de dados informatizado, na prática, não existe mecanismo de controle público ou privado da taxa de reversão. Sem a possibilidade de monitoração, qualquer mecanismo reputacional é inócuo, o que incentiva comportamentos oportunistas pelo fato de o magistrado possuir informações privadas (*hidden information*) e poder realizar ações ocultas (*hidden action*).

Em um cenário como o apresentado, diante do caso concreto, o magistrado depara-se com a seguinte escolha: (i) divergir da jurisprudência e impor suas preferências, havendo apenas uma probabilidade p de ser revertido (sendo $p < 1$, já que rever casos tem custo para o órgão revisor) e uma probabilidade independente q de ser observado por seus pares, caso seja revertido; ou (ii) seguir a jurisprudência, perdendo a oportunidade de impor as suas preferências à comunidade no caso concreto e enfrentar a mesma probabilidade independente q de ser observado por seus pares seguindo a jurisprudência e, assim, construir reputação.

Pelo exposto, apesar de o Judiciário brasileiro estar estruturado de forma hierarquizada, do ponto de vista de produção de jurisprudência, não existem mecanismos críveis de uniformização, devendo esta ser produzida com a revisão individual de cada caso pelos tribunais superiores, o que gera elevados custos, pois os tribunais não contam com o mesmo número de desembargadores ou ministros que juízes. Nesse contexto institucional, a revisão direta das decisões de 1ª instância não permite o estabelecimento de uma relação direta entre incentivo e desempenho. O controle será proativo e centralizado no próprio tribunal. Será como um policiamento (*police patrol*), na linguagem de McCubbins e Schwartz (1984), quando o ideal seria desenvolver algum mecanismo de controle que disparasse apenas nos casos de divergência, uma espécie de alarme de in-

cêndio (*fire alarm*). Tal mecanismo seria reativo, descentralizado e realizado de forma indireta e, portanto, menos custosa.

Em tese, o sistema de apelações poderia ser uma forma de monitoramento do tipo alarme de incêndio, desde que houvesse custos para apelar e o Tribunal revisse as decisões de 1ª instância apenas em caso de erro. Nos Estados Unidos, os Tribunais não podem rever questões probatórias, mas apenas a correção da aplicação da regra jurídica, enquanto, no Brasil, o CPC estabelece que toda a matéria fática e probatória é devolvida para análise:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Se fosse possível sinalizar aos litigantes que apelações seriam providas apenas em caso de erro e supondo que as partes saibam quando um erro foi cometido, o sistema de apelações funcionaria como um sistema de controle no estilo alarme de incêndio dos desembargadores sobre os juízes. Essa proposição pode ser testada empiricamente averiguando-se a taxa de apelação das sentenças e a taxa de sucesso das apelações interpostas. O resultado esperado seria uma baixa taxa de apelação e uma alta taxa de sucesso das apelações interpostas.

Por outro lado, o modelo proposto acima pressupõe que o tribunal tem uma posição definida e sinaliza de forma clara aos litigantes que reverte uma sentença apenas em casos de erro. Se o tribunal não tiver posição consolidada ou sinalizar de forma equivocada, os litigantes interpretarão essa sinalização como uma possibilidade de re-discutir todos os casos e apelarão sempre que perderem (assumindo-se baixos custos para recorrer). Essa proposição também pode ser testada empiricamente averiguando-se a taxa de apelação das sentenças e a taxa de sucesso das apelações interpostas. O resultado esperado seria uma alta taxa de apelação e uma baixa taxa de sucesso das apelações ou uma taxa semelhante à taxa de sucesso em 1ª instância. Neste caso, teríamos um custoso sistema de monitoramento do agente (juiz) no estilo policiamento que pode, inclusive, ser inviabilizado pelo excesso de revisões, já que há mais juízes que desembargadores.

3.3.1.1 O Comportamento do Juiz Estratégico

Feitas essas considerações acerca da estrutura de incentivos dos agentes e dos custos de monitoramento, propomos um modelo agente-principal para ilustrar as dificuldades relacionadas ao monitoramento dos juízes (agentes) pelo tribunal (principal). A questão fundamental de um problema agente-principal surge quando os interesses do agente não coincidem com os do principal.

Seja A^i o i -ésimo juiz de uma determinada comarca e P^k a k -ésima turma que realiza a revisão das decisões de A^i , sendo $k < i$. Dado um estado da natureza qualquer ω , de acordo com suas preferências, a turma (o principal) elege aplicar uma regra jurídica ao caso concreto tal que o estado da natureza convirja de ω para d após o julgamento. Os estados da natureza d e ω são pontos na reta real. Assim, o estado da natureza d é a situação fática ideal (dever-ser) que o tribunal escolheria se não houvesse restrições ou influências externas, enquanto ω é o estado da natureza revelado no caso concreto (ser) ou estado da natureza real. A regra a ser aplicada pode indicar, por exemplo, que em caso de dívida, o salário do devedor pode ser penhorado só até 30%, ou que até 10% acima da velocidade permitida em uma via pública não caracteriza negligência para fins de determinação de responsabilidade civil em caso de acidente etc.

Suponha a função utilidade $U_{P^k}(d, \omega) = -(d - \omega)^2$, que representa a desutilidade resultante da distância entre estado da natureza ω e o dever-ser d previsto na regra jurídica escolhida por P^k . Nesse sentido, a turma preferiria que o julgamento tivesse como resultado $d = \omega$, isto é, que o estado da natureza real fosse igual ao estado da natureza ideal após o julgamento. Todavia, considerando que o julgamento inicial não é realizado pela turma, isto é, por P^k , a concretização dessa tarefa será delegada inicialmente ao juiz A^i . Em princípio, o agente A^i pode possuir a mesma preferência e, portanto, a mesma função utilidade que P^k , caso em que poderíamos ter um problema de time (cfr. Item 3.3.2 a seguir), ou possuir preferências diversas e, portanto, uma função utilidade diferente de P^k , caso em que teremos um conflito de interesses (problema de agência).

Analisando apenas a hipótese de conflito de interesses ($U_{A^i} \neq U_{P^k}$), suponha que a função utilidade do juiz seja $U_{A^i}(d, \omega, \varepsilon) = -(d - \omega - \varepsilon)^2$. Essa função significa que o juiz prefere que o resultado do julgamento seja $d - \varepsilon = \omega$, isto é, que o estado

da natureza após o julgamento seja igual ao resultado previsto na regra jurídica $d - \varepsilon$, onde ε representa o erro (na perspectiva da turma) do agente em relação ao principal. Se a parte sucumbente do julgamento de A^i apelar, P^k pode rever a decisão “errada” e impor a regra jurídica de sua preferência, revertendo a decisão original. O juiz racional sabe dessa possibilidade e enfrenta um problema estratégico tendo de optar entre divergir ou não divergir.

Reconhecendo o seu lugar na hierarquia judiciária e a possibilidade de reversão, bem como os custos associados a ser revertido, ao tomar suas decisões, o juiz racional agirá estrategicamente e escolherá o nível ótimo de divergência que maximize seu retorno e minimize seus custos. Assim, C_{A_i} é o custo adicional para o juiz de ser revertido. Supondo que a utilidade da divergência para o juiz seja tão maior quanto maior for a distância entre o resultado desejado pela turma (d) e o resultado que deseja ($d - \varepsilon$), que denominaremos Δ ($\Delta = |\varepsilon|$), então, a utilidade do juiz será uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências: $U_{A_i} = U_{A_i}(\Delta)$. Considere agora que o custo de ser revertido também é uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências, isto é, quanto maior a divergência, mais custos adicionais serão impostos ao juiz, $C_{A_i} = C_{A_i}(\Delta)$. Podemos imaginar isso como menor probabilidade de ser promovido, menor salário, pior reputação, menor aderência a suas decisões etc. Por fim, considere que, quanto maior o grau de divergência, maior a probabilidade de reversão, i.e., quanto maior Δ , mais séria é a divergência e mais provável ela é de ser detectada, logo, a probabilidade de ser revertida uma decisão também é uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências, assim: $p = p(\Delta)$.

Nesse cenário, o problema do juiz estratégico será:

$$\text{Max}_{\Delta=|\varepsilon|} U_{A_i}(\Delta) - p(\Delta)C_{A_i}(\Delta) \quad \text{Equação 3-2}$$

As condições de primeira ordem desse problema leva o agente A^i a divergir em suas decisões em grau ou quantidade até que o seu benefício marginal em divergir (U_{A_i}') se iguale ao seu custo marginal em divergir ($p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$), ou seja, até que $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$. Portanto, a aderência do juiz com preferências divergentes à jurisprudência é diretamente proporcional aos custos de ser revertido C_{A_i} ponderados pela pro-

babilidade p de ser revertido. Logo, qualquer política de governança judiciária que queira incentivar a uniformização de jurisprudência deve atentar para essas duas variáveis: a **magnitude do custo para o juiz** e a **probabilidade de reversão**.

Considerando a probabilidade de reversão, supondo que o tribunal tenha uma posição firme e clara acerca da regra jurídica que leva a d , a parte litigante que teve a regra $d - \varepsilon$ aplicada a seu caso pelo juiz A^i terá incentivos a apelar, informando – a baixos custos para a turma – quando o juiz não está seguindo a jurisprudência. Assim, o sistema jurídico de apelação funcionaria – em princípio – como um alarme de incêndio informando a turma quando há um problema a ser corrigido.

Outra questão surge quando a própria turma não tem posição (diminuindo p) ou quando a decisão da turma não informa sua posição claramente, podendo gerar incerteza nos litigantes que tenderão a apelar mais ou menos, a depender dos custos de recorrer. No limite, o sistema de revisão de decisões judiciais pode se tornar um mecanismo de policiamento, caso o custo de apelar seja baixo e o comportamento do tribunal não seja claro e consistente. Como já dito, considerando que há mais juízes do que desembargadores ($i > k$) e que a revisão impõe custos a P^k ($C_{P^k} > 0$), o sistema de policiamento tende a gerar sobrecarga na segunda instância e a diminuir p , em um círculo vicioso de dispersão jurisprudencial e depreciação do capital jurídico. Mas foquemos os custos adicionais de reversão impostos ao juiz.

A imposição de custos adicionais ao juiz pela reversão de uma decisão sua no Brasil é desprezível (i.e., $C_{A^i} \rightarrow 0$), ergo, mesmo na hipótese de apelação, A^i não incorrerá em qualquer custo adicional se for revertido. A carreira do juiz não será afetada por isso, nem sua remuneração e, como o custo de monitoramento da taxa de reversão é alto, nem mesmo sua reputação será atingida. Se a reversão não impõe qualquer tipo de custo adicional a A^i , então, sua conduta racional maximizadora será sempre desobedecer a jurisprudência dominante em caso de conflito e julgar conforme $d - \varepsilon = \omega$, independentemente da posição da turma P^k .

O agente tem ciência de que os recursos da turma são limitados, que o monitoramento é imperfeito ($C_{P^k} > 0$) e que $k < i$, logo, ele sabe que nem todos os casos serão

revistos e aqueles que não forem trarão mais utilidade ao juiz estratégico do que simplesmente seguir a jurisprudência, ou seja, o problema de A^i passa a ser apenas:

$$\text{Max}_{\Delta=|\varepsilon|} U_{A_i}(\Delta) \quad \text{Equação 3-3}$$

Em um cenário como o apresentado, o investimento judicial na formação e criação de regras jurídicas (M) será inferior à quantidade necessária para a formação do estoque ótimo de capital jurídico J^* , pois apenas as decisões que a turma P^k conseguir reverter integrarão a função de produção do capital jurídico e necessariamente a um custo maior do que se A^i cooperasse espontaneamente, isto é, $J_{C_{A_i}=0} < J^*$. Todas as demais decisões não revertidas são diversas de d e, portanto, não contribuem para a previsibilidade da regra aplicável, i.e., não constituem capital jurídico. Denominamos $M_{C_{A_i}=0}$ o nível de investimento judicial em capital jurídico em um contexto no qual não há incentivos para o juiz seguir a jurisprudência.

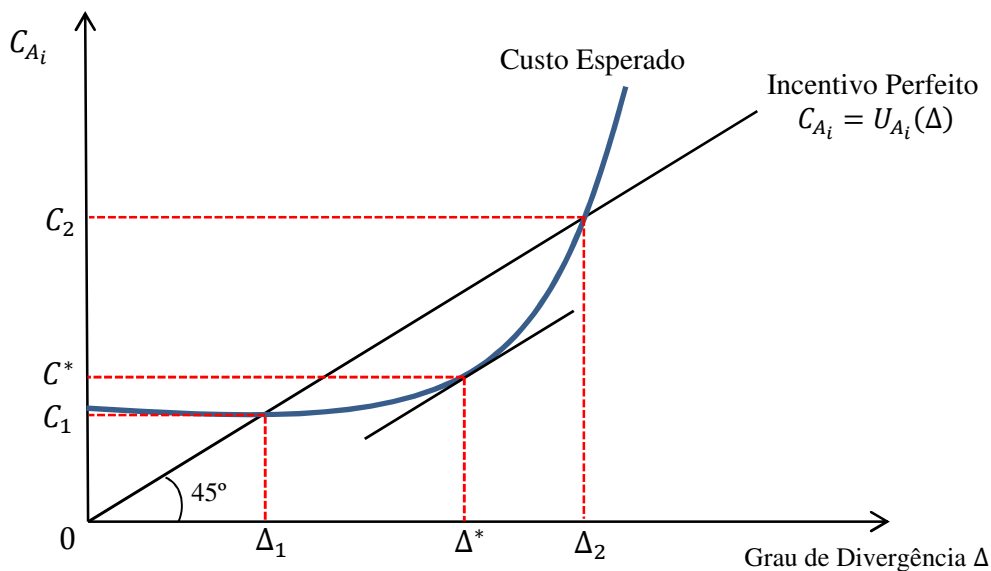
Agora suponha que as políticas judiciárias mudem e que, por exemplo, o critério adotado pelo CNJ passe a incluir um índice de reversibilidade para fins de promoção do magistrado, ou que, em função da nova Lei de Transparência (Lei Complementar nº 131, de 27/5/09), os tribunais passem a informar de maneira clara todas as decisões judiciais e se elas foram revertidas (ou não), para que o público e a comunidade de magistrados possam monitorar o desempenho de cada agente. Se a reversão de uma decisão pela turma também impuser algum custo adicional ao juiz (i.e., $C_{A_i} > 0$) e não apenas a P^k , então, seria alterada a estrutura de incentivos de A^i para que mesmo em caso de divergência de preferências, o juiz seguisse mais a jurisprudência, ou seja, ocorreria um aumento no investimento judicial em segurança jurídica ($M_{C_{A_i}>0} > M_{C_{A_i}=0}$). Como um número maior de decisões convergirá para uma mesma regra, o resultado será uma maior formação de capital jurídico do que na hipótese anterior ($J_{C_{A_i}=0} < J_{C_{A_i}>0} \leq J^*$).

Note que não sendo essas medidas isoladamente perfeitas, ainda haverá algum grau de divergência na prática adjudicatória de A^i , mas este será menor que a divergência plena na ausência de qualquer custo adicional. Da Equação 3-2 temos que o juiz racional continuará a ponderar, em cada caso, se a sua preferência em relação àquele resultado jurídico é mais forte que o custo adicional associado a divergir e, assim, have-

rá um nível ótimo Δ^* por ele praticado, o qual será menor que na hipótese de nenhum custo.

Adaptando a Teoria Econômica do Crime de Becker (1968) e a ideia de sanção como um custo, retomada por Cooter (1984) e Cooter e Ulen (2010, p. 475 e ss.), a estrutura de incentivos do magistrado pode ser ilustrada na Figura 11, na qual o eixo horizontal representa o grau de divergência Δ adotado pelo juiz A^i em sua prática diária ou em uma determinada decisão, pois Δ pode ser interpretado tanto como a distância ideológica em uma única decisão, quanto como a quantidade de decisões divergentes. Lembremos que $U_{A_i}(\Delta)$ é estritamente crescente em Δ . Já o eixo vertical representa os custos adicionais associados à divergência de A^i que, conforme pressuposto, será uma função de Δ . Logo, quanto maior a divergência, maiores serão os custos associados a ela. A reta de 45°, por sua vez, indica a magnitude do custo adicional (C_{A_i}) necessária para que o juiz A^i seja indiferente entre seguir a jurisprudência ou impor suas preferências no caso concreto.

Figura 11: Incentivo Imperfeito para Seguir a Jurisprudência



Ao contrário do caso anterior, no qual o incentivo era divergir sempre, neste cenário, existe apenas um intervalo entre Δ_1 e Δ_2 no qual é racional divergir, pois a utilidade auferida pelo juiz estratégico com a divergência é superior ao custo esperado de fazê-lo. O ganho do juiz A^i é justamente a distância entre o Custo Esperado e a Curva de Incentivo Perfeito. Fora desse **espaço de divergência racional**, ou seja, quando a

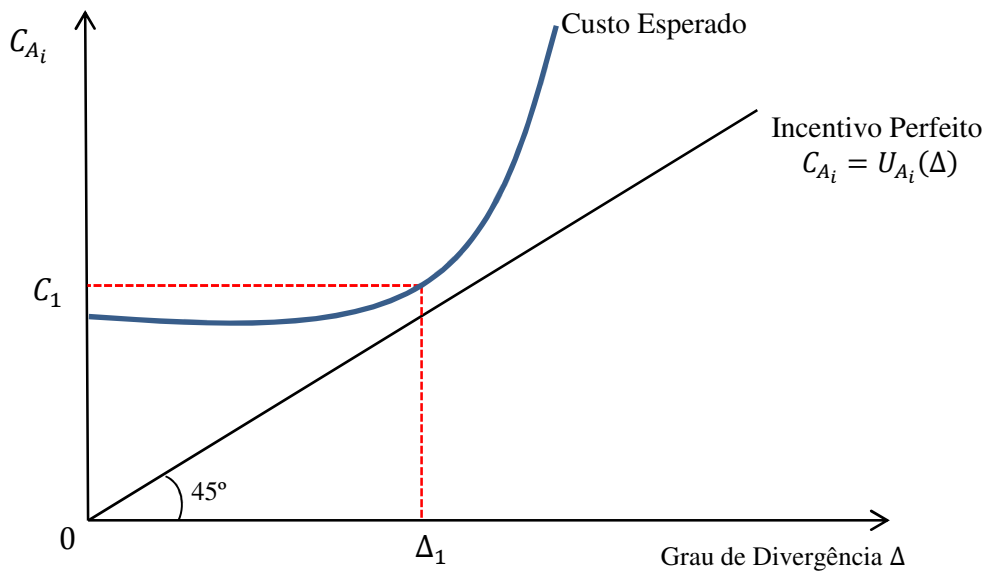
divergência é muito pequena ($\Delta < \Delta_1$) ou muito grande ($\Delta > \Delta_2$), não é mais racional divergir e A^i seguirá a jurisprudência, formando capital jurídico. Além disso, analisando-se o espaço de divergência racional, é fácil perceber que, de Δ_1 a Δ^* , o custo marginal de divergir ($p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$) é menor do que o benefício marginal de divergir (U_{A_i}'), enquanto de Δ^* a Δ_2 , tem-se o inverso, logo, o juiz racional aumentará sua divergência até alcançar o **nível ótimo de divergência** Δ^* , no qual $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$. O juiz estratégico apenas alterará sua conduta na presença de algum choque que modifique o custo esperado de divergir.

Uma analogia desse equilíbrio pode ser traçada com o Judiciário como um todo e os demais Poderes, tomando-se a lei escrita aprovada e sancionada como uma única posição clara e definida dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse caso, o STF poderia discordar dessa posição dentro de um espaço de divergência racional. Países que, a título de exemplo, parecem ter construído um bom equilíbrio intra e extrajudiciário são os Estados Unidos (*common law*) e a Alemanha (*civil law*). Este equilíbrio depende fundamentalmente das condições sociopolíticas de cada sociedade.

O terceiro caso a ser analisado é quando há incentivos perfeitos para que o juiz A^i siga a jurisprudência e, assim haja a formação máxima de capital jurídico. Para que os incentivos do agente estejam perfeitamente alinhados com os interesses do principal, i.e., para desincentivar os juízes a não seguirem a jurisprudência, simplesmente reverter as decisões divergentes pode não ser suficiente, pois apenas uma parte das sentenças é examinada. Logo, para $p(\Delta) < 1$, o custo esperado da reversão $p(\Delta)C_{A_i}(\Delta)$ deve ser estabelecido em patamar superior a $U_{A_i}(\Delta)$ e, portanto, acima da curva de custo perfeito, que pressupõe $p(\Delta) = 1$. Nessa hipótese, o juiz A^i não apenas incorre em custos adicionais positivos, caso não siga a jurisprudência, mas o custo esperado é sempre superior à utilidade esperada da divergência ($p' C_{A_i} + p C_{A_i}' > U_{A_i}', \forall \Delta \in \mathbb{R}$). Assim, da Equação 3-2 temos que o comportamento racional do juiz será sempre seguir a jurisprudência, gerando o máximo de capital jurídico.

O comportamento maximizador do juiz racional nesse contexto está ilustrado na **Figura 12:**

Figura 12: Incentivo Perfeito para Seguir a Jurisprudência



Há democracias maduras em países desenvolvidos nas quais a estrutura judiciária se assemelha justamente ao modelo acima, sendo o melhor exemplo o caso japonês. A *SaikōSaibansho* pode ser considerada a mais conservadora Suprema Corte do mundo (Beatty, 1998, p. 121), em um país democrático. Desde sua criação em 1947, a *SaikōSaibansho* declarou inconstitucional apenas oito leis (Satoh, 2008, p. 609), enquanto sua equivalente alemã, a *Bundesverfassungsgericht*, criada apenas em 1951, até maio de 2009, já havia declarado a inconstitucionalidade de 611 dispositivos normativos (The Economist, 2009). Por outro lado, a marca brasileira é uma incógnita, já que o STF não mantém um controle de quantos dispositivos normativos já declarou inconstitucional, mas não deve ficar atrás do desempenho alemão. Ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade no Brasil se tornou um fenômeno tão frequente que foi necessário criar a figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, isto é, uma ação cujo objeto é declarar que uma lei promulgada pelo Congresso Nacional realmente é constitucional e, portanto, deve ser seguida.

Na estrutura judiciária japonesa, existem inúmeros mecanismos formais e informais de coordenação entre as instâncias superiores e as instâncias inferiores, que incluem: a formação jurídica dos magistrados, a política de recrutamento, as regras de promoção, o processo de seleção dos Ministros da *SaikōSaibansho*, as limitações de recursos e a concentração de poder nas mãos do Ministro-Presidente da *SaikōSaibansho* (Law, 2009). Tais mecanismos, distintos dos implementados no contexto brasileiro,

geraram não um Judiciário necessária ou essencialmente conservador, mas um Judiciário altamente sensível e coordenado com suas lideranças, justamente o modelo ilustrado na Figura 12, sendo que a independência do Judiciário foi mantida, ainda que a do juiz de 1º grau não (Ramseyer & Rasmusen, 2006, p. 1.929). Vale notar que o conservadorismo judicial japonês pode ser interpretado muito mais como um conservadorismo político em geral, já que salvo alguns breves períodos, a política japonesa tem sido dominada por um único partido conservador (Law, 2009), o que apenas reforça a necessidade de modelos que levem em consideração a interação estratégica entre Judiciário e outros Poderes. É interessante perceber que em um estudo comparativo recente sobre a crise do sistema judicial no mundo, justamente o Japão, juntamente com a Holanda, era apontado como o sistema jurídico com melhor desempenho (Zuckerman, 1999, pp. 13-14).

Em resumo, na primeira hipótese, em que não há qualquer custo adicional imposto ao juiz A^i caso não siga a jurisprudência ($C_{A_i} \rightarrow 0$), mas a turma P^k incorre em custos para rever tais decisões ($C_{P_k} > 0$), da Equação 3-2, temos que o comportamento racional do juiz é divergir sempre que suas preferências forem diferentes da turma, não investindo qualquer recurso na formação de capital jurídico. Nesse caso, a segurança jurídica será apenas aquela decorrente da coincidência de preferência dos magistrados, acrescida dos casos que a turma P^k conseguir reverter e, claramente, a custos maiores, o que é uma solução ineficiente ($M_{C_{A_i}=0} < M^*$). Esse cenário é caracterizado pela menor formação de capital jurídico ($J_{C_{A_i}=0} < J^*$).

Já na segunda hipótese, em que há algum custo adicional imposto ao juiz A^i caso não siga a jurisprudência ($C_{A_i} > 0$), mas em que a turma P^k incorre em custos para rever tais decisões ($C_{P_k} > 0$), os incentivos a convergir não são perfeitos, criando-se um espaço de divergência racional dentro do qual o juiz estratégico aumentará sua divergência até alcançar o nível ótimo de divergência Δ^* . Nesse ponto, $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$. Novamente, os recursos usados para reverter parte dessas decisões constituem ineficiência na formação de capital jurídico, mas menor do que na primeira hipótese, pois o grau de convergência jurisprudencial e, portanto, o investimento judicial em J será maior do que na primeira hipótese ($M_{C_{A_i}=0} < M_{C_{A_i}>0} < M^*$), logo, $J_{C_{A_i}=0} < J_{C_{A_i}>0} < J^*$.

Por fim, na terceira hipótese, desenham-se mecanismos suficientes para que o juiz A^i não tenha qualquer incentivo para não seguir a jurisprudência e a regra jurídica aplicada será sempre aquela determinada pela turma P^k , eliminando-se o problema de agente-principal. Esse alinhamento perfeito gerará cooperação entre as instâncias e reduzirá substancialmente os custos com o processo de apelação, aproximando-se o investimento em capital jurídico do nível ótimo com o menor custo possível ($M_{C_{A_i}=0} < M_{C_{A_i}>0} < M^*$). Obviamente esse resultado levará a uma menor variação das regras jurídicas, mas essa é a essência da ideia de formação de capital jurídico (J^*).

Apesar de citar i juízes e k turmas, o modelo proposto acima supôs implicitamente que uma única turma sempre avaliaria a sentença de um único magistrado, não levando em consideração que pode haver mais de uma turma no tribunal e que elas podem ter entendimentos diversos. Outra forma de ver a questão é supor que P^k seja o tribunal e não a turma, já com uma única posição consolidada. A análise acima se manteria válida. Esse modelo pode, então, ser expandido para incluir k turmas com entendimentos diversos, ou ainda para analisar o comportamento das próprias turmas como agentes e o Pleno do tribunal como principal, ou, ainda, para tentar modelar as interações estratégicas em um contexto em que as composição dos tribunais vão se alterando no tempo e as implicações disso para o alinhamento horizontal (obediência à jurisprudência pelo próprio tribunal) e para o alinhamento vertical (obediência à jurisprudência pelos juízes).

Não obstante, uma questão permanece: se excluirmos da análise o conflito de interesses inerente a qualquer hierarquia burocrática, será que a necessidade de investimento em capital jurídico deixaria de ser um problema? Se supusermos que os magistrados são inerentemente cooperativos e, como um time, desejam aplicar o direito da melhor forma possível, isso seria o suficiente para eliminar o problema de incentivos para investimento em capital jurídico? A próxima seção analisa essa questão.

3.3.2 A Formação de Capital Jurídico como um Problema de Time

Olson (1971 [1965], p. 2) criticou a Teoria da Ação Coletiva dizendo que “a não ser que o número de indivíduos seja bem pequeno, ou haja coerção, ou algum outro instrumento especial que faça os indivíduos agirem em seu interesse comum, *indivíduos racionais com interesses próprios não agirão para atingir seus interesses comuns ou de*

grupo.”¹⁰. Nesse sentido, como poderiam magistrados, que são muitos, agir como um grupo e, sem mecanismos coercitivos de coordenação, atingir os interesses coletivos e formar jurisprudência? Esse é o desafio da Teoria dos Times aplicada ao Judiciário.

De início, é importante alertar que o modelo do Judiciário como um time pressupõe que a formação de capital jurídico emerge como uma consequência endógena em uma hierarquia judicial como o resultado da assimetria de informações ou de restrições de recursos. A necessidade de investimento em capital jurídico, isto é, segurança jurídica não deixa de existir, ela apenas deixa de ser forçada por algum mecanismo de controle como no modelo agente-principal para ser uma consequência natural do modelo (e.g. Kornhauser L. A., 1995), mas a necessidade de algum mecanismo de coordenação permanece.

Na literatura de times não existe o fenômeno da desobediência, pois todos os agentes possuem a mesma função utilidade, i.e., possuem o mesmo objetivo, então, analisa-se a questão de divergência jurisprudencial com uma abordagem diferente, que chamaremos **desvio jurisprudencial**. O desvio jurisprudencial acontece quando uma instância inferior, por alguma razão que não o conflito de interesses, não segue a instância superior (e.g. Bhagwatt, 2000). Esse desvio pode ocorrer porque as circunstâncias que deram origem à regra inicial mudaram de tal forma que não faz mais sentido mantê-la e uma nova regra deve ser formulada ou porque novas evidências desenvolvidas ou adquiridas posteriormente indicam que a regra era ruim ou estava errada (e.g. exame de DNA). Fato é que tais desvios jurisprudenciais ocorrem no mundo da natureza e precisam ser explicados em um contexto de time.

Dentre as várias abordagens possíveis, seguindo uma estratégia utilizada por outros autores como, por exemplo, Daughety e Reinganum (1999) e Talley (1999-2000), usaremos o mecanismo da **casca de informações**, com base no trabalho de Bikhchandani, Hirshleifer e Welch (1992) sobre modismos e ondas de comportamento. Uma casca de informações é como um comportamento coletivo no qual as pessoas começam gradualmente a agir da mesma forma (adotar um mesmo comportamento), que vai se replicando até que esse comportamento se torne dominante e se consolide como uma

¹⁰ “[U]nless the number of individuals is quite small, or unless there is coercion or some other special device to make individuals act in their common interest, rational, self-interested individuals will not act to achieve their common or group interests.”

tendência (*trend* ou *fad*). Ela ocorre quando é ótimo para um indivíduo seguir o comportamento dos demais membros de seu grupo após ter observado a ação de outros antes de si, independentemente de suas informações privadas.

No contexto judicial, esse modelo especifica em que condições uma jurisprudência se torna dominante como o resultado do efeito cascata. Ele também deve indicar quando esse efeito deixa de ocorrer, de forma que possa acontecer o desvio jurisprudencial. Considerando que para fins do presente trabalho, o que nos importa são apenas as condições necessárias para que a coordenação (jurisprudência dominante) ocorra e, portanto, os mecanismos que devem estar presentes, apresentamos a seguir uma versão adaptada do modelo.

Seja A^i o i -ésimo magistrado de uma determinada comarca. Para uma determinada questão jurídica há dois estados da natureza possíveis $\Omega = \{1,2\}$. Assuma que há apenas duas regras jurídicas para se aplicar, $D = \{1,2\}$, sendo que uma dessas regras deve ser aplicada pelo magistrado na decisão sobre determinado litígio. Seja a utilidade do magistrado i dada por $U_i = 1$ se $\omega = d$, ou seja, se o estado da natureza (ω) no caso concreto for igualado ao resultado previsto na regra-jurídica mais adequada (d) e, do contrário, $U_i = 0$. Note que, neste modelo, o magistrado só extrai utilidade do julgamento se em decorrência dele o mundo real (estado da natureza) se conformar com o mundo do dever-ser (regra jurídica adequada). Todos os magistrados incorrem nos mesmos custos de adoção C (que é o investimento individual em capital jurídico), que, por simplicidade, consideramos igual a $\frac{1}{2}$.

Como se trata de um time, todos os magistrados possuem a mesma função utilidade e, portanto, enfrentam as mesmas circunstâncias. Logo, se o estado da natureza é igual a 1, todos os magistrados sabem a regra jurídica correta e desejam implementar $d = 1$. Por outro lado, se o estado da natureza é igual a 2, todos desejam implementar $d = 2$. As probabilidades *à priori* de ocorrência de cada estado da natureza $p(1)$ e $p(2) = 1 - p(1)$ são números positivos e de conhecimento público. Cada magistrado tem acesso a todas as decisões tomadas por magistrados anteriores. A ordem dos magistrados é decorrente da distribuição aleatória de processos e, portanto, é exógena e de conhecimento público. Os magistrados diferem em sua posição na fila decisional, isto é, eles decidem em momentos diferentes no tempo.

No momento de decidir um caso, o magistrado recebe um sinal privado com ruído (pouco claro) acerca do estado da natureza, $s \in S = \{1,2\}$. A ideia por trás desse sinal com ruído, por exemplo, é que como o magistrado deve julgar com base apenas no que foi juntado aos autos (“o que não está nos autos não está no mundo”), ele não tem como saber com certeza absoluta (informação perfeita) qual o real estado da natureza ω . O magistrado, no momento de decidir, não tem como saber com perfeição sobre o mundo dos fatos, mas apenas aquilo que as partes informam (de maneira enviesada) e aquilo que ele próprio consegue identificar no processo de instrução, que tem custos e, além disso, o julgador possui recursos limitados. Assim, no momento de decidir, cada magistrado, privadamente, observa um sinal condicionalmente independente¹¹. Dado um estado da natureza ω , com probabilidade de ocorrência de $p_i > 1/2$ temos $s = \omega$ e, com probabilidade $1 - p_i$ temos $s \neq \omega$, ou seja, se $\omega = 1$, então, com probabilidade $p_i > 1/2$ temos $s = 1$; por outro lado, se $\omega = 2$, então, $s = 2$ com probabilidade $p_i > 1/2$. A Tabela 1 abaixo descreve esse caso de sinal binário:

Tabela 1: Probabilidade dos Sinais

	$\Pr(S = 1 U)$	$\Pr(S = 0 U)$
$U_i = 1$	$p(1)$	$1 - p(1)$
$U_i = 0$	$1 - p(1)$	$p(1)$

Analisando-se o caso especial em que os sinais são igualmente distribuídos, ($p_i = p$ para todos os i), temos que, tendo percebido o sinal s , a utilidade esperada da adoção da regra 1 é $E[U_i] = \gamma \cdot 1 + (1 - \gamma) \cdot 0 = \gamma$, onde γ é a crença Bayesiana à *posteriori*¹² de que o valor real do estado da natureza será 1. Essa é a crença do magistrado no instante em que reflete não apenas sobre o sinal privado que recebeu (s), mas tam-

¹¹A independência entre eventos depende da forma como a medida de probabilidade está sendo considerada. Assim, suponha que B é um evento em um experimento aleatório com probabilidade positiva. Uma coleção de eventos ou uma coleção de variáveis aleatórias é condicionalmente independente dado B se a coleção é independente em relação à medida de probabilidade condicional $A \mapsto P(A | B)$.

¹²A estatística clássica associa probabilidades apenas a variáveis aleatórias, enquanto a bayesiana permite a associação de probabilidade a qualquer grau de crença ou incerteza sobre uma quantidade aleatória, evento ou hipótese. Essa abordagem leva à definição de probabilidades à *priori* e à *posteriori*. A primeira advém das informações que cada indivíduo traz consigo de experiências passadas. Já a outra é obtida à medida que experimentos são realizados e novos dados são coletados. Assim, as probabilidades associadas a um evento são definidas previamente e atualizadas na medida em que se recebem novas informações. No presente caso, os magistrados aprendem com o tempo. Quando os dados são mais informativos que as suposições iniciais, ou seja, quando a amostra aumenta, as probabilidades convergem independentemente das distribuições iniciais.

bém sobre o que ele pode inferir sobre os sinais privados recebidos pelos demais magistrados que decidiram casos semelhantes anteriormente, a partir da forma como estes decidiram seus casos. A lógica por trás desse modelo é que todos os magistrados estão tentando cooperar para alcançar o melhor resultado possível, mas cada um recebe informações privadas no momento do julgamento (informações nos autos) que não podem ser transmitidas a todos os demais de forma perfeita, mas apenas pelo conteúdo das sentenças ou acórdãos. Então, quando um magistrado vai julgar, ele inicialmente usa sua informação privada e infere as informações privadas a que seus colegas tiveram acesso a partir das decisões pretéritas. Para evitar empates, como convenção, se um magistrado é indiferente entre a aplicação da regra 1 ou 2, ele escolherá uma delas com igual probabilidade.

Assim, o primeiro magistrado aplica a regra 1 se o sinal que percebe no caso concreto é 1 e aplica a regra 2 se o sinal que percebe no caso concreto é 2. O segundo magistrado a decidir pode inferir o sinal recebido pelo primeiro magistrado a partir de sua decisão. Se o primeiro magistrado aplicou a regra 1, o segundo também aplica a regra 1, se seu sinal no caso concreto for 1. Já se seu sinal for 2, o segundo magistrado estima que o valor esperado da aplicação da regra 1 (dado um sinal 1 e um sinal 2) é igual a $\frac{1}{2}$. Sendo indiferente entre aplicar a regra 1 ou 2, ele escolhe uma das duas para aplicar com probabilidade $\frac{1}{2}$. De forma semelhante, se o primeiro magistrado tivesse aplicado ao caso concreto a regra 2, o segundo também aplicaria a regra 2, se o seu sinal fosse 2, e aplicaria a regra 1 com probabilidade $\frac{1}{2}$ se o seu sinal fosse 1. O terceiro magistrado se depara, então, com uma das três situações:

- (a) Ambos seus antecessores aplicaram a regra 1, hipótese na qual mesmo na presença de um sinal 2 ele tende a aplicar a regra 1, criando uma jurisprudência na direção 1 (“jurisprudência 1”);
- (b) Ambos seus antecessores aplicaram a regra 2, hipótese na qual mesmo na presença de um sinal 1 ele tende a aplicar a regra 2, criando uma jurisprudência na direção 2 (“jurisprudência 2”); ou
- (c) O terceiro magistrado encontra-se na mesma posição que o primeiro magistrado, sua utilidade esperada – baseada apenas na conduta de seus antecessores – é $\frac{1}{2}$ e, portanto, o seu sinal privado determinará a escolha da regra a ser aplicada (“jurisprudência dividida”).

Dada essa regra de decisão, podemos derivar as probabilidades incondicionais à *priori* da formação de jurisprudência na direção 1, da formação de jurisprudência dividida e da formação de jurisprudência na direção 2, depois de duas decisões judiciais como sendo:

$$\frac{1 - p + p^2}{2}, \quad p - p^2, \quad \frac{1 - p + p^2}{2}$$

e, depois de um número par de decisões judiciais k :

$$\frac{1 - (p + p^2)^{k/2}}{2}, \quad (p + p^2)^{k/2}, \quad \frac{1 - (p + p^2)^{k/2}}{2} \quad \text{Equação 3-4.}$$

Perceba que, depois de duas decisões judiciais sobre a mesma questão, uma jurisprudência não é formada se uma delas foi pela aplicação da regra 1 e a outra pela aplicação da regra 2. A partir da Tabela 1, esse valor pode ser calculado assumindo $U_i = 1$ (ou 0). A ocorrência do conjunto de decisões judiciais 1-2 ou 2-1 envolve uma distribuição binomial (jogar uma moeda), de forma que a probabilidade total é $\frac{1}{2}p(1 - p) + \frac{1}{2}p(1 - p) = p(1 - p)$. Para os outros dois valores, basta notar que como as probabilidades não são condicionadas a U_i , logo, temos que $\text{Pr}(\text{jurisprudência 1}) = \text{Pr}(\text{jurisprudência 2}) = \frac{1}{2}[1 - \text{Pr}(\text{jurisprudência dividida})]$.

Já para as expressões na Equação 3-4, note que a probabilidade de formação de jurisprudência 1, depois de quatro decisões judiciais sobre a mesma questão, é a probabilidade de formação de jurisprudência 1 após duas decisões judiciais, mais a probabilidade de não haver jurisprudência, depois de duas decisões judiciais, multiplicada pela probabilidade de formação de uma jurisprudência após outras duas decisões judiciais. Por outro lado, a probabilidade de não haver jurisprudência (jurisprudência dividida) depois de quatro decisões judiciais é simplesmente a probabilidade de não surgimento de jurisprudência após duas decisões judiciais, multiplicada pela probabilidade de não surgimento de jurisprudência após outras duas decisões judiciais.

A Equação 3-4 mostra que, quanto mais p se aproxima de $\frac{1}{2}$, mais tempo demora para que uma jurisprudência seja formada. Uma redução em p em direção a $\frac{1}{2}$, por sua vez, equivale ao incremento de ruído no sinal até que, quando $p = \frac{1}{2}$, o sinal deixa de informar ao novo magistrado que sinal seguir. Em outras palavras, e isso é muito im-

portante, quanto mais claro é o sinal para o magistrado do valor da adoção de uma determinada regra, mais cedo as jurisprudências tendem a se formar.

Nesse sentido, em um contexto de time, por exemplo, a incapacidade inicial de o Judiciário decidir se pode ou não penhorar salário; ou de decidir se pode ou não aplicar juros compostos em contratos de financiamentos; ou ainda se é permitido o casamento homoafetivo; pode ser interpretada como uma dificuldade inicial dos magistrados anteriores de informarem com precisão as razões pelas quais a regra jurídica aplicada aos casos concretos anteriores (sim ou não) deve prevalecer. A jurisprudência dividida é, portanto, um fenômeno possível do modelo. Todavia, a Equação 3-4 também mostra que a probabilidade de não formação de jurisprudência cai exponencialmente com o incremento do número de decisões judiciais anteriores. Assim, mesmo para sinais com muitos ruídos, como por exemplo, quando $p = \frac{1}{2} - \varepsilon$, com um ε arbitrariamente pequeno ($p \rightarrow \frac{1}{2}$), essa probabilidade, após apenas 10 decisões judiciais sobre a mesma questão, é menor do que 0,1%.

Dissemos que as implicações da Equação 3-4 são importantes porque, apesar de se poder concluir que uma discordância jurisprudencial inicial é um fenômeno esperado desse modelo de cooperação judicial, a permanência da jurisprudência dividida, mesmo após muitas decisões tomadas, não é compatível com o modelo e revela a existência provável de outros fatores, como o conflito de interesse entre magistrados e a inexistência de mecanismos de monitoramento e coordenação. Nestes casos, estamos de volta ao mundo do agente-principal discutido no Item 3.3.1 acima.

Alguém poderia perguntar se, em um modelo como esse é possível prever a probabilidade não apenas de formação de jurisprudência, mas de formação de uma jurisprudência correta. A resposta é positiva. As probabilidades incondicionais *a priori* da formação de jurisprudência 1, da formação de jurisprudência dividida e da formação de jurisprudência 2, depois de duas decisões judiciais, **dado que $\omega = \mathbf{1}$** , são

$$\frac{p(p+1)}{2}, \quad p(1-p), \quad \frac{(p-2)(p-1)}{2}$$

e, depois de um número par de decisões judiciais k ,

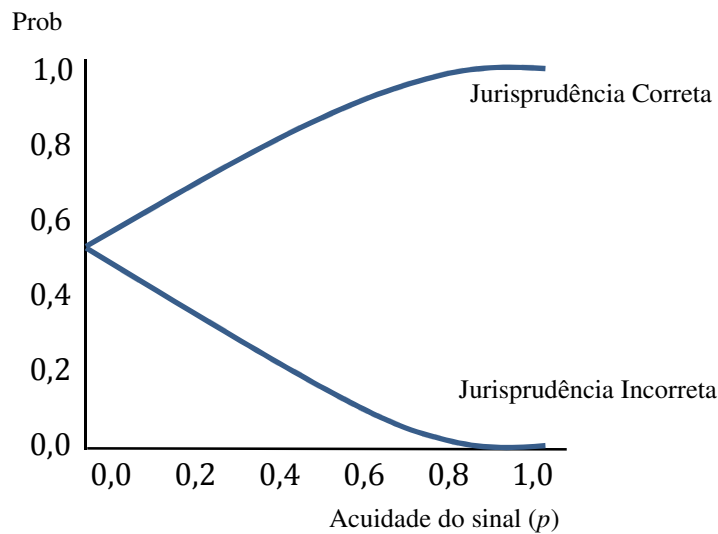
$$\frac{p(p+1)[1-(p-p^2)^{k/2}]}{2(1-p+p^2)}, \quad (p-p^2)^{k/2},$$

$$\frac{(p-2)(p-1)[1-(p-p^2)^{k/2}]}{2(1-p+p^2)}$$

Equação 3-5

A primeira expressão é a probabilidade de formação de uma jurisprudência correta (aplicação de regra 1 para o estado da natureza 1), sendo possível se demonstrar que essa probabilidade é crescente em p e em k , como ilustrado na Figura 13 abaixo.

Figura 13: Acuidade do Sinal e Formação de Jurisprudência



Essa figura ilustra a probabilidade de formação de uma jurisprudência correta ($d = 1$) e de formação de uma jurisprudência incorreta ($d = 2$) como uma função de p , sendo p a probabilidade de que o magistrado receba o sinal de aplicação da regra 1 ($s = 1$), dado que o verdadeiro estado da natureza é 1 ($\omega = 1$) e de acordo com a Equação 3-4. Note que mesmo para um p grande, a probabilidade de formação de uma jurisprudência incorreta é considerável.

O problema da formação de jurisprudência como o resultado do acúmulo de decisões anteriores (efeito cascata) é que ela impede a agregação de informações de inúmeros magistrados. Se a informação de muitos magistrados fosse agregada, aqueles decidindo em momentos posteriores deveriam convergir para a decisão correta. Todavia, uma vez estabelecida uma jurisprudência dominante, as decisões posteriores não trazem novas informações, razão pela qual os magistrados não melhoram as decisões seguintes.

O traço distintivo desse modelo de jurisprudência dominante é que rapidamente a informação recebida dos magistrados anteriores por meio de suas decisões supera o valor dos sinais privados recebidos pelo próprio magistrado no caso concreto. A partir desse momento, a conduta racional do magistrado a decidir passa a ser desprezar os sinais privados que recebe e aplicar a regra jurídica determinada pelos sinais anteriores, dando início à cascata de informação, ou seja, à formação de uma jurisprudência dominante. Desse ponto em diante, nenhuma informação nova é revelada pela conduta dos magistrados subsequentes, pois estes não aprendem nada com as decisões dos magistrados que decidiram após o início da formação de jurisprudência. É quando uma jurisprudência se torna dominante e a maioria dos magistrados passa a segui-la. Está formado o capital jurídico, mesmo na ausência de mecanismos coercitivos de coordenação entre magistrados.

O modelo de Bikhchandani, Hirshleifer e Welch (1992, p. 1.009) também demonstra que, quanto mais precisos forem os sinais, mais rápida é formada a cascata, isto é, em nossa aplicação, mais célere é formada a jurisprudência dominante e, portanto, o capital jurídico. Nesse sentido, em uma abordagem de times, o Judiciário brasileiro deveria construir mecanismos de redução de ruídos de sinal enviado por cada magistrado, ou seja, melhorar substancialmente a clareza e a qualidade de cada decisão, bem como as formas de circulação dessas informações. A redução de ruídos do sinal pode ser realizada por mecanismos internos e externos ou simplesmente pela alocação de recursos em *M*.

Chamamos **mecanismos internos de formação de jurisprudência** todos os investimentos que cada magistrado pode realizar individualmente na melhor elaboração de sua própria decisão, tais como realizar pesquisa jurisprudencial prévia; escrever em português claro e objetivo, para evitar ambiguidades; atacar todos os argumentos apresentados pelas partes, para que tais informações decisórias sejam transmitidas; identificar de forma clara, precisa e separadamente cada questão jurídica e cada questão factual, para que fique bem claro o que é uma decisão de fato e uma decisão de direito etc.

Já os **mecanismos externos de formação de jurisprudência** podem ser realizados pelos tribunais para que não apenas as decisões de 2ª instância fiquem disponíveis para pesquisa pela comunidade, mas também as decisões de 1ª instância; que sejam criados indexadores que permitam a identificação de decisões prévias e quantas vezes elas

são citadas por outras decisões, quantas vezes são revertidas etc. A capacidade de perceber a um baixo custo a taxa de reversibilidade de cada magistrado e a taxa de reversibilidade para o tipo de regra aplicada reduziria substancialmente o ruído de cada sinal e permitiria aos magistrados que estão decidindo e aos que decidirão no futuro uma visão dinâmica instantânea da direção na qual está caminhando a jurisprudência. Além disso, o acesso a informações acerca da taxa de apelabilidade e da taxa de sucesso das apelações interpostas também facilitaria a comunicação entre as várias instâncias e reduziria o ruído dos sinais recebidos. Tudo isso facilitaria a formação de jurisprudência e, portanto, representa investimento em capital jurídico (*M*).

Por outro lado, a ideia de que, nas rodadas seguintes, os magistrados passarão a decidir em cascata, sem mais refletir sobre a regra jurídica aplicada – apesar de formar jurisprudência – pode parecer preocupante. Não obstante, o próprio modelo prevê que uma jurisprudência dominante (cascata) pode ser alterada em função de uma informação pública disponível a todos em um momento posterior (Bikhchandani, Hirshleifer, & Welch, 1992, p. 1.004 e ss.), o que reforça a necessidade de mecanismos de comunicação mais precisos entre magistrados. De qualquer forma, a formação de jurisprudência dominante pelo efeito cascata é relativamente frágil. A chegada de nova informação, ainda que pouca, ou a mera possibilidade de mudança de preferências (que alterará a utilidade associada a cada estado da natureza), ainda que não seja real, pode interromper o ciclo de vida de uma jurisprudência. A disponibilização de informação pública a todos os magistrados de que uma dada jurisprudência é incorreta pode ser suficiente para construir uma nova jurisprudência, desde que haja um número grande o suficiente de decisões (para um exemplo com agricultores, cfr. Bikhchandani, Hirshleifer, & Welch, 1992, p. 1.006 e ss.).

Por fim, a presença de indivíduos com alta-precisão (e.g. magistrados ou doutrinadores de prestígio) que internalizem informações novas, pode alterar a trajetória de uma jurisprudência. A uniformidade de entendimento jurisprudencial causada por uma cascata de informação pode ser similar a ou coexistir com a uniformidade jurisprudencial causada por outros mecanismos de coordenação, como os mencionados no Item 3.3.1 quando discutimos o problema agente-principal (e.g. reputação, promoção etc.). Nesse caso, apesar de a jurisprudência dominante não trazer nova informação, uma alteração

de posição nas instâncias superiores pode alterar o curso dessa jurisprudência, o que novamente requer o investimento em facilitação da comunicação entre as instâncias.

Mais uma vez, a presença de mecanismos não-coercitivos como a disponibilização da taxa de apelabilidade associada a certos tipos de decisão e/ou da taxa de reversibilidade associada a cada magistrado, ainda que não associada a qualquer tipo de sanção formal, como preterimento em caso de promoção, transfere informação para a comunidade judiciária e pode ativar um mecanismo de cooperação reputacional discutido no Item 3.3.1. A redução substancial de ruídos acerca desses sinais relevantes pode levar a uma diminuição de incertezas e, assim, à formação e/ou correção mais rápida de jurisprudência, logo, contribui positivamente para a formação de capital jurídico (*J*).

Pelo discutido acima, é possível que a conformidade e, no nosso caso, a jurisprudência dominante, surja como o resultado da interação social espontânea, sem a necessidade de mecanismos de coordenação coercitivos. Cascatas de informação são uma forma de explicar como convenções sociais e jurisprudências dominantes podem ser formadas, mesmo em um contexto sem coordenação, como o brasileiro. Esse modelo é compatível não apenas com o surgimento de uma jurisprudência dominante, mas também com mudanças bruscas de entendimento. Em uma situação como essa, o consenso é um equilíbrio frágil que pode mudar a qualquer tempo, não necessariamente por boas razões, pois cascatas de informação também podem impor regras jurídicas indesejáveis com igual probabilidade.

3.4 Conclusões do Capítulo

No Capítulo 2 vimos que a redução do estoque de capital jurídico, seja por depreciação, seja por obsolescência, gera insegurança jurídica, uma forma de incerteza. Essa insegurança, por sua vez, aumenta os custos privados de transação para a realização de acordos extrajudiciais (autocomposição) e, portanto, gera incentivos para que os particulares iniciem litígios, isto é, levem questões para serem decididas pelo Judiciário (heterocomposição). Esses incentivos dão origem a um período de expansão da litigância (*L*), que provocará, por fim, a produção de decisões judiciais definitivas. Caso os magistrados invistam na produção e manutenção das regras jurídicas comuns nesse período de expansão (*M*), elas se converterão em jurisprudência e passarão a orientar o comportamento prospectivo dos agentes. Agora, estes saberão como o Judiciário se

portará no futuro, caso conflitos daquela natureza surjam novamente. Essa certeza jurídica diminui custos de cooperação e incentiva a celebração de acordos extrajudiciais que emulam a sentença esperada, a custos menores. Estará formado, então, capital jurídico (*J*). Nesse sentido, a reposição do capital jurídico depreciado traz segurança jurídica que, a seu turno, leva a um período de retração da litigância. Essa oscilação entre períodos de expansão e retração da litigância é o ciclo da litigância.

No Item 3.1 acima, argumentamos que o funcionamento regular do ciclo de litigância depende fundamentalmente da produção de capital jurídico que, por sua vez, depende de dois bens complementares: investimentos das partes privadas em atividades litigiosas (*L*) e investimentos dos magistrados na produção e manutenção de jurisprudência (*M*).

Ao investir em atividades litigiosas, as partes privadas se beneficiam apenas da utilidade gerada pelo bem da vida em discussão, não podendo se apropriar inteiramente dos benefícios gerados para o bem-estar social decorrentes da formação de capital jurídico. Tais benefícios são externalidades positivas da atividade litigiosa. Dados os baixos custos para litigar no Brasil, a busca de benefícios privados pode ser suficiente para a realização de investimento ótimo em *L*, sendo que a jurisprudência será apenas um subproduto desse investimento.

Por outro lado, o mesmo não pode ser esperado dos magistrados. Com toda a estrutura de proteção e independência política, administrativa e financeira de que gozam os magistrados brasileiros, existem poucos incentivos para que estes aloquem recursos adicionais na formação e manutenção de jurisprudência, já que eles podem resolver o conflito (*lide*) a sua frente sem necessariamente realizar tais investimentos. É essa questão que o presente capítulo buscou responder no Item 3.3, modelando os incentivos dos magistrados de duas formas.

Primeiro, reconhecendo o conflito de interesses imanente a qualquer organização burocrática hierarquizada, usamos uma abordagem agente-principal (Item 3.3.1) para retratar as hipóteses em que há um conflito de interesses entre graus de jurisdição diversos e suas implicações para a formação de capital jurídico. Segundo, reconhecendo que, em algumas situações, os magistrados podem tentar cooperar espontaneamente, adotamos uma abordagem de times (Item 3.3.2) para estudar as condições necessárias para

que capital jurídico fosse formado a partir dessa cooperação, mesmo na ausência de mecanismos de uniformização de jurisprudência.

O modelo agente-principal mostra que a depender dos mecanismos de coordenação presentes, pode ou não haver incentivos ao magistrado para a formação e manutenção da jurisprudência. Nestes casos, a produção de capital jurídico será uma função da capacidade dos graus superiores de jurisdição de reverem as decisões anteriores e de imporem custos aos magistrados revertidos. Exemplos de mecanismos que podem ser considerados são: indexação das informações; criação de índices de reversibilidade por magistrado e por tese jurídica; controle das taxas de apelação e das taxas de sucesso das apelações; utilização do índice de reversibilidade para fins de promoção por mérito; maior escalonamento dos salários dos magistrados; imposição de penalidades administrativas para magistrados com elevadas taxas de reversibilidade; etc. Todas essas medidas imporiam custos adicionais ao magistrado em caso de reversão ou diminuiriam custos de monitoramento pelo tribunal, facilitariam o autocontrole ou mesmo viabilizariam a criação de um mecanismo de reputação na comunidade judiciária.

Já o modelo de time mostra que, nos casos em que há identidade ou proximidade ideológica entre os diversos graus de jurisdição, mesmo na ausência dos mecanismos de uniformização, é possível que seja produzido capital jurídico como o resultado da livre interação de magistrados, ainda que essa jurisprudência seja relativamente frágil. O investimento na produção e transmissão de informação permite a geração mais célere de jurisprudência, bem como a correção mais rápida em caso de formação de uma jurisprudência equivocada. Nesse sentido, mecanismos como indexação das decisões; criação de índices de reversibilidade por magistrado e por tese jurídica, controle das taxas de apelação e das taxas de sucesso das apelações; etc., ainda que não fossem usados como mecanismos de uniformização, reduziriam os custos de informação entre magistrados e instâncias, facilitando a coordenação dos membros do time.

O estudo dessas abordagens não apenas ilustra que o comportamento do magistrado pode ser passível de análise econômica, mas – e principalmente – informa sob quais condições podemos esperar a realização de investimentos em *M*. Nos casos em que houver identidade ou similitude de posições, a jurisprudência pode surgir como um resultado natural da cooperação entre as instâncias, sendo recomendada a instalação de mecanismos que reduzam ao máximo os custos associados com a obtenção de informa-

ções dos magistrados a respeito do desempenho de seus pares e a seu próprio respeito. Quanto mais transparência e circulação de informações, melhor. Por outro lado, nos casos em que houver divergência de posições, a forma de gerar os investimentos necessários em capital jurídico é pela implementação de mecanismos de uniformização de jurisprudência que reduzam custos de monitoramento dos Tribunais e imponham custos aos magistrados na hipótese de reversão.

Desse modo, dada a estrutura de incentivos dos magistrados brasileiros e a ausência de mecanismo que imponham custos adicionais aos mesmos em caso de reversão, concluímos que só será formado capital jurídico suficiente (mais próximo do nível ótimo, $J^i \rightarrow J^*$) nas áreas do direito em que houver relativa similitude de posições em todas as instâncias. Nas demais, é de se esperar certo grau de anarquismo judicial e insegurança jurídica. Considerando que o processo seletivo de magistrados tem caminhado no sentido de atrair membros com históricos e valores cada vez mais diversos (cfr. Sadek M. T., 2004), é de se esperar que esse grau de divergência apenas cresça em uma sociedade plural e multivalorativa. O impacto dessa divergência descoordenada ou anarquismo judicial sobre o ciclo de litigância é tratado no capítulo seguinte.

4 Subinvestimento em Capital Jurídico e Sobreutilização do Judiciário

4.1 A Crise (ou Sobreutilização) do Judiciário

O Judiciário está em crise. Ele é lento demais e caro demais. O fenômeno não é nem uma peculiaridade nacional (Messick, 1999), nem algo recente (Buzaid, 1972). A morosidade judicial é uma unanimidade nacional, sendo que 77,9% dos magistrados admite total ou parcialmente a existência de uma crise no Judiciário (Sadek & Arantes, 1994, p. 42). Em um estudo envolvendo 11 países, considerando as cidades de Brasília e São Paulo, Dakolias (1999, p. 11 e 13) estimou que o Brasil estava entre os países com mais processos iniciados por juiz (1.555/1.909, respectivamente), mas com uma taxa de resolução (*clearance rate*) apenas mediana (90%/89%). Uma taxa de resolução inferior a 100% indica que o estoque de processos está aumentando e, portanto, o tempo médio de resolução (morosidade). O estoque brasileiro de casos acumulados estava entre os maiores entre os países pesquisados, perdendo apenas para Chile, Equador e Panamá (Dakolias, 1999, p. 15).

Computando os casos iniciados, julgados e acumulados, é possível calcular o volume de trabalho (*caseload*) do magistrado médio, que no Brasil, entre 1995 e 1996, foi de 4.700 casos em Brasília e 5.286 em São Paulo (Dakolias, 1999, p. 16), perdendo apenas para Equador e Chile. Dividindo o volume de trabalho pelo número de casos decididos, pode-se estimar o tempo necessário para que os tribunais eliminassem seus casos pendentes e entrantes. São Paulo precisaria de 2,7 anos, enquanto Brasília precisaria de 3 anos (Dakolias, 1999, p. 17). Todavia, como a maioria dos países pesquisados, incluindo o Brasil, não controlava o tempo de duração de seus processos, não é possível estimar a morosidade de forma mais precisa (Dakolias, 1999, p. 18). Curiosamente, o Brasil era um dos países com o maior número de magistrados por 100 mil habitantes (Dakolias, 1999, p. 19), com 2,86, perdendo apenas para a Alemanha (4,46) e a França (8,45).

Apesar de não haver um consenso do que significa eficiência judicial, a percepção generalizada é que seu nível é baixo (Botero, Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, & Volokh, 2003). E, ainda assim, a literatura é majoritária em defender que a existência de Judiciário célere e independente é fundamental para o desenvolvimento econômico de um país (e.g. North, 2007 [1990]; Sherwood, Shepherd, & Souza, 1994; Pinheiro,

1996). Um estudo comparativo envolvendo sete países estimou que a taxa de crescimento brasileira estava 20% abaixo de seu potencial e a disponibilidade de crédito era reduzida em 10% devido à disfuncionalidade do Judiciário (Sherwood, 2004). Quase toda a teoria econômica das empresas e dos contratos tem como pressuposto implícito a existência de um Judiciário funcional e célere. O que é um pressuposto razoável em países desenvolvidos, deixa de sê-lo em países em desenvolvimento.

Na mais pura tradição brasileira de resolver um problema complexo com uma lei ou com um direito, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu na CF o “direito fundamental” a uma duração razoável do processo: “LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Agora todos temos esse importante direito. O que ele significa e como o concretizar ninguém sabe ainda. Implícito a esse novo “direito fundamental” está a ideia de que a demora entre o início de um processo e o seu encerramento é um problema de morosidade que necessita ser solucionado e, para isso, reformas processuais devem ser realizadas com esse objetivo.

Todavia, o hiato temporal é um fenômeno corriqueiro da vida, presente em quase todas as coisas que fazemos. O problema não é, portanto, a demora em si, mas a demora excessiva, pois o processo deve ter uma duração razoável. Mas o que é excessivo ou razoável só pode ser determinado se soubermos os custos e os benefícios associados a níveis diversos de demora, ou seja, precisamos ponderar as consequências de cada arranjo institucional alternativo (Gico Jr., 2010). Afinal de contas, se uma Justiça lenta é ruim, uma injustiça rápida certamente não é um bom substituto.

A existência de uma crise no Judiciário brasileiro decorrente de sua excessiva lentidão e de sua notória ineficácia não é um problema novo (cfr. Buzaid, 1972; Sobrinho, 1980; Gomes, 1997; Alencar & Gico Jr., 2011). Os próprios Poderes constituídos reconhecem estes problemas, como se pode perceber do chamado I Pacto pelo Judiciário, assinado em dezembro de 2004, cujo objetivo declarado era organizar as instituições públicas em favor de um Judiciário mais rápido e republicano:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

A primeira característica que chama atenção no referido Pacto Republicano é a ausência de dados ou estudos prévios que motivem ou informem o que se supunha, à época, as razões ou causas dessa crise. Não há um único dado mencionado no referido documento ou diagnóstico oficial. Apenas cinco anos após o primeiro acordo, um novo pacto foi celebrado entre os Poderes, cujo objetivo – supostamente – também era um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. Todavia, enquanto o primeiro fazia referência expressa ao problema da morosidade, o segundo optou por “fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça”. Assim, mesmo sem ter resolvido o problema de excesso de demandas, passou-se a concentrar esforços em formas de incentivar mais demandas por segmentos considerados excluídos desse serviço público.

Se a atenção anterior à morosidade do Judiciário não foi eliminada, basta uma simples leitura das propostas listadas no II Pacto Republicano para se perceber que esta questão foi relegada a segundo plano e o foco foi deslocado para ampliação de acesso, expansão da defensoria pública, direitos humanos e questões relacionadas ao sistema criminal. Fazendo uma analogia, é como se, tendo identificado que os hospitais públicos não dão conta de tratar de todos os doentes já internados (morosidade) e, quando os tratam, o fazem de forma inadequada (ineficácia), ao invés de resolver esses problemas, começassem a instalar linhas de ônibus gratuitas para buscar ainda mais doentes e pacientes para fazer exames de possíveis doenças que não se manifestaram ainda. Obviamente, o resultado só pode ser maior morosidade e ineficácia.

Por outro lado, o anteprojeto de novo CPC, ora em tramitação no Congresso Nacional, tem por mote justamente a redução da morosidade judicial, incluindo inúmeros instrumentos processuais para dar maior celeridade ao processo (Senado Federal, 2010, p. 12):

Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil.

Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do

Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo).

Esse enorme empreendimento que foi a elaboração de um anteprojeto de CPC e que pode vir a substituir o atual não foi precedido de qualquer estudo empírico que ajudasse a determinar as causas da morosidade judicial, nem de tentativas de antever os custos associados aos novos arranjos institucionais previstos. Em outras palavras, foi usado apenas o conhecimento jurídico (que normalmente se limita a senso comum e técnicas hermenêuticas) para discutir as consequências individuais e coletivas das regras por vir. Uma análise custo-benefício que levasse em consideração, de forma expressa, ganhos e perdas associadas à cada mudança não parece ter sido feita.

Mesmo com algumas mudanças já propostas, a maioria dos Ministros do STJ, Tribunal responsável pela uniformização da legislação federal no Brasil, já se mostrou descrente da capacidade de o anteprojeto do NCPD trazer maior celeridade ao Judiciário sem mais mecanismos de uniformização de jurisprudência (STJ, 2012):

“Não acredito que a simples mudança na lei processual possa representar uma mudança significativa em termos de duração do processo. O que precisa ocorrer é uma redução no número de litígios, criar mecanismos judiciais que tornem desnecessário repetir tantas vezes o mesmo julgamento. Isso sim reduz o tempo da prestação jurisdicional e inibe a judicialização demasiada que ocorre hoje”, alertou o ministro Teori Zavascki.

A intuição e a experiência dos Ministros do STJ estão em linha com a ideia aqui defendida de que o investimento e a produção de capital jurídico (segurança jurídica) são necessários e, do ponto de vista do magistrado, isso passa necessariamente pela uniformização de jurisprudência.

A morosidade do Judiciário é um fenômeno decorrente do desequilíbrio entre a oferta de serviços públicos adjudicatórios e a demanda por estes mesmos serviços. Para uma compreensão completa desse fenômeno seria necessária uma investigação empírica dos padrões atuais de litigância para se identificar, com propriedade, em que medida estamos diante de um problema de escassez de oferta ou de excesso de demanda. Todavia, tal análise é extremamente difícil de ser realizada, pois os Tribunais brasileiros não possuem bancos de dados adequados, nem uniformizados (cfr. CNJ, 2011, p. 3), sobre as ações em curso, as partes litigantes, as teses defendidas, nem os fundamentos das decisões que permitam hoje realizar tal investigação a baixos custos (cfr. sobre

importância da pesquisa estatística Banco Mundial, 2004). As iniciativas realizadas pelos órgãos oficiais, como o relatório Justiça em Números (cfr. CNJ, 2011), não oferecem essas informações, mas há algumas iniciativas privadas como o STF em Números (cfr. Cerdeira, Arguelhes, & Falcão, 2011) direcionadas a remediar tal ausência. O resultado da ausência de dados é que ainda pouco se sabe sobre os tribunais brasileiros.

Além do conhecimento do padrão de litigância, como já discutido anteriormente, o esforço de se compreender a estrutura de incentivos dos agentes componentes da oferta (magistrados) e da demanda (partes, advogados, defensores, procuradores e promotores) é quase inexistente. Não é comum a realização de estudos teóricos ou empíricos mais abrangentes e as razões tradicionais apontadas como causas da Crise do Judiciário normalmente se resumem à quantidade e à qualidade (ruim) das leis (i.e. o problema é do Legislativo); à inobservância das leis pelo Estado (i.e. o problema é do Executivo); à cultura brasileira de litigância (i.e. o problema é do povo); ao excesso de recursos (i.e. o problema é dos advogados); ou à falta de recursos (i.e. o problema é dinheiro). Apenas a título de exemplo, em uma entrevista com magistrados (Sadek & Arantes, 1994, p. 43), quando perguntados sobre as causas da morosidade da Justiça, 73,2% apontaram o alto número de recursos, 58,4% apontaram que seria interesse dos advogados, 53,5% apontaram que seria interesse das partes e apenas 35,6% apontaram a morosidade dos juízes. Sintomaticamente, ninguém apontou a insegurança jurídica e a falta de jurisprudência dominante como possível razão para litigar.

Nesse sentido, quando analisamos a questão da lentidão judicial como um problema de oferta, o que estamos a dizer é que pode haver um subinvestimento na produção, distribuição e fornecimento do serviço público adjudicatório. Tradicionalmente diz-se que esse subinvestimento pode decorrer da falta de magistrados ou servidores (recursos humanos), da falta de infraestrutura (capital físico) ou de ambos. Magistrados com pouco treinamento, servidores despreparados, falta de equipamento e infraestrutura precária impediriam o bom funcionamento do Judiciário. Nessa perspectiva, a solução para a crise é simples: contrate mais e melhores magistrados e invista no Judiciário.

No entanto, as pesquisas empíricas sobre a correlação entre disponibilidade de recursos e celeridade não são conclusivas. Se por um lado Dakolias (1996; 1999) e Buscaglia e Ullen (1997) não encontram uma correlação positiva, Buscaglia e Dakolias (1996) encontraram uma correlação com o investimento em computadores, por exem-

plo. Já para o caso específico do Brasil, há estudos recentes que indicam que o Judiciário, hoje, não precisa mais de recursos, mas sim de gerir bem os recursos que têm (Banco Mundial, 2004). Esse ponto é especialmente claro quando consideramos que aquelas causas (e.g. leis ruins, excesso de recurso) se aplicam a todos os tribunais do país, mas o desempenho de cada unidade está longe de ser uniforme (Yeung & Azevedo, 2011; PUCRS, 2011). A discrepância substancial de desempenho entre tribunais estaduais não pode ser explicada por fatores exógenos comuns a todos, mas apenas por fatores endógenos idiossincráticos de cada unidade adjudicatória (i.e. tribunal). Há, inclusive, alguma evidência empírica no sentido de que o tempo de duração dos litígios não esteja correlacionado com o tamanho do sistema judicial, com a população de jurisdicionados, com a composição da carga de processos, com o número de juízes ou com o estoque de processos por juízes, nem com a agenda da vara ou com o nível de automação (cfr. Priest, 1987, p. 529, nota 20).

Por outro lado, uma análise da demanda efetiva por adjudicação constante do relatório 100 Maiores Litigantes em 2010 elaborado pelo CNJ (2011), ainda que bastante agregada, nos permite inferir que o argumento que relaciona a desobediência das leis pelo Estado ou a elaboração de leis de baixa qualidade (geradoras de insegurança jurídica) pode ter algum mérito. Como e porque isso ocorre é, em última instância, uma questão de segurança jurídica.

Tabela 2: 100 Maiores Usuários em 2010 (% em relação aos 100 maiores)

	Nacional		Justiça Federal		Justiça do Trabalho		Justiça Estadual	
1	INSS	22,33%	INSS	43,12%	União	16,73%	RS	7,73%
2	CEF	8,50%	CEF	18,24%	INSS	6,41%	BB	7,12%
3	PGFN	7,45%	PGFN	15,65%	CEF	5,29%	Bradesco	6,70%
4	União	6,97%	União	12,77%	CEEE	5,22%	INSS	5,95%
5	BB	4,24%	AGU	1,75%	BB	4,82%	Itaú	5,92%
6	RS	4,24%	Funasa	0,79%	Telemar	4,31%	BrT Celular	5,77%
7	Bradesco	3,84%	Incra	0,48%	Petrobrás	3,80%	Finasa	4,08%
8	Itaú	3,43%	Emgea	0,47%	PGFN	3,29%	Manaus	3,81%
9	BrT Celular	3,28%	Ibama	0,47%	Itaú	2,89%	Goiânia	3,76%
10	Finasa	2,19%	Bacen	0,39%	Bradesco	2,81%	Santander	3,14%

Fonte: CNJ (2011).

A **Tabela 2** mostra que os seis maiores litigantes, ou seja, os usuários mais intensivos do sistema judicial, são entes estatais, responsáveis por 53,73% dos casos (não é possível com os dados fornecidos pelo CNJ saber se são autores ou réus). O INSS sozinho é responsável por quase metade das demandas na Justiça Federal (43,12%), 6,41% na Justiça do Trabalho e 5,95% na Justiça Estadual, o que significa quase 25%

da demanda dos 100 maiores litigantes no Judiciário. A CEF é responsável sozinha por 8,5%. Parece haver espaço para algum tipo de coordenação entre os Poderes que reduza essa demanda de forma mais célere e eficaz, mas, sem acesso a microdados, que informem quais são as principais questões envolvendo estes entes, se são autores ou réus, bem como a taxa de sucesso das ações como autor e como réu e outras informações acerca do padrão de litigância, não há como se identificar as reais causas dessa distribuição da demanda por serviços adjudicatórios.

Não é possível, simplesmente a partir desses dados, afirmar – por exemplo – que o INSS contribua para a morosidade judicial. Suponha que, na maioria dos casos, o INSS seja réu e que as ações sejam sobre uma mesma questão previdenciária (e.g. desaposentação¹³). Podemos imaginar ao menos dois cenários.

Primeiro, a regra jurídica aplicada pelos Tribunais é clara, mas, por questões outras (e.g. política fiscal), o INSS reiteradamente se recusa a cumpri-la, obrigando os interessados a ingressarem no Judiciário para obter o benefício e, assim, postergar o pagamento. Ao calcular se deve ou não conceder um benefício, o Governo que controla o INSS leva em consideração os custos imediatos de concedê-los espontaneamente em comparação com os custos futuros de concedê-los judicialmente. Mesmo se o valor da condenação esperada for superior ao valor da concessão espontânea, a conduta ainda poderia ser racional do ponto de vista do burocrata, tudo dependerá de sua taxa de desconto. Para que essa conduta seja racional, basta que o grupo no poder não tenha segurança de que assim permanecerá para colher os benefícios da concessão imediata (menos custosa) e sua taxa de desconto poderá ser mais elevada, reduzindo o valor presente da condenação, o que pode tornar a conduta racional.

Segundo, suponha agora que o Judiciário não possua uma posição única sobre a mesma questão, cada magistrado decidindo independentemente de acordo com sua própria convicção. Nesse caso, as partes não sabem qual é a regra jurídica aplicável. Essa insegurança combinada com os baixos custos de litigar no Brasil e a impossibilidade de o INSS realizar acordos (trata-se de interesse público indisponível, diriam os juristas),

¹³ Desaposentação é a possibilidade de um aposentado, que continuou trabalhando em paralelo ao recebimento de aposentadoria pelo sistema previdenciário, requerer o cancelamento de sua aposentadoria inicial (i.e. desaposentação) e requerer uma nova aposentadoria, contando o tempo de contribuição anterior, mas com benefícios maiores.

gerarão uma enxurrada de ações sobre o mesmo assunto. Não importam quantas decisões sejam tomadas, pois, como cada magistrado continuará decidindo da forma como quer, ainda será racional para o particular litigar a questão, já que sempre haverá uma chance positiva de êxito (cfr. Item 3.3.1). A uniformidade da questão, ainda que não da jurisprudência, permitirá que advogados elaborem petições e recursos padrão, reduzindo os custos privados de litigância, aumentando o congestionamento. Estará formada uma onda de ações repetitivas sem solução.

Note que, no primeiro caso, o INSS estaria contribuindo diretamente para a morosidade judicial com seu comportamento oportunista, o Judiciário estaria sendo usado como mecanismo de financiamento e, quanto maior a demora, mais lucrativo seria para o INSS se recusar a conceder o benefício espontaneamente. Já no segundo caso, a existência de ações repetitivas e o aumento da litigância seria um resultado direto da estrutura de incentivos de todos os agentes e, em especial, da ausência de capital jurídico, isto é, de segurança jurídica acerca de qual é a regra aplicável. Em outras palavras, a excessiva independência dos magistrados seria uma causa direta da morosidade do Judiciário. Estaremos diante de um problema de anarquia judicial.

Então, qual a resposta correta? É difícil saber ao certo, pois os dados necessários acerca das ações envolvendo o INSS e os temas em discussão não estão publicamente disponíveis de forma organizada e padronizada. Voltamos, pois, ao problema dos microdados e do padrão de litigância. De qualquer forma, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que – ao contrário do senso comum – os magistrados podem contribuir diretamente para as mazelas do Judiciário e a independência de seus membros em relação à lei e à jurisprudência (anarquia judicial e ausência de investimento em capital jurídico) pode ser um problema. Nesse sentido, gostaríamos de unir as ideias de depreciação do capital jurídico (cfr. Capítulo 1) e anarquia judicial (cfr. Capítulo 2) para desenvolver o seguinte argumento: a ausência de mecanismos de coordenação entre instâncias e magistrados (anarquia judicial) leva ao subinvestimento em segurança jurídica (depreciação do capital jurídico), que, por sua vez, impede o período de retração de litigância, interrompendo o funcionamento esperado do ciclo de litigância, ou seja, o comportamento não-convergente do Judiciário leva à sua própria sobreutilização.

4.2 A Tragédia dos Comuns

Até aqui focamos a importância geral do capital jurídico, o impacto de sua depreciação ou obsolescência e a estrutura de incentivos para que magistrados e partes invistam em sua produção, pressupondo-se que as partes naturalmente investiriam em litígios (o que é um pressuposto simplificador, cfr. Shavell, 1997). O capital jurídico seria, então, o resultado dessa interação. Agora que estamos interessados em entender o que pode gerar a morosidade judicial, vamos desenvolver um pouco mais a estrutura de incentivos das partes associada à depreciação do capital jurídico, para discutir como a interação desses agentes pode levar à Tragédia do Judiciário.

A ideia de que garantir acesso total e irrestrito a qualquer pessoa ao Judiciário poderia gerar um problema de sobreutilização, isto é, uma Tragédia do Judiciário, já foi cogitada antes. Ao discutir uma mudança processual nos Estados Unidos, Laband (2002) afirmou que conceder direito de ação a qualquer um, mesmo sem demonstração preliminar de haver dano, levaria ao sobrecarregamento do sistema judicial e à sua derrocada, uma tragédia judicial. A mesma afirmação foi feita por Timm e Machado (PUCRS, 2011, p. 23 e ss.) ao analisarem os efeitos da concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita (AJG) e o aumento do número de advogados. Todavia, nenhum dos autores explorou a interseção entre a depreciação do capital jurídico, a insegurança jurídica e a sobreutilização do Judiciário. É o que faremos a seguir.

4.2.1 O Problema dos Recursos Comuns

Há décadas cientistas sociais das mais variadas áreas estudam as causas e as consequências de permitir que múltiplos agentes tenham acesso ilimitado a um recurso. Apesar de o problema decorrente do uso comum de recursos ser quase tão antigo quanto a humanidade, a sua formulação mais moderna pode ser atribuída aos trabalhos seminais de Gordon (1954) e Scott (1955) sobre uma teoria econômica de propriedade comum aplicada a cardumes. Até aquele momento, apenas biólogos estudavam o comportamento dos cardumes em relação a sua exploração. De acordo com essa teoria de recursos comuns, o fato de indivíduos gozarem de direitos ilimitados de explorar cardumes em determinadas regiões levava a uma exploração acima dos níveis sustentáveis. O resultado: extinção dos cardumes. A única solução identificada pelos autores: propriedade privada dos cardumes.

Anos depois, em um artigo que ganhou ampla disseminação, o biólogo Garrett Hardin (1968) sedimentou o problema com sua metáfora da **Tragédia dos Comuns**. Tragédia aqui não necessariamente significa algo muito ruim ou triste, mas no sentido dramático de que algo pode ser o resultado inexorável do estado das coisas, apesar da intenção diversa de cada um dos agentes envolvidos agindo racionalmente. É trágico porque é inevitável. É trágico porque não é o desejo de nenhuma das partes envolvidas, mas ainda assim, é inevitável. O problema identificado é o seguinte (Hardin, 1968, p. 1.244): suponha um pasto aberto a todos, um terreno baldio de livre acesso. É razoável supor que cada vaqueiro colocará para pastar nesse terreno baldio quantas cabeças de gado conseguir. Outros vaqueiros fazem o mesmo. Enquanto a comunidade é pequena (em função de guerras, doenças, migração, por exemplo), essa configuração pode ser sustentável. Todavia, um dia a estabilidade social chegará e essa população começará a crescer. Está instalada a tragédia. À medida que a população cresce, o número de vaqueiros cresce e de cabeças de gado também. Cada vaqueiro é racional e possui seus próprios interesses e, no momento de optar por adicionar ou não mais uma cabeça de gado ao terreno baldio, ele estimará quanto lhe custa e quanto lhe beneficia (maximizará seu retorno igualando custo marginal e benefício marginal, diriam os economistas).

O problema é que o terreno tem uma capacidade limitada de pastagem, além da qual a natureza não consegue repor e ele vai se degradando, até morrer e não servir mais como pasto. Todos estariam melhores se cada vaqueiro se abstivesse de sobreutilizar o pasto comum. No entanto, como o vaqueiro individual pode garantir que ao se conter (cooperar), os demais farão o mesmo (cooperar)? Sem formas de negociação entre eles, desenvolvimento de mecanismos de monitoramento e punição (i.e. em um jogo não-cooperativo), como em um dilema dos prisioneiros, a estratégia dominante de cada vaqueiro será sempre divergir, isto é, colocar mais uma cabeça de gado, pois o custo marginal dessa cabeça é compartilhado por todos (externalizado), mas o benefício privado é apenas do dono (internalizado).

Como o benefício privado é superior ao custo privado, ainda que inferior ao custo social, como um concorrente em um cartel incapaz de monitorar seus integrantes, a estratégia dominante é divergir. É este equilíbrio não-cooperativo que é a tragédia. Na mesma linha que Gordon (1954) e Scott (1955), Hardin argumentou que indivíduos, diante da possibilidade de explorar um recurso comum, estariam fadados a destruí-lo

pela sobreutilização, o que seria uma tragédia. É fácil perceber como essa metáfora gerou perplexidade na comunidade científica, pois indivíduos agindo de forma racional, não conseguem evitar o seu fim trágico, que é a destruição do recurso. Novamente, a solução aventada foi o monopólio estatal ou o estabelecimento de propriedade privada.

Essa abordagem tem sido utilizada para estudar inúmeros problemas modernos, como o aquecimento global, a poluição ambiental, o congestionamento nas estradas, a construção de conhecimento científico, a exploração de cardumes, a pesca de baleias em alto mar. O objetivo do presente capítulo é justamente demonstrar como o problema da congestão do Judiciário pode ser compreendido da mesma forma e qual a sua relação com o subinvestimento em segurança jurídica. Mas, antes disso, é preciso ressaltar que trabalhos de cientistas sociais de diversas áreas demonstraram empiricamente que existem diversos casos na experiência humana em que membros de uma comunidade foram capazes de se organizar e explorar de forma sustentável um recurso de uso comum, incluindo casos de pastos comuns (e.g. Dahlman, 1980, pp. 130-138; Ellickson, 1991; Ostrom, 2006 [1990]; 2009). O próprio fato de haver poucos agentes homogêneos envolvidos com a exploração de um recurso pode, por si só, facilitar a formação de um comportamento convergente, uma espécie de colusão tácita (sobre a possibilidade de coordenação de agentes em um cenário como esse, cfr. Gico Jr., 2006, Cap. 3). A possibilidade de exclusão de membros fora da comunidade também auxilia a formação e a manutenção desse equilíbrio, mas isso não é suficiente para evitar a tragédia (Ostrom, 2006 [1990], pp. 91-92).

Assim, a Tragédia dos Comuns é um caso especial de uma teoria mais ampla sobre o uso coletivo de recursos comuns (Ostrom & Hess, 2003, p. 118), que pode ser evitado em algumas circunstâncias. A questão não é, pois, binária entre controle governamental pleno ou propriedade privada absoluta, mas um contínuo entre esses dois polos extremos com inúmeros arranjos institucionais possíveis entre um e outro. A pergunta passa a ser, então, o que funciona no caso concreto, dadas as idiosincrasias históricas, sociais, políticas, econômicas e jurídicas (arcabouços institucionais) presentes? Em especial de nosso interesse, o que é necessário para evitar que o Poder Judiciário seja tragicamente sobreutilizado?

Para responder à pergunta acima, considerando a amplitude de definições e termos utilizados na literatura, tanto econômica quanto jurídica, a respeito de *commons*,

bem como o fato de ainda não ser uma literatura de amplo domínio no Brasil, primeiro, é conveniente estabelecer alguns termos e definições para uniformizar a linguagem e facilitar a compreensão dos argumentos aqui apresentados.

4.3 Uniformização de Conceitos Básicos

Começamos com o termo *commons*, utilizado muitas vezes como sinônimo de domínio público (*res nullius*), outrora como sinônimo de terras públicas, cujo dono é o governo. Além disso, na literatura econômica (e.g. Barroso, 2011) e na sociológica (e.g. Cunha, 2004), muitas vezes, é traduzido simplesmente como “comuns”, enquanto na literatura juseconômica às vezes é traduzido como “baldio”, de terreno baldio (Araújo, 2008). Enfim, comuns ou baldios normalmente se referem a um recurso natural ou artificial que, aberto ao acesso de todos, leva a um problema de sobreutilização e subinvestimento, de onde se tem a referida Tragédia dos Comuns ou dos Baldios.

As confusões terminológicas e conceituais envolvendo recursos comuns ou baldios costumam ser de quatro esferas (Ostrom & Hess, 2003, pp. 118-119): (i) entre a natureza do bem (suas características) e o regime jurídico de apropriação (regras de exclusão); (ii) entre o recurso (principal) e os acessórios (secundário); (iii) entre os regimes de propriedade comum (condomínio) e de livre acesso (*res nullius*); e (iv) entre o conjunto de faculdades incluído na definição de propriedade (*ius utendi, fruendi e abutendi*).

Primeiro, os cientistas sociais estudiosos da Teoria dos Recursos Comuns tiveram dificuldades iniciais em diferenciar as características do bem e o regime de propriedade a que ele se submete ou pode se submeter. Em parte, esse problema se deve ao uso da expressão *common-property resource* para descrever um tipo de recurso, hoje chamado *common-pool resource* (CPR) (Ostrom & Hess, 2003, p. 119) e que chamaremos simplesmente de **recurso comum**. Essa discussão se insere dentro da histórica tentativa de distinguir entre bens públicos, mais eficientemente oferecidos pelo Estado, e bens privados, mais eficientemente oferecidos pela iniciativa privada (cfr. Alchian & Demsetz, 1973).

Mas a distinção entre recursos é mais rica do que isso. Bens públicos ou coletivos e bens privados ou individuais são apenas dois tipos de bens com características específicas, sendo possível classificar os bens em quatro categorias, a partir de duas

características essenciais: rivalidade de uso e exclusividade de acesso (Ostrom & Ostrom, 1999 [1977]). **Rivalidade de uso** é a característica de um determinado bem relacionada a seu consumo, isto é, um bem é rival quando o seu consumo por uma pessoa substancialmente impede que o mesmo bem seja consumido por outrem ou lhe diminui significativamente a utilidade. Uma maçã e copo d'água são bens rivais, pois o seu consumo por uma pessoa impede que outra deles usufrua. Já **exclusividade de acesso** refere-se à possibilidade de o possuidor de um determinado bem poder excluir a baixos custos os demais de seu gozo. Um computador é um bem exclusivo, pois seu possuidor pode impedir a baixos custos que outros o usem. Por outro lado, o por do sol não é um bem exclusivo, pois não é factível excluir as demais pessoas de aproveitá-lo.

Rivalidade de uso e exclusividade de acesso podem ser combinadas para gerar quatro tipos diversos de bens. **Bens públicos** ou coletivos: aqueles que são, simultaneamente, não-rivais e inclusivos (não-exclusivos). Já os **bens privados** ou individuais são opostos aos bens públicos, pois são rivais e exclusivos. Por outro lado, o que chamamos de **recursos comuns** compartilham a não-exclusividade dos bens públicos, mas o seu consumo diminui substancialmente a utilidade para os demais usuários e, por isso, são rivais, como os bens privados. E, por fim, os **bens de clube** são exclusivos como os bens privados, mas são não-rivais como os bens públicos.

Note que, enquanto no bem público o custo marginal do novo utilizador é zero e, portanto, a utilização ótima é fixada pelo número de usuários, no bem de clube, a sobreutilização pode fazer com que o custo marginal seja diferente de zero. Os bens de clube são bens que, até certo nível de consumo, gozam da não-rivalidade, mas que a partir desse nível, o congestionamento induz à rivalidade e, portanto, passam a ser recursos comuns. Exemplos típicos de bens de clube são academias, piscinas, estádios. Nesse sentido, poderíamos pensar no Judiciário como – por natureza – um bem de clube que, com o aumento do uso, decorrente, por exemplo, da gratuidade da justiça ou da falta de segurança jurídica, pode se tornar um recurso comum.

Figura 14: Tipos Econômicos de Bens

		RIVALIDADE DE USO	
		Baixa	Alta
EXCLUSIVIDADE DE ACESSO	Difícil	Bens Públicos Pôr-do-sol Conhecimento público	Recursos Comuns Cardumes no oceano Petróleo cru em um campo
	Fácil	Bens de Clube Escolas Clube de Iatismo	Bens Privados Sapatos Computador

O problema dos recursos comuns é que é física ou institucionalmente difícil desenvolver meios para excluir usuários não-autorizados. Este é o problema que está no coração da metáfora da Tragédia dos Comuns. A não ser que mecanismos institucionais sejam desenvolvidos para prevenir que usuários não-autorizados utilizem o recurso, haverá fortes incentivos para que pessoas explorem tal recurso de forma predatória, sem investir nele (o problema do caroneiro, *freeriding*), o que – por sua vez – levará ao subinvestimento no referido recurso. Por outro lado, os frutos ou o produto do recurso comum são rivais, isto é, o consumo por uma pessoa impede substancialmente que outras pessoas o utilizem. A dificuldade de limitar o acesso combinada com a rivalidade do uso leva aos conhecidos problemas de congestionamento das vias urbanas, da poluição ambiental internacional, da pesca dos cardumes internacionais de atum e baleia além do nível sustentável etc.

O melhor exemplo para demonstrar a simplicidade e a potencialidade dessa abordagem para a compreensão dos incentivos dos agentes e a Tragédia dos Baldios é a mesa de bar. Você está em uma mesa de bar com seus amigos tomando um chope. De repente a nova namorada de seu amigo pede uma dose de uísque 12 anos ou outra bebida qualquer bem mais cara que o seu chope. Por causa do ambiente, você não pode pedir conta separada nem impedi-la de pedir coisas caras ou muitas doses (já percebeu como muitos bares fazem questão de dificultar a divisão de contas?). Por outro lado, o custo de tudo que pedir será dividido por todos, mas consumido individualmente por você. O inverso também é verdadeiro. Agora, você tem um incentivo para pedir mais coisas e coisas mais caras, pois compartilhará os custos (externalizará custos) e consumirá individualmente seus pedidos (internalizará benefícios). Resultado: todos acabam

consumindo mais do que consumiriam normalmente, se tivessem que arcar individualmente com o custo de seu consumo. Certamente, a conta no final da noite será uma tragédia! A mesa de bar, neste exemplo, é um recurso comum e todos são incentivados a sobreutilizá-lo.

Não obstante essas características, é possível criar mecanismos institucionais que impeçam a sobreutilização do e o subinvestimento no recurso, sendo o mais tradicional desses mecanismos a propriedade. No exemplo da mesa de bar, o mecanismo tradicional para evitar a Tragédia dos Baldios é atribuir titularidade à conta, isto é, cada um passa a ser “dono” de sua própria conta, fazendo com que cada um internalize integralmente os custos de seu uso e, portanto, desincentivando a sobreutilização.

Note que não é possível se afirmar, *ex ante*, que tipo de mecanismo será mais bem-sucedido, pois isso dependerá das características do recurso e do ambiente institucional no qual se insere. Nesse sentido, dizer que algo é um recurso comum não implica necessariamente que ele deva ser apropriado por alguém. Há inúmeros exemplos de regimes diversos de apropriação pública ou privada que funcionaram para evitar a exploração insustentável de recursos comuns e outros que não funcionaram (nesse sentido, cfr. Ostrom, 2006 [1990]). Em resumo, não se deve confundir as características de um recurso por ser comum (rivalidade e não-exclusividade) com um determinado regime de apropriabilidade (e.g. propriedade pública ou privada). O regime adequado de governança do recurso não decorre da natureza do recurso, como o artigo de Hardin (1968) desavisadamente faz crer.

Segundo, outro problema é a confusão entre o recurso e seus frutos. O recurso ou *resource system* é o que os juristas chamam de principal. De acordo com o art. 92 do Código Civil: “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.” Exemplos de recursos (principal) são a árvore, o lago, o sistema de irrigação, o cardume, a infraestrutura de informática da Internet, o montante emprestado etc. Já os benefícios que se extraem desses recursos são os que os juristas costumam chamar de frutos ou produtos, que são secundários, mas autônomos jurídica e economicamente.

Para se evitar a sobreutilização do recurso comum, é necessário que haja um conjunto de instituições (regras do jogo) sobre o principal e sobre o acessório. É justa-

mente por isso que o próprio Código Civil estabelece que “[a]pesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico” (art. 95/CC). Em direito civil, frutos são os bens ou as utilidades provenientes de outros bens, que – se separados – não determinam a destruição parcial ou total do bem gerador. São, portanto, renováveis. Os frutos podem ser naturais (e.g. maçã, peixe; megabyte de informação; litro de água extraído de uma bacia) ou civis (e.g. juros, aluguéis). Logo, frutos são os acessórios que nascem e renascem periodicamente da coisa, sem desfalcá-la e produtos são os acessórios que se retiram da coisa, mas a diminuem quantitativamente. Nesse sentido, um peixe seria um fruto, enquanto um quilo de minério de ferro retirado de uma mina seria um produto. Um é renovável e outro não. É interessante perceber como muito da lógica econômica está imiscuída no direito civil de forma intuitiva e várias dificuldades conceituais presentes em outras ciências sociais, como a distinção entre principal e acessório, já foram resolvidas pelos juristas.

A terceira questão conceitual a ser esclarecida é a confusão entre regimes de propriedade comum (condomínio) com propriedade de livre acesso (*res nullius* ou *res publica*) (cfr., nesse sentido, Ciriacy-Wantrup & Bishop, 1975, p. 715; Ostrom & Schlager, 1992). Enquanto na propriedade de livre acesso ninguém tem a prerrogativa de legitimamente excluir outro do gozo do recurso (*res nullius*), como é o caso do ar, do mar internacional; no condomínio, o recurso pertence a um grupo bem definido que pode excluir todos os não-integrantes de seu gozo, como é o caso da área comum em um prédio residencial. Nesse sentido, podemos dizer que não há propriedade sobre bens de livre acesso, enquanto há propriedade sobre bens em condomínio. Um recurso comum pode ou não ter livre acesso. O baldio de Hardin (1968) é um recurso comum com livre acesso, mas não precisa sê-lo no mundo sempre. Note que um bem pode ser público no sentido de pertencer ao Governo e ainda assim ser propriedade privada, isto é, pertencer a um ente específico. Por exemplo, o prédio do Congresso Nacional é público, no sentido de pertencer ao Governo, mas, do ponto de vista econômico, seu regime de propriedade é privado, pois pertence à União Federal e não pode ser utilizado por ninguém sem sua autorização. É importante perceber essas distinções para não confundir conceitos.

Além de haver essa confusão em alguns trabalhos de cientistas sociais, como na própria Tragédia dos Comuns, a confusão entre a regra de acesso e a titularidade do bem

está presente na legislação nacional. De acordo com o art. 98/CC: “[s]ão públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” Já o art. 99 estabelece que:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Como se pode ver, o direito brasileiro chama o que definimos aqui como recursos comuns de bens públicos de uso comum, enquanto bens privados pertencentes a entes governamentais, que, nos termos aqui definidos, estão submetidos a regime de propriedade privada, são chamados bens públicos de uso especial ou dominicais. Note que o direito brasileiro não veda a possibilidade de se cobrar pelo uso dos bens de uso comum (art. 103/CC).

Em uma primeira abordagem uniformizadora, que merece uma maior reflexão (mas que não é o objeto do presente trabalho), podemos classificar os bens do ponto de vista econômico e jurídico da seguinte forma:

Figura 15: Tipos Jurídicos vs. Tipos Econômicos de Bens

		RIVALIDADE DE USO	
		Baixa	Alta
EXCLUSIVIDADE DE ACESSO	Difícil	Econômico: Bens Públicos Jurídico: Bens públicos de uso comum	Econômico: Recursos comuns Jurídico: Bens públicos de uso comum
	Fácil	Econômico: Bens de Clube Jurídico: Bens públicos de uso comum Bens públicos especiais Bens públicos dominicais	Econômico: Bens Privados Jurídico: Bens particulares Bens públicos especiais Bens públicos dominicais

Do ponto de vista jurídico, o que diferencia os vários tipos de bens públicos é que os de uso comum e os especiais são – em princípio – inalienáveis, mas podem deixar de sê-los, se a lei alterar sua natureza (Art. 100/CC). Já os bens dominicais seguem as mesmas regras dos bens particulares (Art. 101/CC). Sendo assim, a definição jurídica de bens é inadequada para a discussão aqui empreendida, pois não guarda qualquer relação com a natureza dos bens analisados e os problemas de apropriabilidade associados a cada um, mas sim com a finalidade para a qual se destina o bem. É importante não confundir as categorias econômicas com as jurídicas.

Para fins do presente trabalho, é importante, então, apenas diferenciar entre regimes de livre acesso versus condomínios. Enquanto no primeiro ninguém pode ser excluído do uso do bem, no segundo, nenhum condômino pode ser excluído do uso, mas apenas os condôminos podem usufruir o bem, portanto os não-membros podem ter o acesso negado pelo condomínio.

A quarta e última confusão teórica refere-se à definição de propriedade e ao conjunto de faculdades decorrentes em se dizer que alguém é proprietário de algo. Há milênios o direito já distinguiu que ser proprietário de algo envolve mais do que um simples direito, mas sim um conjunto de faculdades (cfr. Gico Jr. & Maciel Neto, 2010). O próprio art. 1.228 do CC estabelece o conjunto de faculdades que o proprietário de algo pode exercer enquanto tal: “[o] proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” Essas são as quadro faculdades tradicionalmente associadas ao proprietário de um bem.

Alguns cientistas sociais, como Ostrom e Schlager (1992, p. 250 e ss.), propõem uma maior divisão dessas faculdades em, por exemplo: acesso, extração, administração, exclusão e alienação, mas tais prerrogativas já são reconhecidas nas faculdades legais listadas acima. **Acesso** (*access*) é definido como a capacidade de usar o bem sem extrair nada, são benefícios sem subtração. Na linguagem jurídica, o que se está a se referir é ao uso do principal. **Extração** (*withdraw*) é a capacidade de extrair frutos ou produtos. É o gozo na linguagem jurídica, que é o aproveitamento dos frutos. **Administração** (*management*) é a capacidade de gerir o bem e transformá-lo. Essa é a faculdade da disposição na linguagem jurídica. Já **exclusão** (*exclusion*) é a capacidade de atribuir quem terá direito de acesso, direito de extração e direito de transferência desses direitos.

No linguajar jurídico, é a faculdade de reivindicar a coisa. Por fim, **alienação** (*alienation*) é o direito de vender ou alugar a administração e os direitos de exclusão, que já estava previsto na faculdade de dispor.

Essa reorganização, em verdade, apenas destrincha a faculdade da disposição em relação à distribuição jurídica tradicional em administração e alienação, como exposto no quadro abaixo:

Figura 16: Faculdades Econômicas e Jurídicas do Proprietário

Jurídica	Econômica	Definição
Uso (<i>ius utendi</i>)	Acesso	É a faculdade de uso da coisa, de ocupá-la etc. É o benefício sem extração.
Gozar (<i>ius fruendi</i>)	Extração	É a faculdade de fruir da coisa, isto é, extrair-lhe frutos e produtos, o que inclui alugar (transferir uma das faculdades a outrem) e receber frutos civis (aluguel).
Disposição (<i>ius abutendi</i>)	Administração	É a faculdade de modificar, alterar, reformar ou, até mesmo, destruir a coisa.
Disposição (<i>ius abutendi</i>)	Alienação	É a faculdade de poder transferir temporária (alugar) ou permanentemente (vender) a coisa ou uma de suas faculdades.
Reivindicação	Exclusão	É a faculdade de reaver a coisa de quem a injustamente a possui, i.e., determinar quem tem o direito de uso (acesso), gozo (extração) e disposição (administração).

Novamente, uma exploração completa dessas divisões foge ao escopo do presente trabalho, mas o reconhecimento de sua existência facilitará a compreensão dos problemas aqui expostos por cientistas sociais do direito, da economia e de outras áreas. De um jeito ou de outro, é importante reforçar que, para fins de governança eficiente de um recurso, um determinado conjunto de faculdades possessórias não funciona de forma equivalente em todos os contextos institucionais, sendo o mundo da propriedade um mundo muito mais rico do que se supunha inicialmente (Ostrom & Hess, 2003, p. 127).

Antes de avançar para a análise propriamente dita do Judiciário é importante realizar uma última nota conceitual. A vasta maioria da literatura econômica e juseconômica discute o problema da atribuição de direitos como sendo um problema de estabelecimento de direitos de propriedade (e.g. Alchian & Demsetz, 1973), quando, na realidade, trata-se de um problema mais geral de atribuição de direitos subjetivos, isto é, de clareza na atribuição e especificação dos interesses juridicamente protegidos e de previsibilidade das decisões judiciais referentes a tais direitos. A análise, em hipótese alguma, restringe-se às questões envolvendo direito de propriedade, que é apenas um tipo de direito subjetivo. Essa percepção está presente de forma inequívoca no celebrado artigo de Ronald Coase (1960, p. 19), mas parece ter passado despercebida por boa parte da literatura:

[S]e transações mercadológicas não tivessem custos, tudo que importaria (questões distributivas aparte) seria que os direitos das várias partes fossem bem-definidos e os resultados de ações judiciais fáceis de prever. Mas como vimos, a situação é bem diferente quando transações por mercado são tão custosas que é difícil mudar o arranjo de direitos estabelecido pelo Direito. Nesses casos, as cortes influenciam diretamente a atividade econômica.¹⁴

Nesse sentido, o arcabouço teórico discutido acima pode ser aplicado para todos os direitos subjetivos de forma iluminadora e útil e, como se verá a seguir, pode ser usado como uma maneira de compreender o problema de morosidade judiciária (congestionamento) como o efeito natural da transformação do Judiciário em um recurso comum de livre acesso. É o que demonstramos a seguir.

4.4 A Tragédia do Judiciário

4.4.1 O Judiciário como Recurso Comum

Se considerarmos o Judiciário como um recurso (*resource system*) e a prestação jurisdicional (serviço público adjudicatório) como um fruto desse recurso, pois uma sentença ou um acórdão advém do Judiciário, mas seu uso e gozo não diminuem o principal, veremos que o sistema judicial possui as características de um recurso comum de livre acesso. Como visto acima, um recurso é considerado comum quando é inclusivo

¹⁴ “Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transaction are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity.”

(não-excludente), mas rival, ou seja, é muito difícil excluir usuários não-autorizados, o que pode levar ao livre acesso, e a utilização do recurso por um indivíduo diminui a utilidade para os outros usuários. O Judiciário brasileiro goza dessas duas características: ele é inclusivo (não-excludente) e rival.

Do ponto de vista físico de controle de acesso, o Judiciário está mais para um bem de clube do que para um recurso comum, pois é muito simples identificar seus usuários e instalar um mecanismo seletor entre usuários permitidos e não permitidos, um porteiro (*gatekeeper*). Caso fosse instalado tal mecanismo, que poderia ser o próprio juiz, o Judiciário poderia facilmente aceitar casos apenas até sua capacidade instalada de prestar serviços públicos adjudicatórios e não seria sobreutilizado. Estaria resolvido – ao menos em parte – o problema da sobreutilização judicial. Um exemplo de mecanismo de *gatekeeping* no direito brasileiro foi a inclusão pela Emenda Constitucional nº 45 do requisito da Repercussão Geral para a análise de RE. De acordo com o próprio STF (2012):

O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte.

A inclusão da repercussão geral demonstra um amadurecimento da comunidade jurídica nacional e, mais do que isso, pode ser interpretada como o reconhecimento de que o STF é um recurso comum, cujo acesso ilimitado leva à sua sobreutilização. A possibilidade de o STF escolher os casos mais relevantes para julgar possibilita a maximização da utilidade de seus recursos escassos e resolve o problema do livre acesso. A queda da demanda pelo STF a partir de 2007, quando foi regulada a Repercussão Geral, pode ser percebida na Figura 7: Tendência de Litigiosidade no STF (1990-2012) na página 43 (mas há indícios de que a referida queda talvez não possa ser atribuída integralmente a essa mudança processual, nesse sentido, cfr. Abramovay & Leal, 2012).

Além disso, o Judiciário não estaria exposto à sobreutilização se fosse instalado um mecanismo de preço livre que o autorregulasse. Nesse sentido, se as partes pudessem livremente oferecer lances para ver o seu caso julgado mais rapidamente, os custos de uma ação judicial subiriam naturalmente e o preço mais alto funcionaria como elemento racionador do recurso Judiciário. Haveria um número menor de ações e as ações

cujos usuários atribuíssem menor valor, de acordo com sua disponibilidade de pagar, não seriam ajuizadas ou seriam atendidas com muito tempo. O Judiciário teria se tornado um bem privado.

Não obstante, serviços públicos adjudicatórios (prestação jurisdicional) são bens meritórios¹⁵, que a sociedade brasileira decidiu que deveria ser acessível a todos, independentemente da disponibilidade de pagar. Em verdade, acesso ao Judiciário é considerado um direito fundamental do cidadão brasileiro e, juridicamente, não lhe pode ser negado. É o que estabelece o inc. XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A preocupação com o maior e não menor acesso à Justiça é, inclusive, o mote do II Pacto Republicano de Estado (2009):

Firmar o presente **PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO**, com os seguintes objetivos:

I – **Acesso universal à Justiça**, especialmente dos mais necessitados;

II – Aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; [...]

Para garantir o livre acesso ao Judiciário, inúmeras políticas são estimuladas, como, por exemplo, a criação e expansão da Defensoria Pública (advogados pagos pelo Estado) e dos mecanismos destinados a garantir assistência jurídica integral aos mais necessitados (custos do processo arcados pelo Estado). Nesse sentido, não apenas é juridicamente impossível instalar um mecanismo controlador de acesso ao Judiciário, como as políticas públicas são no sentido contrário de diminuir custos e facilitar o acesso. Enfim, o livre acesso ao Judiciário é o objetivo social.

No entanto, o que parece escapar à percepção de alguns cientistas sociais é que o Judiciário é um recurso rival. **Quanto mais pessoas utilizarem o Judiciário, menos útil ele será para a coletividade, pois menor será sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios.** Essa confusão está presente, por exemplo, na página da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (MJ, 2012), quando afirma que:

¹⁵ Um bem é considerado meritório quando poderia ser eficientemente produzido e ofertado pela iniciativa privada mediante o mecanismo de mercado, mas por razões políticas, sociais, culturais e históricas uma sociedade decide que mesmo quem não tem condições de arcar com seus custos deveria ter acesso a tal bem. Por exemplo: saúde, educação, segurança etc. Via de regra, esses bens são parcial ou integralmente custeados com tributos.

O acesso à Justiça é considerado um direito humano e um caminho para a redução da pobreza, por meio da promoção da equidade econômica e social. Onde não há amplo acesso a uma Justiça efetiva e transparente, a democracia está em risco e o desenvolvimento sustentável não é possível. Assim, a ampliação do acesso à Justiça no Brasil é uma contribuição certa no sentido da ampliação do espaço público, do exercício da cidadania e do fortalecimento da democracia.

A democratização do acesso à Justiça não pode ser confundida com a mera busca pela inclusão dos segmentos sociais ao processo judicial. Antes disso, cabe conferir condições para que a população tenha conhecimento e apropriação dos seus direitos fundamentais (individuais e coletivos) e sociais para sua inclusão nos serviços públicos de educação, saúde, assistência social etc., bem como para melhor harmonização da convivência social.

Desde meados de 2007, a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, definiu o tema “Democratização do Acesso à Justiça” como eixo prioritário das ações programadas para os próximos anos. Pretende assim ser a articuladora de uma política nacional voltada à democratização do acesso ao Sistema de Justiça, a ser constituída pelo debate coletivo e executada em conjunto com as estruturas do sistema de Justiça, instituições de ensino, pesquisa e entidades da sociedade civil.

O problema está em se focar no acesso ao principal (Judiciário), quando o correto seria focar na possibilidade de usar e gozar do fruto (prestação jurisdicional), que é – em larga medida – o que desejam as pessoas. Ao focar apenas no incentivo ao uso do Judiciário sem reconhecer que ele, hoje, já está sobrecarregado de casos e seu estoque é crescente, ainda que a taxas decrescentes (CNJ, 2011), é acelerar e incentivar a sobreutilização do Judiciário, o qual já não dá conta do recado hoje. Ao fazê-lo, a Secretaria de Reforma do Judiciário ignora as causas da Tragédia do Judiciário e incentiva a sua sobreutilização. Em termos juseconômicos os objetivos de maior acesso e maior celeridade são, em larga medida, incompatíveis. Se o número de casos excede em muito a capacidade de análise e processamento do Judiciário, cada processo demorará cada vez mais (congestionamento); e a análise de cada caso será cada vez mais supérflua, pois os magistrados não possuirão tempo suficiente para ponderar com cuidado sobre cada um (sobrecarregamento), o que diminui a qualidade das decisões e, no limite, mina a própria razão de existir um Judiciário (ineficácia). Se o livre acesso ao Judiciário e a prestação jurisdicional em tempo razoável são valores a serem perseguidos, como conciliá-los?

Como qualquer serviço público, há limites para os recursos que podem ser investidos na expansão da prestação de serviços adjudicatórios. De acordo com o próprio Ministério da Justiça (2004, p. 75), o Brasil é um dos países que mais gasta, em termos relativos, com o Poder Judiciário no mundo, sendo ultrapassado apenas pela Itália:

Figura 17: Gastos Comparativos com o Poder Judiciário

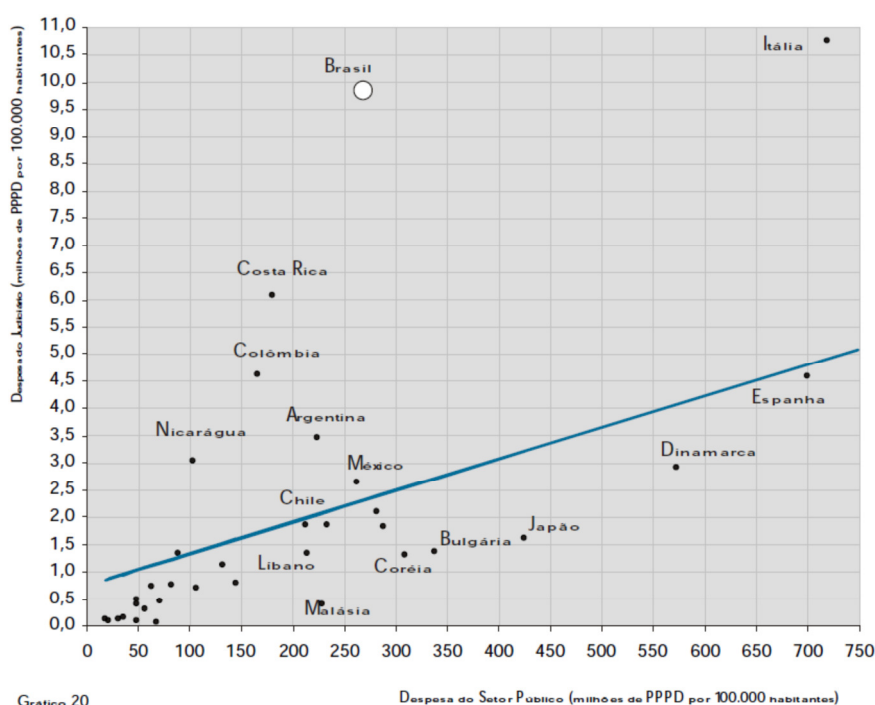


Gráfico 20
Fonte: Ministério da Justiça (2004, p. 75)

Note que países comparáveis ao Brasil como México, Chile, Argentina e Espanha estão bem distantes dos gastos brasileiros com Poder Judiciário. Além disso, é reconhecido que, nos últimos anos, foram realizados inúmeros investimentos no referido Poder, sendo de se esperar que tal relação tenha se mantido ou até mesmo aumentado. Some-se a isso a ineficácia na gestão dos recursos já disponíveis ao Judiciário (cfr. Yeung & Azevedo, 2011; PUCRS, 2011) e teremos que mais recursos não parece ser a solução. Uma revisão da literatura empírica indica ainda que a quantidade de recursos alocados ao Poder Judiciário tem pouco impacto sobre o seu desempenho (cfr. Botero, Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, & Volokh, 2003)

Assim como as estradas congestionadas dos grandes centros urbanos, há um limite para o que se pode investir no Judiciário, sendo necessário encontrar outras formas de reduzir a litigância que não seja apenas contratar mais juízes, abrir novas varas ou criar mais juizados especiais e, muito menos, incentivar que mais pessoas procurem o Judiciário, isto é, mais sobreutilização. De acordo com os dados fornecidos pelo CNJ (2011), o número de litígios no Brasil tem aumentado e, não obstante o aumento da produtividade dos magistrados (que caiu um pouco em 2011), o número de demandas ultrapassa a capacidade do Judiciário de solucioná-las. O congestionamento está aumen-

tando e não diminuindo. O Judiciário enquanto recurso está, portanto, sendo sobre e não subutilizado.

Demora-se muito e as decisões são ruins, erráticas e imprevisíveis. As pessoas passam a não confiar no Judiciário enquanto mecanismo de resolução de conflitos e deixam de utilizá-lo por razões legítimas e passam a utilizá-lo por outras, socialmente indesejáveis. Se, por um lado, pessoas que são titulares de direitos deixam de usar o Judiciário, porque este é excessivamente moroso e imprevisível, por outro, as pessoas que desejam fugir de suas obrigações possuem mais incentivos para litigar, pois não apenas ganharão tempo, como poderão prevalecer ao final. Estamos diante de um claro problema de seleção adversa. Cada vez mais pessoas deixarão de usar o Judiciário para fazer valer os seus direitos e cada vez mais pessoas passarão a usar o Judiciário para postergar ou anular suas obrigações. É a antítese da função econômica do Judiciário (cfr. Item 2.2 acima).

Essa simples análise chama atenção para o fato de que, ao contrário do que se tem feito historicamente, a solução para a sobreutilização do Judiciário requer uma compreensão mais ampla e menos apaixonada da estrutura de incentivos de todos os envolvidos, em especial de magistrados e partes. No Capítulo 3 – Anarquismo Judicial e a Depreciação do Capital Jurídico já analisamos em detalhe a estrutura de incentivos dos magistrados brasileiros e demonstramos que, hoje, há poucos incentivos para a produção de jurisprudência dominante (capital jurídico). Agora, investigamos como a insegurança jurídica resultante influencia a decisão das partes sobre litigar e, em última análise, na decisão de usar ou não o Judiciário.

4.4.2 Insegurança Jurídica e Sobreutilização do Judiciário

Na tradição juseconômica (e.g. Landes, 1971; Gould, 1973; Posner, 1973; Landes & Posner, 1976), a premissa inicial é de que a parte que escolhe litigar realiza uma escolha racional. Uma ação judicial, para a parte litigante, seja ela autora ou ré, é uma decisão racional na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito. Com ou sem a participação de advogados (como nos juizados especiais), ainda que intuitivamente, as partes tentam estimar a probabilidade de sucesso, bem como os custos associados à realização de um

acordo ou de continuar litigando. Ambas as partes sabem que incorrem em uma margem de erro nessa estimativa.

O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu racional exceder a proposta mínima aceitável pelo autor racional. O autor racional realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar, também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco. Assume-se que o custo privado conjunto de litigar é superior ao custo privado conjunto de realizar um acordo. Em um cenário como esse, o acordo apenas não ocorrerá quando as estimativas das partes não coincidirem minimamente e, por isso, não haja um excedente cooperativo a ser dividido. Em outras palavras, a lógica de um acordo é semelhante à lógica de uma troca voluntária (contrato): só ocorrerá se houver um excedente cooperativo a ser distribuído.

Assim, seja A o autor em um litígio em potencial, denotemos por U_A o benefício que A espera obter desse litígio a um custo esperado C_A (e.g. custas iniciais, honorários advocatícios, honorários periciais). Por outro lado, seja R o réu desse litígio em potencial e U_R seu retorno desse litígio, que na maioria das vezes é negativo (é um custo), mas não necessariamente. Os custos incorridos por R para utilizar o sistema judicial como mecanismos de solução de controvérsia são denotados por C_R . Logo, na eventualidade de um litígio, o retorno máximo do Autor é $U_A - C_A$ e do Réu é $U_R - C_R$.

Se as partes forem capazes de prever com perfeição qual será o resultado do julgamento, i.e., em um mundo em que houvesse máxima segurança jurídica (informação perfeita e um Judiciário perfeito), não houvesse assimetria de informação entre as partes e, considerando que o julgamento é uma questão meramente distributiva, a perda do Réu é igual ao ganho do Autor e vice-versa ($U_A = U_R$), Autor e Réu poderiam maximizar o bem-estar conjunto realizando um acordo extrajudicial e dividindo entre si o custo poupado do litígio $C_A + C_R$, menos os custos com a celebração de acordo. Nessa abordagem simplificada, em que as partes sabem exatamente qual seria o resultado imposto

pelo Judiciário, a tendência é realizar um acordo extrajudicial, pois é irracional desperdiçar recursos litigando.

Olhando o caso brasileiro, esse primeiro modelo pode parecer irrealista, já que a quantidade de acordos em ações propostas parece ser muito inferior ao número de ações que vão a julgamento após o procedimento de instrução (não existe informação pública a esse respeito). Não obstante, no sistema jurídico norte-americano, em que há mais previsibilidade (maior acumulação de capital jurídico), a taxa de julgamento é substancialmente inferior, sendo de apenas 10% dos casos iniciados (cfr. Priest, 1987, p. 531; Bar-Gill, 2006), ou seja, mais de 90% dos casos termina em acordo antes do julgamento final. A título de exemplo, em Nova York, 98% dos casos envolvendo danos corpóreos decorrentes de negligência terminam em acordo (Ross, 1980, p. 4), enquanto casos discutindo erros médicos terminam em acordo em 50% das vezes mesmo antes de chegar aos tribunais e cerca de 40% se encerram durante a instrução, i.e., antes do julgamento final; menos de 10% chega efetivamente a ser julgado (Danzon & Lillard, 1983, p. 365).

Contudo, a teoria deve ser capaz de explicar porque alguns casos não terminam em acordo, seja a sua maioria (Brasil) ou sua minoria (EUA). Por isso, como dito no início, precisamos inserir a ideia de risco nessa avaliação. O Judiciário não gera informações perfeitas acerca de como decidirá cada caso e as partes não são capazes de interpretar perfeitamente esses sinais, some-se a isso a existência de informações privadas entre as partes (assimetria de informação). Além disso, há evidências no sentido de que partes e advogados são consistentemente otimistas em relação ao resultado de julgamentos futuros (cfr. Shavell, 2004, p. 405) e os advogados podem não revelar inteiramente os fatos para seus clientes, já que eles ganham se houver um litígio (problema agente-principal). Em princípio, interpretaremos esse ruído como um risco, isto é, uma quantidade mensurável de probabilidade em contraposição a incerteza, na qual o risco não é mensurável. Neste caso, teremos:

$$VR_A = P_A U_A - C_A + A_A \quad \text{Equação 4-1}$$

$$VR_R = P_R U_R + C_R - A_R \quad \text{Equação 4-2}$$

onde P_A e P_R são as probabilidades subjetivas atribuídas por autor e réu ao evento sucedido do autor; VR_A é o valor de reserva do autor, i.e., o mínimo que ele tem de receber para aceitar um acordo; VR_R é o valor de reserva do réu, i.e., o máximo que ele está

disposto a oferecer para um acordo; e A_A e A_R são, respectivamente, os custos de celebrar um acordo para autor e réu. Como se pode ver, neste modelo, os custos de litigância arcados pelas partes afetam a sua propensão de litigar ao invés de fazer um acordo: quanto maiores os custos, menor a taxa de litigância e, quanto menor custo, maior a taxa de litigância.

Em sendo as partes racionais, a **condição fundamental de litigância** (Landes, 1971, pp. 66-69; Posner, 2007, p. 599) é que $VR_A > VR_R$, isto é:

$$P_A U_A - C_A + A_A > P_R U_R + C_R - A_R \quad \text{Inequação 4-3}$$

que, assumindo-se $U_A = U_R$, pode ser reescrito como

$$\text{Pr Litígio} = f(P_A - P_R)U > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad \text{Inequação 4-4}$$

Esse simples modelo traz algumas implicações diretas e importantes. Primeiro, *ceteris paribus*, quanto maior a utilidade do bem em disputa (U), maior a probabilidade de haver um litígio. Segundo, a probabilidade de um litígio é uma função crescente do **hiato de expectativas**, isto é, da distância entre a avaliação da chance de êxito pelo autor e pelo réu ($P_A - P_R$). Terceiro, quanto menos custoso for realizar um acordo ($A_R + A_A$) e mais custoso for litigar ($C_R + C_A$), maior será a probabilidade de se celebrar um acordo. Logo, quanto mais barato for litigar, maior a probabilidade de litígio.

Obviamente a alteração dos pressupostos do modelo pode alterar substancialmente esse cenário. Por exemplo, se as partes são avessas ao risco, o aumento de U pode aumentar proporcionalmente mais a realização de acordos, pois as partes valorizariam mais um retorno certo do que o valor esperado do litígio. Todavia, se o dano a uma das partes já ocorreu e a ação é interpretada como uma forma de diminuir ou eliminar esse prejuízo, a aversão à perda (Kahneman & Tversky, 1984, p. 342) pode funcionar de forma inversa, incentivando a litigância. Enquanto a concavidade da curva de valor em relação a ganhos gera aversão ao risco, a convexidade do valor das perdas pode gerar comportamento amante ao risco, logo, mais litígios. Aqui, a forma como a sociedade ou o advogado coloca a questão para a parte (o enquadramento ou *framing*) pode fazer muita diferença. Por outro lado, um litigante contumaz (e.g. Estado ou um banco) pode valorizar mais a função informativa do litígio para futuros casos (jurispru-

dência) do que o resultado no caso concreto, hipótese na qual o valor do litígio para umas das partes poderá ser superior ao valor efetivamente discutido no caso concreto ($U_A \neq U_R$), incentivando o litígio de acordo com a Inequação 4-3. No mesmo sentido se o litigante quiser construir uma reputação de duro na negociação e que está disposto a investir em litígio.

Explorando o modelo básico, o subinvestimento em capital jurídico pode levar a um aumento da divergência entre as probabilidades subjetivas de êxito do autor atribuídas pelo próprio autor (P_A) e pelo réu (P_R). O aumento dessa distância aumenta o retorno esperado do litígio e, *ceteris paribus*, o número de litígios. Se houvesse incentivos adequados para o investimento em capital jurídico por parte dos magistrados, a expansão do número de litígios faria com que se formasse jurisprudência que, por sua vez, informaria a baixos custos a autor e réu que conjunto de regras seria aplicado pelo Judiciário em casos semelhantes no futuro, fazendo convergir tais probabilidades subjetivas ($P_A \rightarrow P_R$). No limite, pressupondo-se ausência de informações privadas, $P_A = P_R$. Por outro lado, se a regra jurídica aplicada a cada caso varia com o posicionamento ideológico do magistrado (subinvestimento em capital jurídico) e a distribuição de casos é feita de forma aleatória, então, autor e réu podem ter muita dificuldade em estimar P_A e P_R . No limite, tal estimativa pode ser impossível e as partes estariam diante de uma incerteza.

A dificuldade de estimar a probabilidade de êxito de uma demanda pode acionar uma limitação cognitiva conhecida como viés de otimismo ou otimismo irrealista ou, ainda, otimismo comparativo (e.g. Armor & Taylor, 1998). O viés de otimismo é uma limitação cognitiva já identificada na literatura em diversos contextos e, segundo o qual, o cérebro humano está programado para ser otimista, isto é, em média, as pessoas acreditam que estão expostas a riscos menores de ocorrência de eventos negativos do que as demais pessoas. Justamente por serem otimistas, pessoas podem, por exemplo, investir menos em prevenção, usando menos contraceptivos (Burger & Burns, 1988) ou não usando cintos de segurança ou dirigindo em excesso de velocidade (McKenna, Stanier, & Lewis, 1991). No presente caso, um autor otimista e um réu otimista podem superestimar suas respectivas chances de êxito, diminuindo ou simplesmente eliminando a possibilidade de realização de um acordo. Quanto mais difícil estimar tais probabilidades, maior a chance de o viés de otimismo ser mais relevante.

A insegurança jurídica, todavia, não afeta apenas a capacidades de as partes estimarem suas chances de sucesso, ela também afeta a capacidade de estimar o que está juridicamente disponível como resultado do próprio litígio, isto é, *U*. Diante da inexistência de regras jurídicas, autores potenciais – otimistas ou não – podem iniciar ações para que magistrados reduzam os juros de um financiamento, ainda que tais juros estejam de acordo com o mercado; podem pedir para que um magistrado obrigue a outra parte a negociar um desconto na mensalidade escolar; pode pedir R\$ 500 mil de um hospital por supostos danos morais decorrentes de um atendimento médico supostamente grosseiro, ainda que eficaz; etc. Sem uma parâmetro claro acerca do que que é ou não um interesse juridicamente protegido, ou seja, o que é viável pedir ao Judiciário e, hoje, a imaginação dos autores é o limite do que pode ser pedido e, portanto, de *U*.

Nesse sentido, a existência de um déficit de capital jurídico e a decorrente insegurança jurídica leva a uma redução do número de acordos e a uma expansão no número de litígios. Essa expansão será contida apenas quando o próprio Judiciário começar a aplicar as mesmas regras aos mesmos casos e, assim, a sinalizar de forma clara às prospectivas partes. Sem a formação de capital jurídico, a insegurança jurídica poderá levar a um incremento do uso do Judiciário e, ao fim e ao cabo, a sua sobreutilização. Velhas questões serão litigadas de novo e de novo e de novo, em um círculo vicioso que se realimenta e, cada vez mais, gera insegurança e, portanto, (sobre)utilização do Judiciário.

O problema da sobreutilização do Judiciário decorrente da insegurança jurídica é ainda mais provável quando consideramos que, via de regra, as políticas públicas de livre acesso ao Judiciário, como a assistência judiciário gratuita (AJG), defensoria pública, criação de juizados especiais, custas processuais subsidiadas, aumento do número de advogados (e esperado decréscimo no valor médio dos honorários advocatícios) atuam no lado direito da Inequação 4-4, isto é, diminuem o termo $(C_R + C_A) - (A_R + A_A)$. Como quanto mais barato litigar, mais demanda haverá pelos serviços públicos adjudicatórios, as políticas públicas inclusivas, de forma isolada (i.e. mantidas todas as demais variáveis constantes), apenas contribuem para a sobreutilização do Judiciário.

Essas políticas públicas de ampliação ao acesso focam a redução do custo privado de utilização do sistema público adjudicatório, aumentando a probabilidade de litígio em um primeiro momento. Seguindo o ciclo de litigância, esse aumento inicial de litígios apenas se refletiria em maior garantia aos direitos da comunidade em geral se con-

vertido em segurança jurídica (capital) e – consequentemente – gerasse uma retração de litígios em um segundo momento, com o aumento da conformidade espontânea (auto-composição). Do contrário, tais políticas reforçam e subsidiam o livre acesso ao principal (*resource system*), mas geram escassez de prestação jurisdicional (frutos) devido ao excesso de demanda (congestionamento).

Como visto, o Judiciário é um recurso escasso rival, quanto mais é usado, mais difícil é que outros o usem. No entanto, quando um litigante individual decide levar o seu caso aos tribunais, ele leva em consideração apenas seus custos e benefícios privados. O agente não computa o custo social de seu litígio, incluindo o tempo que outras ações mais ou menos importantes, mais ou menos meritórias, terão de aguardar até que seu caso seja decidido. Assim como o vaqueiro na Tragédia dos Comuns possui incentivos para colocar quantas cabeças de gado conseguir no pasto, os litigantes têm incentivos para acionar o Judiciário enquanto seu benefício individual esperado for maior que seu custo individual esperado. A sua contribuição individual para o congestionamento é substancialmente externalizada.

A conjunção de insegurança jurídica com baixos custos para litigar gera incentivos para que as partes litiguem em demasia, demandando serviços públicos adjudicatórios acima da capacidade instalada do Judiciário. O excesso de demanda gera efeitos semelhantes ao congelamento de preços abaixo do preço de equilíbrio em um mercado competitivo: filas. Litigantes que não arcam inteiramente com o custo social do litígio, mas apenas os custos e benefícios privados, geram filas, i.e., pagam com o seu tempo. O resultado é a dificuldade judicial para resolver questões em um período razoável (congestionamento), tem-se a famosa Crise do Judiciário. Todavia, como não há investimento suficiente em capital jurídico pelos magistrados para repor a depreciação dos períodos anteriores, a expansão da litigância não é acompanhada de um período de retração decorrente de maior segurança jurídica. O subinvestimento em capital jurídico, portanto, contribui diretamente para a sobreutilização do Judiciário. É a Tragédia do Judiciário.

4.5 Seleção Adversa das Partes: a outra face da Tragédia do Judiciário

A demora em ter acesso ao serviço público adjudicatório é apenas um aspecto mais óbvio da Crise do Judiciário. Há outro aspecto que, do ponto de vista da justiça social, bem como da função econômica do Judiciário como garantidor das barganhas políticas e privadas, pode ser ainda mais grave e pernicioso: a seleção adversa decorrente da Tragédia do Judiciário e a transformação do Judiciário em um mecanismo de burla ao direito.

Na seção 4.4.2 acima, analisamos a estrutura de incentivos de autor e réu para realizarem ou não um acordo e o impacto do subinvestimento em capital jurídico sobre essa estrutura de incentivos. Como demonstrado, o resultado foi um aumento do incentivo para litigar, o que leva à sobreutilização do Judiciário (congestionamento) e a chamada Tragédia do Judiciário. Todavia, naquele momento, não levamos em consideração que o simples fato de haver um hiato temporal entre o início e o fim de uma demanda reduziria por si só o valor presente de uma eventual ação e, portanto, o retorno esperado de litigar. Em outras palavras, as partes não são indiferentes à morosidade judicial no momento de decidir entre celebrar ou não um acordo; quanto mais uma ação demora a ser julgada, menor seu valor presente para quem tem direito. O efeito desincentivador da morosidade judicial foi notado primeiramente por Posner (1973, p. 448) e, posteriormente desenvolvido por Priest (1989, p. 533 e ss.).

Nessa linha, podemos modificar o modelo incluindo uma taxa de desconto sobre o valor U , fazendo com que o valor presente da demanda dependa da magnitude da morosidade e do valor temporal do dinheiro, consubstanciado em uma taxa de juros ou de desconto. Adaptando, então, a Inequação 4-4, temos:

$$\text{Pr Litígio (com hiato)} = f(P_A - P_R) \frac{U}{(1+r)^t} > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad \text{Inequação 4-5}$$

onde r é a taxa de desconto por período e t o número de períodos entre o ajuizamento da ação e o seu julgamento. Aqui o hiato temporal entre a data do dano e a data do ajuizamento é desprezado para fins de simplicidade.

A Inequação 4-5 mostra que a morosidade judicial por si só reduz a demanda por serviços públicos adjudicatórios ao diminuir o valor presente de demandas e, portanto, a

probabilidade de ocorrência de um litígio. Mantendo-se todos os demais fatores constantes, há uma relação inversa entre morosidade e probabilidade de litígio. A demora de um julgamento aumenta a probabilidade de realização de um acordo e a sua celeridade aumenta a probabilidade de um litígio. Essa relação inversa não intuitiva sugere a existência de uma inter-relação dinâmica entre morosidade e litigiosidade.

Quanto mais rápido for o Judiciário (menor t), maior o valor presente de um potencial litígio e, portanto, maior a probabilidade de uma ação ser ajuizada. Só que quanto mais ações são ajuizadas, maior a sobrecarga do Judiciário que deve se tornar mais lento, o que reduz o valor presente das ações judiciais e reduzirá a demanda futura por serviços adjudicatórios. Assim, espera-se que mudanças na morosidade judicial gerem efeitos compensatórios no volume de casos iniciados e vice-versa. Essa relação sugere que, dada uma capacidade produtiva adjudicatória instalada, deve haver um nível de equilíbrio entre litigância e morosidade em cada jurisdição, um **congestionamento de equilíbrio**.

Da mesma forma que a depreciação do capital jurídico gera insegurança jurídica, que leva à litigância, e sua recomposição gera segurança jurídica, que leva a uma retração da litigância (ciclo da litigância), o nível de litigância deve flutuar acima ou abaixo do nível de congestionamento de equilíbrio à medida que a morosidade se altera. A diminuição da morosidade (celeridade processual) faz com que litigantes marginais comecem a litigar, pois o valor presente das demandas $\frac{U}{(1+r)^t}$ aumenta, fazendo o congestionamento retornar ao nível de equilíbrio. Por outro lado, se o Judiciário fica muito lento, o valor presente das demandas cai e litigantes marginais realizam acordos ou deixam de litigar, diminuindo o congestionamento judicial de volta ao nível de equilíbrio.

A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. Todo e qualquer grupo que tenha como interesse a expansão de direitos e sua efetividade deve ter na morosidade judicial um de seus piores inimigos. Não importa se nominalmente um determinado grupo é titular ou não de um direito, se o Judiciário for excessivamente moroso (t for muito grande), o valor presente desse direito tende a zero, ou seja, semelhante à situação de o mesmo grupo não ser titular do direito. Quanto mais demorado para se

obter a prestação jurisdicional, menor o valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado.

Essa inter-relação entre congestionamento judicial e volume de litígios pode explicar, por exemplo, o mistério dos juizados especiais brasileiros e o seu rápido sobre-carregamento. Os juizados especiais foram criados para desafogar o moroso Judiciário brasileiro. A doutrina tradicional, focada apenas em diminuir os custos de acesso e de procedimento, pode ser exemplificada pelo posicionamento de Figueira Jr. e Lopes (1997, p. 31 e 35), para quem a função dos juizados especiais era superar a:

[...] crise jurídica e jurisdicional que temos vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil através da rápida e eficiente solução dos conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados.

[...]

[O] novo sistema dá azo à liberação do que se convencionou chamar de litigiosidade contida, porquanto ampliada não só a via de acesso aos tribunais, como também o escoamento muito mais fluente das demandas ajuizadas, em virtude da tramitação sumária ancorada num procedimento mais enxuto, o qual atende basicamente aos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Os juizados especiais são gratuitos (não cobram custas judiciais), neles não é necessária a presença de advogados (até certo valor), não há honorários advocatícios sucumbenciais em caso de derrota e seu procedimento é simplificado, tudo no intuito de ampliar o acesso e reduzir a carga do Judiciário. Além de desafogar o Judiciário, o objetivo claro era atender a uma demanda reprimida por serviços públicos adjudicatórios. No entanto, estudos do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários (2003) e da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005) já apontam para o congestionamento dos juizados nos mesmos moldes da justiça comum. O problema agora perdura há anos, como reconhecido pelo CNJ (Euzébio, 2012):

Criados em 1995 para resolver com celeridade as demandas dos jurisdicionados, os Juizados Especiais Cíveis - mantidos pelos Tribunais de Justiça dos estados – estão sofrendo da mesma doença que há tempos incomoda o Poder Judiciário, o acúmulo de processos não resolvidos e o conseqüente [sic] aumento da taxa de congestionamento.

Ora, um serviço público cujo preço do uso é estabelecido, *a priori*, como zero e estruturado para ser mais rápido que seu concorrente, a justiça comum, obviamente atraiu uma grande quantidade de litigantes marginais que, gradativamente, foram elevando a taxa de congestionamento dos juizados, até que o novo ponto de equilíbrio en-

tre morosidade e litigiosidade fosse alcançado. Assim como a criação de uma via rodoviária subsidiária inicialmente descongestiona a via principal, a redução do custo de dirigir leva motoristas marginais a usarem cada vez mais a nova via, até que ambas tornam a ficar congestionadas.

A proposição de que toda e qualquer jurisdição enfrenta um congestionamento de equilíbrio não significa que seja impossível alterar tal equilíbrio, mas apenas que a avaliação do impacto de qualquer reforma endereçada ao problema de congestionamento judicial deve levar em consideração também o efeito compensatório decorrente das mesmas modificações implementadas, em um aumento de litigância devido à nova celeridade processual alcançada. Há um efeito compensatório.

Além disso, o efeito de qualquer reforma individualmente considerada dependerá, em larga medida, do contexto institucional da jurisdição em que é implementada. O resultado final dependerá do grau de dispersão do resultado do julgamento U , da divergência de estimativas de êxito ($P_A - P_R$), da taxa de desconto r , do tempo para julgamento t , bem como dos custos para litigar ($C_R + C_A$) e dos custos de fazer um acordo ($A_R + A_A$). A Inequação 4-5 ilustra como os efeitos de cada uma dessas relevantes dimensões da condição de litigância podem ser estimados. Por exemplo, qual o impacto de se contratar mais juízes sobre o número de litígios? Mantidas todas as demais características constantes, o aumento de número de magistrados reduz o tempo de decisão de cada caso, ou seja, t . Todavia, a redução de t significa que o retorno esperado da litigância aumenta, pois o valor presente do litígio $\frac{U}{(1+r)^t}$ aumenta. Isso significa que, em um primeiro momento, o volume de decisões vai aumentar e o estoque de casos pode até diminuir, mas um efeito compensatório em novos casos tende a diminuir estes ganhos, até se alcançar novamente o congestionamento de equilíbrio, como aconteceu com os juizados especiais. Por outro lado, esse efeito pode ser completamente diferente em uma dada jurisdição se, por exemplo, a taxa de juros r se alterar de um ano para o outro. A magnitude da interação de cada uma dessas dimensões depende das características de cada jurisdição e é, em última instância, uma questão empírica.

A Inequação 4-5 mostra como as recentes políticas públicas direcionadas única e exclusivamente à ampliação do acesso ao Judiciário, isto é, reformas cujo objetivo declarado é apenas reduzir o custo de litigar ($C_R + C_A$), sem qualquer alteração das demais

variáveis da condição de litigância, aumentam o número de litígios. Todavia, em um Judiciário já sobrecarregado, se, por um lado, o aumento do número de litígios constitui um legítimo exercício da cidadania, por outro, contribui para a morosidade judicial e, assim, aumenta o tempo necessário para resolver um litígio qualquer (t), o que, por sua vez, reduz o valor presente da demanda para o titular do direito. Em outras palavras, o incentivo isolado à litigância pela redução de custos de litigar (acesso ao Judiciário), *ceteris paribus*, induz à morosidade judicial que, por sua vez, reduz a utilidade real dos direitos. Além disso, um grupo marginal de usuários potenciais do Judiciário deixará de usá-lo para fazer valer seus direitos, porque não compensará. Esses titulares legítimos de interesses juridicamente protegidos, na prática, não poderão exercer seus direitos, o que é um resultado oposto ao inicialmente pretendido com a política de acesso ao Judiciário. Novamente, temos uma Tragédia do Judiciário em que o livre acesso ao principal (*resource system*), incentivado por subsídios públicos, leva a uma sobreutilização que, a seu turno, leva à exclusão de usuários pela rivalidade e que não deveriam ser excluídos.

Assim, a sobreutilização do Judiciário pode ter um aspecto ainda mais pernicioso do que simplesmente uma distância muito grande entre pedir e receber, a morosidade pode constituir um mecanismo de seleção adversa em que detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto agentes não detentores de direitos são atraídos justamente por causa da morosidade judicial para postergar o adimplemento. Em uma espécie de Lei de Gresham¹⁶, bons litigantes são excluídos do mercado de litígios e litigantes ruins são atraídos a ele. As políticas públicas de acesso indiscriminado ao Judiciário, quando isoladamente consideradas, excluem usuários marginais pela morosidade e, ao fim e ao cabo, reduzem a utilidade do Judiciário devido à sua sobreutilização, um resultado trágico.

Note que a aplicação de juros de mora¹⁷ pode mitigar os efeitos excludentes da morosidade judicial, basta alteramos a Inequação 4-5 para que sejam pagos juros legais

¹⁶ A Lei de Gresham é um princípio econômico segundo o qual a sobrevalorização artificial de uma moeda e a desvalorização artificial de outra, pelo Governo, faz com que a moeda supervalorizada invada o mercado, enquanto a moeda subavaliada tenha sua circulação drasticamente reduzida, sendo entesourada. Normalmente usa-se a expressão “dinheiro ruim expulsa dinheiro bom”.

¹⁷ Juros de mora é uma taxa percentual sobre o atraso do adimplemento de uma obrigação em um determinado período de tempo. Está previsto no CC: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabe-

sobre o valor de uma eventual condenação (r_j), que não necessariamente será a mesma da taxa de mercado (r_m):

$$\text{Pr Litígio (com juros)} = f(P_A - P_R) \frac{U}{(1+r_m-r_j)^t} > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad \text{Inequação 4-6}$$

Nessa hipótese, a morosidade judicial continua a reduzir a probabilidade de litígio, mas em menor escala, supondo-se que a taxa de juros legais (r_j) seja menor que a taxa de juros de mercado (r_m), i.e., $r_j < r_m$. Já se $r_j = r_m$, o valor em litígio será corrigido à taxa de mercado (presumindo-se que este seja o custo de oportunidade da parte), o que significa que não haverá custo associado à morosidade judicial, que deixa de ser relevante na determinação da probabilidade de ocorrer um litígio. Por outro lado, se $r_j > r_m$, o valor esperado do litígio sobe e, quanto mais moroso for o Judiciário, maior a probabilidade de litígio.

Pelo exposto, conclui-se que a melhor estratégia para aumentar o número de acordos extrajudiciais e reduzir a utilização do Judiciário, sem excluir usuários pelo custo de se usar o sistema, ou seja, garantindo livre acesso, é pelo investimento em capital jurídico e a decorrente convergência de P_A e P_R . Tal investimento é ainda mais relevante quando se tomou a decisão política de eliminar ou ao menos reduzir substancialmente os custos privados de litigar ($C_R + C_A$), como no Brasil. A adoção de juros legais compatíveis com os juros de mercado mitiga e pode até eliminar a seleção adversa decorrente da morosidade judicial, mas – em um mundo em que se quer o livre acesso ao Judiciário –, o investimento em capital jurídico parece ser a única medida sem efeitos colaterais indesejáveis.

4.6 Conclusões do Capítulo

A lentidão do Judiciário é um fenômeno mundial e tem sido objeto de políticas públicas mitigatórias no Brasil pelo menos desde a década de 1970, com a elaboração do atual Código de Processo Civil. De lá para cá inúmeras outras reformas processuais e estruturais foram realizadas para tentar mitigar ou resolver o problema, até agora sem sucesso duradouro. Acreditamos que parte desse insucesso se deva à incompreensão

lecidos, e honorários de advogado.” e “Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

dos formuladores de políticas públicas da natureza de recurso comum do Judiciário. Considerando-se a escolha social de garantir o acesso irrestrito ao Judiciário, mas não sendo possível alterar-lhe a característica de rivalidade, a consequência natural desse tipo de iniciativa é o incentivo à sobreutilização dos serviços públicos adjudicatórios e a decorrente morosidade.

O incentivo à sobreutilização decorrente do livre acesso e a política de subsídios públicos à litigância são potencializados pela falta de capital jurídico. A sobreutilização do Judiciário como uma decorrência do subinvestimento em capital jurídico significa que os magistrados podem contribuir de forma significativa para a Crise do Judiciário. A insegurança jurídica decorrente da depreciação do capital jurídico aumenta tanto a banda de estimativa das partes do valor da ação (U), quanto a probabilidade subjetiva de êxito do autor P_A , o que leva a uma maior probabilidade de litígios, já que as partes terão mais dificuldades para identificar o excedente cooperativo e dividi-lo em um acordo extrajudicial. A interrupção do ciclo da litigância pela não criação de jurisprudência dominante significa que os recursos sociais devotados ao sistema judicial podem estar sendo subutilizados devido à atual estrutura de incentivos dos agentes envolvidos. Isso não significa que potenciais outras causas como a quantidade e a qualidade (ruim) das leis, a inobservância das leis pelo Estado, a cultura brasileira de litigância, o excesso de recursos judiciais, ou a falta de recursos materiais não contribuam para a referida crise, apenas demonstramos como os magistrados podem ser uma das, se não a principal, causas da morosidade judicial e do aumento persistente dos litígios no país. O impacto relativo de cada um desses fatores para a sobrecarga do Judiciário permanece uma questão a ser respondida empiricamente.

Se a sobreutilização do Judiciário é um resultado trágico do subinvestimento em capital jurídico, a exclusão de litigantes marginais devido à morosidade judicial e a atração de litigantes não titulares de interesses juridicamente protegidos, cujo principal objetivo é justamente postergar suas obrigações (seleção adversa), é um efeito ainda mais trágico desse arranjo institucional. Conquanto este problema possa ser mitigado adotando-se taxas de juros legais compatíveis com as taxas de mercado, a única medida que efetivamente reduz a utilização do Judiciário, sem excluir usuários (livre acesso) ou sem atrair maus litigantes, é o investimento em capital jurídico. Uniformização de jurisprudência e fortalecimento da segurança jurídica deveriam ser o foco de políticas públicas

endereçadas a ampliar o acesso aos serviços públicos adjudicatórios e a reduzir o número de litígios.

5 Conclusões Gerais

Este trabalho é uma primeira tentativa de elaborar uma teoria positiva do comportamento do Judiciário brasileiro e de identificar a estrutura de incentivos de seus integrantes, no intuito de auxiliar formuladores de políticas públicas na identificação de possíveis problemas e eventuais soluções para a morosidade judicial. Esperamos que, com a modelagem da estrutura de incentivos dos magistrados e suas consequências, os formuladores de políticas públicas e os juristas tenham mecanismos teóricos mais sólidos para a elaboração e implementação de reformas institucionais, tão necessárias ao aumento da segurança jurídica (capital jurídico) e ao desbloqueio do desenvolvimento econômico de nosso país.

Nesse sentido, demonstramos como, teoricamente, a sobreutilização do Judiciário brasileiro pode ser o resultado indesejável de um subinvestimento em capital jurídico por parte dos magistrados. Esse subinvestimento decorre tanto da ausência de incentivos individuais para o investimento em produção e manutenção de jurisprudência, quanto da inexistência de mecanismos que reduzam os custos de coordenação entre magistrados e de monitoramento pelos pares e pela população em geral. Em termos gerais, as questões básicas a serem tratadas são: (i) quem estabelece as regras jurídicas a serem aplicadas; (ii) quais são os mecanismos de monitoramento dos magistrados, para garantir que as regras escolhidas estão sendo aplicadas; e (iii) quais as consequências processuais e para o magistrado do descumprimento das regras escolhidas. Algumas ideias podem ser aventadas.

Súmula Vinculante. Em princípio, a forma mais simples de uniformizar a jurisprudência poderia ser estabelecer de forma clara e objetiva, tanto na legislação processual, quanto na Constituição Federal, que os magistrados devem seguir as regras elaboradas pelas instâncias superiores. Assim, o juiz teria a obrigação legal de seguir a posição do tribunal. O tribunal deveria seguir a posição do STJ (ou de outro tribunal superior), em matérias infraconstitucionais, e a do STF, em matérias constitucionais. Num sistema como esse, haveria uniformidade na aplicação de regras e segurança jurídica. Apesar de lógica, essa abordagem impositiva ignora a cultura de independência dos magistrados brasileiros e a resistência natural desse grupo em abrir mão de poder para não aplicar regras jurídicas com as quais eventualmente não concorda. Essa mudança

seria extremamente custosa politicamente, enfrentaria fortes resistências da categoria e, mesmo aprovada, seus resultados seriam incertos. Até o momento, a unificação de jurisprudência foi aceita em alguns casos para os tribunais superiores, na forma de sumulas e eficácia *erga omnes*, mas não para a 1ª e 2ª instâncias dentro de um mesmo tribunal.

Especialização das Instâncias. Uma possível alteração processual menos radical que a criação da força vinculante da jurisprudência é a especialização das instâncias. Hoje, um juiz analisa fatos e aplica o direito e, se uma das partes não concorda com o resultado, da sentença cabe apelação, que devolve integralmente ao tribunal a competência para reavaliar ambos. Essa possibilidade ampla de revisão incentiva a litigância e sobrecarrega os tribunais. A especialização das instâncias poderia mitigar esse problema. Se as apelações devolvessem apenas as matérias de direito aos tribunais, estes poderiam centrar suas energias em uniformizar jurisprudência e devolveriam ao juiz natural os casos em que houvesse erro de instrução (fato) a ser corrigido. Apesar de essa solução não impor ao juiz uma jurisprudência vinculante, ela reduziria os custos de monitoramento pelo tribunal e, portanto, aumentaria as chances de reversão. O resultado esperado seria tribunais menos sobrecarregados e uma maior uniformidade de posição em um mesmo tribunal.

Prazos para Magistrados. Preocupados com a morosidade judicial, muitos países instituíram prazos legais para que os magistrados realizassem determinados atos. No Brasil, o art. 189 do CPC estabelece prazos para os magistrados proferirem despachos de expediente (2 dias) e suas decisões (10 dias). Já o art. 190 impõe ao serventuário o prazo de 48 horas para executar atos processuais. Todavia, esses prazos não são cumpridos e não há consequências para a desobediência, sendo considerados pelos juristas, eufemisticamente, de prazos impróprios, isto é, não são prazos, apenas sugestões. A mesma estratégia foi adotada por Argentina, Bolívia (Dakolias, 1996) e Estados Unidos, também sem resultados. O direito fundamental à duração razoável o processo foi introduzido no Brasil com a Emenda Constitucional nº 45, assim como a Suprema Corte norte-americana reconheceu tal direito, mas tais regras simplesmente não são aplicadas. A criação de regras que simplesmente estabelecem que o Judiciário deve ser célere, sem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes e as suas possibilidade materiais, não parece ser uma solução adequada.

Maior Transparência e Responsabilidade. Uma estratégia para fomentar o investimento em capital jurídico que não requer qualquer alteração legislativa, logo, é fácil de implementar, é aumentar substancialmente a transparência do Judiciário. Hoje não existem informações públicas disponíveis para cada magistrado acerca do número de casos sob sua responsabilidade, do tempo de julgamento de cada caso, nem de sua taxa de apelabilidade ou de reversibilidade. Essas informações são extremamente simples de serem organizadas pelos tribunais e deveriam ser disponibilizadas para o público em geral. Estudos mostram que quando é possível atribuir a morosidade de um determinado caso a um magistrado específico, os magistrados tendem a ser mais eficientes e a trabalhar mais (Neubauer, Lipetz, Luskin, & Ryan, 1981). Magistrados, cujo desempenho se torna público, sentem-se mais responsáveis e tornam-se mais eficientes (Church Jr., Carlson, Lee, & Tan, 1978; Buscaglia & Dakolias, 1996).

É de se esperar que uma vez que o desempenho individual de cada magistrado seja conhecido e de fácil monitoramento, mecanismos informais de uniformização, como a reputação, passa a funcionar, aumentando os esforços para diminuir a reversão das próprias decisões. A manutenção de um mesmo magistrado do início ao fim do caso contribui no mesmo sentido, pois facilita a atribuição do desempenho a um determinado magistrado. Nessa linha, também deveria ser reduzida a troca de juízes responsáveis pelo caso, seja do titular da vara por outro titular (titular-titular), do titular pelo juiz substituto (titular-substituto) ou do desembargador ou ministro pelo juiz convocado (titular-convocado). Essa estratégia preserva a memória do caso e facilita a atribuição de responsabilidade pelo desempenho além, claro, de privilegiar o juiz natural.

A individualização da condução do processo permite a avaliação do desempenho do magistrado. A publicação de seu desempenho gera transparência e responsabilidade (*accountability*), características fundamentais de qualquer sistema democrático. Iniciativas no sentido de aumentar a transparência do Judiciário, como o Projeto Meritíssimo (Transparência Brasil, 2012), contribuem para a redução da morosidade judicial, pois a simples exposição de estatísticas precisas e individualizadas dos magistrados aumenta a produtividade. Esse efeito foi identificado em países como Colômbia (Dakolias & Said, 1999), Guatemala (Hendrix, 2003) e Estados Unidos (Neubauer, Lipetz, Luskin, & Ryan, 1981). De todas as medidas aqui discutidas, o aumento da transparência e da

responsabilização do magistrado parece ser a de melhor custo-benefício, pois é pouco custosa de implementar e seus efeitos esperados são amplos.

Outros Incentivos. Outra vantagem da maior transparência e da mensuração do desempenho de cada magistrado é que se torna possível identificar eventuais problemas específicos de uma determinada vara ou região e adotar medidas próprias para resolvê-los. Como na administração de qualquer organização, é possível melhorar o seu desempenho a partir do conhecimento de sua realidade. O conhecimento pormenorizado do desempenho de cada magistrado abre um leque de opções.

Primeiro, o critério de promoção por mérito poderia ser alterado por resolução do CNJ para incluir expressamente o tempo médio dos julgamentos e o índice de reversibilidade. Magistrados mais produtivos e mais eficientes avançariam mais rapidamente na carreira, criando incentivos para se trabalhar mais e melhor. Segundo, para incrementar os incentivos da promoção, o salário inicial de um magistrado deveria ser substancialmente menor que o de um ministro (final de carreira) e avançar ao longo do tempo e com a promoção na carreira. Assim, seria possível inserir na estrutura de remuneração dos magistrados bônus por produtividade e qualidade (não-reversibilidade). Terceiro, mesmo a preferência para remoções poderia ser condicionada ao desempenho e à taxa de reversibilidade. Quem produz mais e melhor tem preferência para escolher a sua vara. A sistemática de trocas seria baseada em um mecanismo aberto e amplo, de conhecimento público, em que os índices de cada magistrados determinariam a sua prerrogativa de escolher primeiro.

Note-se que essas últimas reformas devem encontrar uma enorme resistência da categoria, da mesma forma que professores não querem ser medidos pelo desempenho de suas turmas. Resistências políticas a reformas que acelerem ou simplifiquem o processo podem ocorrer, como identificado no Uruguai, onde advogados resistiram a reformas simplificadoras por temor de redução de trabalho (Botero, Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, & Volokh, 2003, p. 67) ou ainda no Peru, onde advogados se opuseram à redução do custo de registro de terra para pobres, pois isso os faria competir diretamente com outros profissionais, como engenheiros e contadores (Messick, 1999). A ideia de criar uma espécie de pressão competitiva entre magistrados afronta diretamente os valores culturais da comunidade jurídica brasileira, mas tendem a incentivar um Judiciário mais célere e responsável.

O que a comunidade jurídica precisa aprender é que acesso ao Judiciário é apenas um meio, o fim último é um Estado Democrático de Direito no qual as leis sejam cumpridas e impostas aos não-cumpridores e que, portanto, as pessoas possam confiar nos contratos realizados (barganha privada) e nas leis promulgadas (barganhas públicas). O objetivo final é a construção de uma sociedade na qual as regras sejam as mesmas para todos, independentemente de raça, crença ou riqueza. Isso se aplica tanto a dar acesso aos pobres, quanto a não discriminar os ricos. Enfim, é tratar todos igualmente. Assim como ninguém quer acesso a supermercados, as pessoas querem é os produtos que estão lá dentro, ninguém quer acesso ao Judiciário, as pessoas querem é a prestação jurisdicional. Para que não restem dúvidas: ninguém quer acesso ao Judiciário, as pessoas querem acesso ao seu direito (serviço público adjudicatório). Enquanto isso não for compreendido, o futuro do Judiciário será trágico.

6 Bibliografia

- Abramovay, P., & Leal, F. (2 de 8 de 2012). A Federação e o Supremo: uma análise empírica. *IV Colóquio de Estudos Empíricos de Direito*. (C. d. (CPDE), Ed.) Rio de Janeiro, RJ, Brasil: FGV Rio.
- Acemoglu, D., & Robinson, J. A. (2006). *Economic Origins of Dictatorships and Democracy*. New York, New York, United States of America: Cambridge University.
- Alchian, A. A. (June de 1950). Uncertainty, Evolution, and Economic Theory. *The Journal of Political Economy*, 58, pp. 211-221.
- Alchian, A. A., & Demsetz, H. (Mar. de 1973). The Property Right Paradigm. *The Journal of Economic History*, 33 (1)(The Tasks of Economic History), pp. 16-27.
- Alencar, C. H., & Gico Jr., I. T. (Jan-Jun de 2011). Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, 7(1), pp. 75-98.
- Amorim Neto, O., & Tafner, P. (2002). Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, 45 (1), pp. 5-38.
- Araújo, F. (2008). *A Tragédia do Baldios e dos Anti-Baldios: o problema económico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra, Portugal: Almedina.
- Armor, D. A., & Taylor, S. E. (1998). Situated Optimism: specific outcome expectancies and self-regulation. *Advances in Experimental Social Psychology*, 30, pp. 309-379.
- Arruñada, B. (2012). *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: Theory and Policy of Contractual Registries*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press.
- Banco Mundial. (2004). *Fazendo com que a Justiça Conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, América Latina e Caribe. Banco Mundial.
- Bar-Gill, O. (8 de Oct. de 2006). The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 22(2), pp. 490-507.

- Barroso, R. M. (Abr./Maio./Jun. de 2011). Sugestões para a Crise da Pesca da Lagosta no Ceará: uma abordagem usando a Teoria dos Jogos. *Revista de Política Agrícola*, XX (2), pp. 105-118.
- Beatty, D. M. (28 de Abril de 1998). *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto, Canadá: University of Toronto Press.
- Bebchuk, L. A. (Autumn de 1984). Litigation and Settlement Under Imperfect Information. *RAND Journal of Economics*, 15 (3), pp. 404-415.
- Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76, pp. 169-217.
- Bhagwatt, A. (Outubro de 2000). Separate But Equal? The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of Judicial Power. *Boston University Law Review*, 80, pp. 967–1015.
- Bikhchandani, S., Hirshleifer, D., & Welch, I. (Oct. de 1992). A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades. *Journal of Political Economy*, 100(5), pp. 992-1026.
- Bobbio, N. (1995 [1982]). *Teoria do Ordenamento Jurídico* (6ª ed.). (M. C. Santos, Trad.) Brasília, DF, Brasil: Universidade de Brasília.
- Botero, J. C., Porta, R. L., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., & Volokh, A. (Spring de 2003). Judicial Reform. *The World Bank Research Observer*, 18 (1), pp. 61-88.
- Brent, J. (1999). An Agent and Two Principals: U.S. Courts of Appeals Responses to Employment Division, Department of Human Resources v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act. *American Politics Quarterly*, 27(2), pp. 233-266.
- Buchanan, J. M. (2000 [1975]). *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (Vol. 7). Indianapolis: Liberty Fund.
- Burg, E. M. (Verão de 1997). Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of "Scholars in Self-Estrangement". *The American Journal of Comparative Law*, 25 (3), pp. 492-530.
- Burger, J. M., & Burns, L. (1988). The illusion of unique invulnerability and the use of effective contraception. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 14, pp. 264-270.
- Buscaglia, E., & Dakolias, M. (1996). *Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador*. Washington, D.C.: World Bank.

- Buscaglia, E., & Ulen, T. (Jun. de 1997). A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America. *International Review of Law and Economics*, 17 (2), pp. 275-292.
- Buzaid, A. (1972). *Estudos de Direito*. São Paulo, SP, Brasil: Saraiva.
- Cameron, C. M. (1993). New Avenues for Modeling Judicial Politics. *Wallis Institute of Political Economy* (pp. 1-66). Rochester: Wallis Institute of Political Economy.
- Cameron, C., & Kornhauser, L. (2005). Decision Rules in a Judicial Hierarchy. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161(2), pp. 264-292.
- Cameron, C., Segal, J., & Songer, D. (2000). Strategic Auditing in a Political Hierarchy: An Informational Model of the Supreme Court's Certiorari Decision. *American Political Science Review*, 94(1), pp. 101-116.
- Caparas, E. L., & Feliciano, F. P. (1987). The Problem of Delay in the Philippine Court System. *Philippine Law Journal*, 62 , pp. 201-225.
- Cerdeira, P. C., Arguelhes, D. W., & Falcão, J. (2011). *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas , Escola de Direito e Escola de Matemática Aplicada - EMAP. Rio de Janeiro: FGV.
- Chappe, N. (2012). Demand for civil trials and court congestion. *European Journal of Law and Economics*, 33 (2), pp. 343-357.
- Cheibub, J. A., & Limongi, F. d. (2011). Legislative-executive relations. In: T. Ginsburg, & R. Dixon (Eds.), *Comparative Constitutional Law* (pp. 211-233). Cheltenham, UK: Edward Elgan.
- Church Jr., T. W., Carlson, A., Lee, J.-L., & Tan, T. (1978). *Justice Delayed: The Pace of Litigation in Urban Trial Courts*. Williamsburg, VA: National Center for State Courts.
- Ciriacy-Wantrup, S. V., & Bishop, R. C. (Oct. de 1975). "Common Property" as a Concept in Natural Resource Policy. *Natural Resources Journal*, 15, pp. 713-727.
- CJF; Centro de Estudos Judiciários. (2003). *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais* (Vol. 12). (S. d. Jurídicas, Ed.) Brasília, DF, Brasil: Conselho da Justiça Federal.
- Clark, T. S. (2009). A Principal-Agent Theory of En Banc Review. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 25(1), pp. 55-79.
- CNJ. (2009a). *Justiça em Números 2004*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.

- CNJ. (2009b). *Justiça em Números 2005: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- CNJ. (2009c). *Justiça em Números 2006: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisa Jurídica. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- CNJ. (2009d). *Justiça em Números 2007: variáveis do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisa Jurídica. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- CNJ. (2009e). *Justiça em Números 2008: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- CNJ. (2010). *Justiça em Números 2009: indicadores do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Jurídicas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- CNJ. (2011). *100 Maiores Litigantes*. Resultado de Pesquisa, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília.
- CNJ. (2011). *Justiça em Números*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Jurídicas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- Coase, R. H. (October de 1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44.
- Cohen, M. A. (Mar. de 1992). The Motives of Judges: Empirical Evidence from Antitrust Sentencing. *International Review of Law and Economics*, 12(1), pp. 13-30.
- CONJUR. (6 de Julho de 2010). Marco Aurélio vê sua homenagem como "estímulo". *Consultor Jurídico*, pp. <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>.
- Cooter, R. (Outono de 1987). Why Litigants Disagree: A Comment on George Priest's "Measuring Legal Change". *Journal of Law, Economics, & Organization*, 3 (2), pp. 227-234.
- Cooter, R. D. (1983). The Objectives of Private and Public Judges. *Public Choice*, 41 (1), pp. 107-132.
- Cooter, R. D. (Oct. de 1984). Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*, 84, pp. 1523-1560.

- Cooter, R. D., & Ginsburg, T. (Sep. de 1996). Comparative Judicial Discretion. *International Review of Law and Economics*, 16 (3), pp. 295-313.
- Cooter, R. D., & Ulen, T. S. (2010). *Direito & Economia* (5ª ed.). Porto Alegre: Bookman.
- Court, J., Hyden, G., & Mease, K. (2003). *The Judiciary and Governance in 16 Developing Countries*. United Nations, United Nations University. United Nations .
- Couture, E. (2008 [1949]). *Introdução ao Estudo do Processo Civil: discursos, ensaios e conferências* (2ª ed.). Belo Horizonte, MG, Brasil: Líder.
- Cunha, L. H. (Jan.-Dez. de 2004). Da “Tragédia dos Comuns” à Econologia Política: perspectivas analíticas para o manejo comunitário dos recursos naturais. *Raízes*, 23 (1 e 2), pp. 10-26.
- Dahlman, C. J. (1980). *The Open Field System and Beyond: A property rights analysis of an economic institution*. Cambridge University Press.
- Dakolias, M. (1996). *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform*. Washinton, D.C.: The World Bank.
- Dakolias, M. (1999). *Court Performance around the World: a comparative perspective*. Washington, D.C.: World Bank Publications.
- Dakolias, M., & Said, J. (1999). *A Process of Change Through Pilot Courts*. Washington, D.C.: The World Bank.
- Dam, K. W. (2006). *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law And Economic Development*. Brookings Institution Press.
- D'Amato, A. (1983). Legal Uncertainty. *California Law Review*, 71, pp. 1-55.
- Danzigera, S., Levavb, J., & Avnaim-Pessoa, L. (Abril de 2011). Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, 108 (17), pp. 6889-6892.
- Danzon, P. M., & Lillard, L. A. (Jun. de 1983). Settlement out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims. *The Journal of Legal Studies*, 12 (2), pp. 345-377.
- Dari-Mattiacci, G., & Deffains, B. (24 de December de 2007). Uncertainty of Law and the Legal Process. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163 (4), pp. 627-656.
- Daughety, A. F., & Reinganum, J. F. (Fall de 1999). Stampede to Judgement: persuasive influence and herding bahavior by courts. *American Law and Economics Review*, 1 (1 e 2), pp. 158-189.

- Daughety, A. F., & Reinganum, J. F. (1999). Stampede to Judgement: Persuasive Influence and Herding Behavior by Courts. *American Law and Economics Association, 1 (1/2)*, pp. 158-189.
- Daughety, A., & Reinganum, J. (2000). Appealing Judgments. *Rand Journal of Economics, 31(3)*, pp. 502–525.
- Daughety, A., & Reinganum, J. (2006). Speaking Up: A Model of Judicial Dissent and Discretionary Review. *Supreme Court Economic Review, 14(1)*, pp. 1-41.
- De Soto, H. (1987 [1986]). *Economia subterrânea: uma análise da realidade peruana*. Rio de Janeiro: Globo.
- De Soto, H. (2000). *The Mystery of Capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*. Basic Books.
- Dixit, A. K. (2007). *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance* (1^a ed.). Princeton: Princeton University Press.
- Easterly, W. (2002 [2001]). *The Elusive Quest for Growth: Economists' Adventures and Misadventures in the Tropics*. Cambridge: MIT Press.
- Ehrlich, I., & Posner, R. A. (Janeiro de 1974). An Economic Analysis of Legal Rulemaking. *The Journal of Legal Studies, 3 (1)*, pp. 257-286.
- Ellickson, R. C. (1991). *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Epstein, L., Martin, A., Segal, J., & Westerland, C. (2007). The Judicial Common Space. *Journal of Law, Economics, and Organization, 23(2)*, pp. 303–325.
- Euzébio, G. L. (20 de 3 de 2012). *DPJ traçará diagnóstico dos Juizados Especiais*. (A. C. Notícias, Editor) Acesso em 12 de 8 de 2012, disponível em CNJ: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18646:dpj-tracara-diagnostico-dos-juizados-especiais>
- Figueira Junior, J. D., & Lopes, M. A. (1997). *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais* (2^a ed. rev. ed.). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.
- Figueiredo, A. C., & Limongi, F. D. (2001). *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional* (2^a ed.). Rio de Janeiro: FGV.
- Fon, V., & Parisi, F. (2006). Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics, 26*, pp. 519-535.
- Gico Jr., I. T. (2006). *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo, SP, Brasil: Lex Editora.

- Gico Jr., I. T. (Jan.-Jun. de 2010). Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. (I. T. Gico Jr., Ed.) *Economic Analysis of Law Review*, 1(1), pp. 7-33.
- Gico Jr., I. T., & Maciel Neto, A. d. (2010). Definição de Direito de Propriedade no Direito e na Economia. Belo Horizonte: Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE; Faculdade Milton Campos; Universidade Católica de Brasília.
- Gomes, L. F. (1997). *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Gordon, H. S. (April de 1954). The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery. *The Journal of Political Economy*, 62 (2), pp. 124-142.
- Gould, J. P. (Junho de 1973). The Economics of Legal Conflicts. *The Journal of Legal Studies*, 2 (2), pp. 279-300.
- Greif, A. (2006). *Institutions and the Path to the Modern Economy: lessons from medieval trade*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Greif, A., & Latin, D. D. (Nov. de 2004). A Theory of Endogenous Institutional Change. *American Political Science Review*, 98 (4), pp. 633-652.
- Hardin, G. (13 de Dez. de 1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162, nº 3.859, pp. 1.243-1.248.
- Harnay, S., & Marciano, A. (2007). Intellectual Property Rights and Judge-Made Law: An Economic Analysis of the Production and Diffusion of Precedent. In: D. Porrini, & G. B. Ramello (Eds.), *Property Rights Dynamics in Third Millenium: A Law and Economics Perspective* (pp. 198-218). Oxon, UK: Routledge.
- Hazra, A. K., & Micevska, M. B. (2004). *The Problem of Court Congestion: Evidence from Indian Lower Courts* (Vols. Volume 88 de ZEF - discussion papers on development policy). Bonn, Germany: Zentrum für Entwicklungsforschung.
- Hendrix, S. E. (29 de Mar. de 2003). Guatemalan "Justice Centers": the centerpiece for advancing transparency, efficiency, due process, and access to justice. *American University International Law Review*, 15 (4), pp. 813-866.
- Hodgson, G. M. (March de 2006). What Are Institutions? *Journal of Economic Issues*, XL (1), pp. 1-22.
- Ihering, R. V. (2003 [1872]). *A Luta pelo Direito*. São Paulo, SP, Brasil: Martin Claret.

- Jaloretto, M. F., & Mueller, B. P. (Junho de 2011). O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. *Economic Analysis of Law Review*, 2 (1), pp. 170-187.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (Abril de 1984). Choices, Values, and Frames. *American Psychologist*, 39 (4), pp. 341-350.
- Kaplow, L. (Dezembro de 1992). Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, 42 (3), pp. 557-629.
- Kelsen, H. (1998 [1960]). *Teoria Pura do Direito* (6ª ed.). (J. B. Machado, Trad.) São Paulo: Martins Forense.
- Knight, F. H. (1921). *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston, New York, EUA: Houghton Mifflin Company.
- Kornhauser, L. A. (1995). Adjudication by a Resource-Constrained Team: Hierarchy and Precedent in a Judicial System. *Southern California Law Review*, 68(6), pp. 1605–1629.
- Kornhauser, L. A. (1999a). Judicial Organization and Administration. In: B. Bouckaert, & G. D. Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law & Economics* (pp. 27-44). Ghent: Edward Elgar; University of Ghent.
- Kornhauser, L. A. (1999b). Appeal and Supreme Courts. In: B. Bouckaert, & G. D. Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law & Economics* (pp. 45-62). Ghent: Edward Elgar; University of Ghent.
- Laband, D. N. (August de 2002). Tragedy in the Judicial Commons: The U.S. Supreme Court Has Granted Legal Standing to Those with Unproven Harm. *The Freeman: Ideas on Liberty*, 52 (8), pp. 38-39.
- LaFountain, R., Schaffler, R., Strickland, S., Gibson, S., & Mason, A. (2011). *Examining the Work of State Courts: An Analysis of 2009 State Court Caseloads*. National Center for State Courts.
- Landes, W. M. (Abril de 1971). An Economic Analysis of the Courts. *Journal of Law and Economics*, 14 (1), pp. 61-107.
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (Agosto de 1976). Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *NBER Working Paper Series*, pp. 1-69.
- Law, D. S. (Jun. de 2009). The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. *Texas Law Review*, 87(7), pp. 1.545-1593.
- Maitra, P., & Smyth, R. (2004). Judicial Independence, Judicial Promotion and the Enforcement of Legislative Wealth Transfers—An Empirical Study of the New

- Zealand High Court. *European Journal of Law and Economics*, 17(2), pp. 209-235.
- Marchesi, D. (Nov. de 2007). The Rule Incentives that Rule Civil Justice. *ISAE Working Papers*, 85, pp. 1-36.
- Marshack, J., & Radner, R. (1972). *Economic Theory of Teams*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.
- McCubbins, M. D., & Schwartz, T. (Fev. de 1984). Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, 28(1), pp. 165-179.
- McGonigle, R. (Julho de 2002). The Role of Precedents in Mixed Jurisdictions: A Comparative Analysis of Louisiana and the Philippines. *Electronic Journal of Comparative Law*, 6(2), p. [n/d].
- McKenna, F. P., Stanier, R. A., & Lewis, C. (Feb. de 1991). Factors underlying illusory self-assessment of driving skill in males and females. *Accident Analysis & Prevention*, 23 (1), pp. 45-52.
- Mello, M. T., & Esteves, H. L. (s.d.). *Direito e Economia na noção de 'direitos de propriedade'*. Acesso em 25 de 8 de 2012, disponível em UFRJ Seminários em Economia: <http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto1111.pdf>
- Messick, R. E. (Fev. de 1999). Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues. *The World Bank Research Observer*, 14 (1), pp. 117-136.
- Miceli, T. J., & Cosgel, M. M. (Jan. de 1994). Reputation and Judicial Decision Making. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 23(1), pp. 31-51.
- Miranda, A. (22 de Maio de 2012). *Casamento gay: uma união ainda difícil no Rio*. Fonte: O Globo: <http://oglobo.globo.com/rio/casamento-gay-uma-uniao-ainda-dificil-no-rio-4976208>
- MJ. (2004). *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça.
- MJ. (24 de 8 de 2012). *Acesso à Justiça*. Fonte: Reforma do Judiciário: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMID640776D801FE4982BE545F62739DB986PTBRNN.htm>
- Neubauer, D. W. (1981). *Managing the pace of justice: an evaluation of LEAA's court delay-reduction program*. Washington: U.S. Dept. of Justice, National Institute of Justice.

- Neubauer, D. W., Lipetz, M. J., Luskin, M. L., & Ryan, J. P. (1981). *Managing the Pace of Justice: an evaluation of LEAA's court delay-reduction programs*. U.S. Department of Justice, National Institute of Justice. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice.
- North, D. C. (June de 1994). Economic Performance Through Time. *The American Economic Review*, 84 (3), pp. 359-368.
- North, D. C. (2007 [1990]). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York, NY, EUA: Cambridge University Press.
- North, D. C. (2005). *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press.
- North, D. C., Wallis, J. J., & Weingast, B. R. (2009). *Violence and Social Orders: A conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge University Press.
- OAB. (26 de 8 de 2012). *Institucional / Quadros de Advogados*. Fonte: OAB Conselho Federal: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>
- Oliveira, R. D. (9 de fevereiro de 2011). *Acórdão nº 480791*. Fonte: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/480481/480791.doc>
- Olson, M. (1971 [1965]). *The Logic of Collective Action: public goods and the theory of groups*. Cambridge, Cambridge: Harvard University Press.
- Olson, M. (1982). *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*. Yale University Press.
- Olson, M. (2000). *Power and Prosperity: Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*. Oxford University Press.
- Ostrom, E. (2006 [1990]). *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- Ostrom, E. (2006 [1990]). *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge,, U.K.: Cambridge University Press.
- Ostrom, E. (2009). Design Principles of Robust Property-Rights Institutions: what have we learned? In: K. G. Ingram, & Y.-H. Hong (Eds.), *Property Rights and Land Policies*. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy.
- Ostrom, E., & Hess, C. (Winter & Spring de 2003). Ideas, Artifacts, and Facilities: information as a common-pool resource. *Law and Contemporary Problems*, 66 (1 e 2), pp. 111-146.

- Ostrom, E., & Schlager, E. (August de 1992). Property-Rights Regimes and Natural Resources: a conceptual analysis. *Land Economics*, 68 (3), pp. 249-262.
- Ostrom, V., & Ostrom, E. (1999 [1977]). Public Goods and Public Choices. In: M. D. McGinnis (Ed.), *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis* (Vol. 2, pp. 75-103). University of Michigan Pres.
- Pedrete, L. d. (1º de Jan. de 2006). Perfil da Magistratura no Brasil: 1995 –2005. *Boletim CEDES*, 1-7. Fonte: <http://www.soc.puc-rio.br/cedes/banco%20artigos/Judici%Elrio%20e%20rela%E7%F5es%20entre%20Poderes/magistratura.pdf>
- Pereira, C., & Mueller, B. P. (2004). The Cost of Governing: Strategic Behavior of the President and Legislators in Brazil's Budgetary Process. *Comparative Political Studies*, 37 (7), pp. 781-815.
- Pereira, C., Singh, S., & Mueller, B. P. (2010). Political Institutions, Policymaking, and Policy Stability in Latin America. *Latin America Politics and Society*, 52, pp. 1-24.
- Pinheiro, A. C. (1996). *Judicial system performance and economic development*. Rio de Janeiro: BNDES.
- Pinheiro, A. C. (1996). *Judicial System Performance and Economic Development*. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: BNDES.
- Posner, R. A. (Junho de 1973). An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, 2 (2), pp. 399-458.
- Posner, R. A. (1993). What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, 3, pp. 1-41.
- Posner, R. A. (2007). *Economic Analysis of Law* (7th ed.). New York, N.Y., EUA: Aspen Publishers.
- Priest, G. L. (Outono de 1987). Measuring Legal Change. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 3 (2), pp. 193-225.
- Priest, G. L. (1989). Private Litigants and the Court Congestion Problem. *Boston University Law Review*, 69 (2), pp. 527-559.
- PUCRS. (2011). *Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil - Relatório Final Ajustado*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

- Ramseyer, J. M., & Rasmusen, E. B. (2006). The Case for Managed Judges: Learning from Japan after the Political Upheaval of 1993. *University of Pennsylvania Law Review*, 154, pp. 1879-1930.
- Reinganum, J. F., & Wilde, L. L. (Winter de 1986). Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs. *The RAND Journal of Economics*, 17 (4), pp. 557-566.
- Rezende, C. L. (2008). *Pacta sunt servanda? Quebra dos Contratos de Soja Verde*. Universidade de São Paulo - USP, Departamento de Administração. São Paulo: USP.
- Rezende, C. L., & Zylbersztajn, D. (Jan-Jun de 2011). Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. (F. SP, Ed.) *Revista Direito GV*, 7(1), pp. 155-176.
- Ribeiro, L. M. (Jul.-Dez. de 2008). A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista Direito GV*, 4(2), pp. 465-491.
- Ross, H. L. (1980). *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment* (Revised 2nd ed.). Hawthorne, N.Y., EUA: Aldine Publishing.
- Sadek, M. T. (Maio de 2004). Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. *Opinião Pública*, X (1), pp. 1-62.
- Sadek, M. T., & Arantes, R. B. (mar./mai de 1994). A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes. *Revista USP*, 21, pp. 34-45.
- Sato, J.-i. (2008). Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 41(2), p. 603.
- Schmitt, C. (1996 [1982]). *Teoría de La Constitución*. (F. Ayala, Trad.) Madrid, Espanha: Alianza Universidad Textos.
- Schneider, M. (2002). *Judicial Lawmaking in a Civil Law System: Evidence from German Labor Courts of Appeal*. Institute of Labour Law and Industrial Relations in the European Community (IAAEG). IAAEG.
- Schneider, M. R. (2005). Judicial Career Incentives and Court Performance: An Empirical Study of the German Labour Courts of Appeal. *European Journal of Law and Economics*, 20(2), pp. 127-144.
- Scott, A. (Apr. de 1955). The Fishery: The Objectives of Sole Ownership. *Journal of Political Economy*, 63 (2), pp. 116-124.
- Secretaria de Reforma do Judiciário. (2005). *Juizados Especiais Cíveis: estudo*. Brasília, DF, Brasília: Ministério da Justiça.

- Senado Federal. (2010). *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Congresso Nacional, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal.
- Shavell, S. (Jun. de 1995). The Appeals Process as a Means of Error Correction. *The Journal of Legal Studies*, 24(2), pp. 379-426.
- Shavell, S. (June de 1997). The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. *Journal of Legal Studies*, XXXVI, pp. 575-516.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University.
- Sherwood, R. M. (2004). Judicial Performance: Its Economic Impact in Seven Countries. *8th Annual Conference of the International Society for New Institutional Economics*. Tucson: ISNIE.
- Sherwood, R. M., Shepherd, G., & Souza, C. M. (Verão de 1994). Judicial systems and economic performance. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 34 (Supplement 1), pp. 101-116.
- Silva, F. C. (5 de Julho de 2011). Conciliação Cível em Primeira Instância em São Paulo: Perspectiva da Análise Econômica do Direito. (I. T. Junior, Ed.) *Economic Analysis of Law Review*, 2 (1), pp. 65-94.
- Sjaastada, E., & Cousinsb, B. (Jan. de 2009). Formalisation of landrights in the South: An overview. *Land Use Policy*, 26 (1), pp. 1-9.
- Smyth, R. (Summer de 2005). Do Judges behave as Homo Economicus, and if so, Can We Measure Their Performance? An atipodean perspective on a tournament of judge. *Florida State University Law Review*, 32(4), pp. 1.299-1.330.
- Sobrinho, N. C. (1980). *O Advogado e a Crise da Administração da Justiça*. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: Ordem dos Advogados do Brasil.
- Staats, J. L., Bowler, S., & Hiskey, J. T. (19 de Dez. de 2008). Measuring Judicial Performance in Latin America. *Latin American Politics and Society*, 47 (4), pp. 77-106.
- Stepan, A. (Spring de 2000). Brazil's Decentralized Federalism: Bringing Government Closer to the Citizens? *Daedalus*, 129 (2), pp. 145-169.
- STF. (26 de 8 de 2012). *Glossário Jurídico*. Fonte: Supremo Tribunal Federal : <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>

- STJ. (20 de 8 de 2012). *Ministros alertam deputados: sem tratar de causas coletivas, novo CPC não resolverá lentidão judicial*. Acesso em 25 de 8 de 2012, disponível em STJ - O Tribunal da Cidadania: http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=106724
- Talley, E. (1999-2000). Precedential Cascades: an appraisal. *Southern California Law Review*, 73, pp. 87-137.
- Taylor, M. M. (2007). O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, 50 (2), pp. 229-257.
- The Economist. (26 de Mar. de 2009). Judgment days: The little-known judges on Germany's Constitutional Court exert real influence, not only at home but also abroad. *The Economist*, 59.
- Transparência Brasil. (13 de agosto de 2012). Fonte: Projeto Meretíssimo: desempenho dos ministros do stf: <http://www.meritissimos.org.br/stf/index.php>
- United Nations. (2004). *World Population to 2300*. United Nations, Department of Economic and Social Affairs. New York: United Nations.
- Weber, M. (1999 [1920]). *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* (Vol. 2). (R. Barbosa, & K. E. Barbosa, Trans.) Brasília, DF, Brasil: Universidade de Brasília.
- Westerland, C., Segal, J. A., Epstein, L., Cameron, C. M., & Comparato, S. (Oct. de 2010). Strategic Defiance and Compliance in the U.S. Courts of Appeals. *American Journal of Political Science*, 54 (4), pp. 891-905.
- Westerland, C., Segal, J. A., Epstein, L., Comparato, S., & Cameron, C. M. (2006). Lower Court Defiance of (Compliance with) the U.S. Supreme Court. *2006 Annual Meeting of the Midwest Political Science Association* (pp. 1-21). Chicago: Midwest Political Science Association.
- Williamson, O. E. (1983 [1975]). *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications – A study in the Economics of Internal Organization*. New York: Free Press.
- Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism – firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press.
- Williamson, O. E. (1999). *The Mechanisms of Governance*. USA: Oxford University Press.
- Woodruff, C. (Dec. de 2001). Review of de Soto's "The Mystery of Capital". *Journal of Economic Literature*, pp. 1215-1223.

- World Bank. (2001). *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*. Washington, DC: Oxford University Press.
- Yeung, L. L.-T., & Azevedo, P. F. (2011). Measuring efficiency of Brazilian courts with data envelopment analysis (DEA). *IMA Journal of Management Mathematics*, 22, pp. 343-356.
- Yeung, L. L.-T., & Ferrante, M. P. (Jan-Jul de 2012). Tendências de Decisões do TJSP sobre Quebras de Contratos Privados. (I. T. Junior, & G. Geraldino, Eds.) *Economic Analysis of Law Review*, 3(1), pp. 148-169.
- Yeung, L. L.-T., Carvalho, C. E., & Silva, A. L. (2012). A Insegurança Jurídica também é do Devedor: Seleção Adversa e Custo do Crédito no Brasil. In: M. L. Lima (Ed.), *Direito e Economia - 30 anos de Brasil* (Vol. 2, pp. 23-45). São Paulo, SP, Brasil: Saraiva.
- Zuckerman, A. A. (1999). Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure. In: A. A. Zuckerman, & A. A. Zuckerman (Ed.), *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (p. 496). Oxford: Oxford University Press.
- Zylbersztajn, D. (2006). Costs, Transactions and Transactions Costs: are there simple answers for complex questions? *Série de Working Papers*, 1-9. São Paulo, SP: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade.