



Ivo T. Gico Jr.

Ph.D. em Economia (UnB), Doutor em Direito (USP), Mestre com honra máxima (*James Kent Scholar*) pela *Columbia Law School*, Nova York e Especialista em Processo Civil (IBEP/IBDP). É advogado atuante, árbitro e professor de Análise Econômica do Direito, Regulação, Concorrência e Contratos no UnICEUB, em Brasília, além de ser membro-fundador e ex-presidente da Associação Brasileira de Direito & Economia — ABDE. Nas horas vagas, entre um caso e outro, compõe e toca jazz.

Ivo T. Gico Jr.

Ph.D. em Economia (UnB), Doutor em Direito (USP)
Mestre com honra máxima (*James Kent Scholar* – Columbia University)
Especialista em Processo Civil (IBEP/IBDP)
Professor e Advogado

ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL

2020 © Editora Foco
Autor: Ivo Teixeira Gico Junior
Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira
Editora: Roberta Densa
Assistente Editorial: Paula Morishita
Revisora Sênior: Georgia Renata Dias
Revisora: Márcia Lígia Guidin
Projeto gráfico e infografia: Tiago Taborda
Capa Criação: Leonardo Hermano
Diagramação: Ladislau Lima
Impressão miolo e capa: FORMA CERTA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Odílio Hilario Moreira Junior – CRB-8/9949

C452a

Gico Junior, Ivo Teixeira

Análise Econômica do Processo Civil / Ivo Teixeira Gico Junior. - Indaiatuba, SP :
Editora Foco, 2020.

272 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-5515-100-8

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Processo Civil. I. Título.

2020-1409

CDD 347

CDU 347

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito civil 347 2. Direito civil 347

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (julho/2020) – Data de Fechamento (julho/2020)

2020

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal
CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

Para meus filhos e enteados,

*Gabriel “Banguela” Lanius, mais conhecido
como Roberto;*

Ivo “Gigante” Neto, que um dia foi Buda;

Sofia “Princesa” Gico, que me trouxe sabedoria;

*Henrique “Monstro do Pântano” Lanius, que já
não abraça (sempre) de costas; e*

*para Danielle “Zitiras” Lanius, por me mostrar
a alocação mais eficiente do meu afeto!*

3

Princípios do Processo Civil

3.1 O Princípio da Eficiência

A eficiência é um valor jurídico a ser perseguido. Assim comanda a Constituição Federal, quando estabelece que a Administração Pública, em todos os seus níveis, inclusive estaduais e municipais, obedecerá ao Princípio da Eficiência: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. O comando constitucional de busca pela eficiência ainda aparece outras vezes no texto constitucional, por exemplo, quando estabelece a eficiência como finalidade a ser perseguida pelos órgãos de controle interno dos Poderes¹¹⁰; como critério para que o juiz se faça presente pessoalmente em litígios envolvendo questões agrárias¹¹¹; como critério para organização e funcionamento dos órgãos de segurança pública¹¹²; e como critério para o exercício da segurança viária¹¹³.

De início, alguém poderia supor que a busca pela eficiência na Administração Pública é algo moderno, recente, mas isso não é verdade. Após extenso e inédito levantamento da origem histórica da busca pela eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, Danielle Lanius¹¹⁴ concluiu que, embora as primeiras referências expressas ao termo “eficiência” só surgiram no ordenamento jurídico pátrio no século XIX¹¹⁵, a exigência de eficiência na Administração Pública existiu em toda a história administrativa brasileira. Nesse sentido, há inúmeras iniciativas administrativas e legislativas orientadas ao uso racional dos recursos disponíveis e à busca por aperfeiçoamento dos processos produtivos com o objetivo de obter maior estabilidade, produtividade e desempenho desde a época do Brasil Colônia em sua origem¹¹⁶, depois sob o governo do Marquês de Pombal e, ainda, com a vinda da Família Real para o Brasil.

110. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

111. Art. 126. [...] Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

112. Art. 144 [...] § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

113. Art. 144 [...] § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:
I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; [...].

114. Cf. Lanius (2018, pp. 60-68).

115. De acordo com Lanius, o termo “eficiência” aparece pela primeira vez na legislação brasileira no Decreto de 27 de novembro de 1812, editado para instituir uma cobrança tributária sobre herança e legados mais eficiente, na medida em que a tornava independente da vontade do contribuinte. Cf. Lanius (2018, p. 22). Simultaneamente, o príncipe regente encomendava um estudo para a reorganização político-administrativa do Reino Unido, que continha elementos de aprimoramento da eficiência da administração pública para evitar a radicalização de movimentos contrários à monarquia absoluta. Cf. Souza (2009).

116. Cf. Prado Jr. (2004 [1945]), Salgado (1985), Wehling e Wehling (1994), Abreu (1998), Costa (2008) e Queiroz (2008).

44

Nessa linha, já havia uma preocupação da Coroa Portuguesa com uma administração eficiente da atividade extrativista no Brasil, tais como normas para combater o contrabando e o corte indiscriminado de árvores¹¹⁷, para combater o abuso de benefícios fiscais concedidos pela Coroa Portuguesa a engenhos de açúcar¹¹⁸, para controlar a qualidade do açúcar, dentre uma série de outras. Com a ascensão do Marquês de Pombal, passou-se a uma preocupação mais sistemática com o planejamento administrativo¹¹⁹, objetivando tornar a exploração colonial mais eficiente¹²⁰, que foi acentuada após o declínio do extrativismo de metal¹²¹.

Lanius¹²² chama a atenção para a edição do Alvará de 30 de janeiro de 1802, em razão do foco explícito que é dado para a eficiência administrativa na administração das minas, principalmente com relação à logística da extração de metais. No preâmbulo desse alvará, o príncipe regente manifesta sua preocupação com o estado de abandono das minas e reconhece que foi causado pela não instituição de uma administração eficiente. Para responder a esses problemas, o Alvará das Minas cria uma série de cargos administrativos voltados à fiscalização das atividades extrativas, à conservação das minas e fundições, ao levantamento de terrenos e vegetação, bem como a uma rigorosa contabilidade. Além disso, há uma preocupação explícita com a competência técnica dos funcionários contratados para essas tarefas, bem como penalidades em caso de descumprimento de funções ou contrabando dos gêneros extraídos. Ao ler o Alvará de 1802, é inevitável traçar um paralelo direto com o comando constitucional de busca pela eficiência na Administração Pública e o replicado no art. 37 da Constituição Federal de 1988, quase trezentos anos depois.

Como o comando do art. 37 de busca pela eficiência se estende aos três Poderes, não existe qualquer dúvida de que a Constituição Federal comanda que o Judiciário seja eficiente e busque a eficiência no desempenho de seu mister, ou seja, a Constituição Federal literalmente ordena que o Judiciário paute a sua atuação pela eficiência¹²³. Considerando que o Judiciário integra a Administração Pública e sua função social

45

é “resolver disputas aplicando as regras jurídicas”¹²⁴, então, devemos concluir que ele deve ser estruturado, organizado e administrado de maneira tal que os recursos disponíveis (juizes, auxiliares, orçamento, estrutura física, competências etc.) sejam direcionados/orientados à maximização da solução de conflitos pela adjudicação de direitos.

Aliás, essa parece ter sido a linha seguida pelo constituinte derivado ao editar a EC nº 45/04 (Emenda da Reforma do Judiciário), a qual promoveu importantes alterações na estrutura do Poder Judiciário como um todo, além de incluir no rol de direitos fundamentais do art. 5º da CF/88 o direito a um processo célere, de duração razoável, com o seguinte texto: “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”. A exposição de motivos da EC nº 45/04¹²⁵ deixa claro que o seu objetivo é justamente realizar uma ampla reforma do Poder Judiciário¹²⁶, de maneira que a “administração da Justiça” se torne mais eficiente por ser um problema que “a todos interessa”, concluindo que: “As proposições sugeridas servem, portanto, quando mais não seja, como tema de um debate fecundo sobre uma nova organização da justiça no Brasil”.

Sendo este um livro de Direito Processual e dado que o Princípio da Eficiência se aplica integralmente ao Poder Judiciário, podemos organizar suas implicações em duas categorias: as **endoprocessuais** e as **exoprocessuais**¹²⁷. Quando discutimos a organização e a administração do Poder Judiciário enquanto Administração Pública, estamos preocupados com a sua organização em si, com sua estrutura e gestão (macrogestão). Assim, por exemplo, discussões acerca da criação de uma ou duas varas sobre o mesmo tema, a criação de varas especializadas, quantos assessores cada juiz deve ter, se os cartórios devem ser unificados ou separados são todas questões de organização judiciária que afetam substancialmente o desempenho do Judiciário no provimento do serviço público adjudicatório e, portanto, sua eficiência. A avaliação e a adequação da estrutura administrativa/organizacional do Poder Judiciário e seus reflexos na produtividade dos juizes são preocupações relevantes para o processo judicial, à medida que uma estrutura adequada (eficien-

117. Cf. Souza (1978, p. 81).

118. Cf. Azevedo (N/D, p. 145).

119. Cf. Wehling e Wehling (1994, p. 304).

120. Cf. Andrade (1999, p. 53).

121. Cf. Salgado (1985, p. 61).

122. Cf. Lanius (2018, pp. 17-19).

123. Apesar de a busca pela eficiência claramente gerar bem-estar social, há aqueles que, por razões ideológicas, se insurgem contra o comando constitucional, como Pereira Junior (1999, p. 44); Gabardo (2002, p. 17); Coutinho (2003, p. 54); Marcellino Jr. (2009), sendo que este efetivamente conclama à resistência contra o texto constitucional (2009, pp. 36, 182 e 202); Staffen e Bodnar (2010, p. 15); Rosa (2011, p. 134), que chega ao ponto de chamar o comando constitucional de “canalha ‘eficiência’” [sic] (2011, p. 135); Camargo (2014, p. 166); e Ferreira (2015, p. 91). Todavia, nenhum deles explica por que seria socialmente desejável ter uma Administração Pública ou um Judiciário ineficiente.

124. “O Judiciário é uma tecnologia institucional desenvolvida ao longo de milhares de anos de experimentação humana com um único propósito: resolver disputas aplicando as regras jurídicas. Há debate sobre o fato de o sistema adjudicatório, também se prestar a outras funções, como o controle social (aplicação local de regras formuladas por um governo central) ou a criação das próprias regras. No entanto, na minha opinião, a função de controle social não é uma característica própria dos tribunais em si, mas sim do sistema jurídico como um todo – do qual os tribunais são apenas um elemento – e a ideia de controle social está embutida na condição ‘aplicando as regras jurídicas’” Gico Jr. (2019, p. 14). No mesmo sentido, Gico Jr. (2013).

125. Cf. Câmara dos Deputados (2004, p. n/d).

126. Para críticas a respeito do modelo adotado para a reforma do Judiciário promovida pela EC nº 45/04, cf. Moreira (2004).

127. A doutrina já havia reconhecido que o princípio da eficiência repercutiria nessas duas dimensões: (a) administração judiciária e (b) gestão de um determinado processo, como, por exemplo, em Didier Jr. (2013, p. 434).

46 te) permitirá que mais processos sejam julgados e, assim, que mais conflitos sejam resolvidos e direitos adjudicados.

No entanto, essas preocupações organizacionais e estruturais são exógenas ao processo judicial, ou seja, são preocupações organizacionais que não se prestam a endereçar problemas inerentes ao processo judicial individualmente considerado. Não são preocupações com a gestão individual do processo pelo magistrado (microgestão). A condução do processo pelo juiz se insere na estrutura do Poder Judiciário e por ela é influenciada, mas as regras que organizam e estruturam a condução do processo individual são as regras de Direito Processual, que precisam ser interpretadas e aplicadas também de forma eficiente. Quando estamos preocupados com a interpretação e aplicação eficiente das regras de Direito Processual na condução de um processo, estamos preocupados com questões endoprocessuais.

Assim, por exemplo, o número de assessores de cada gabinete e a união ou não dos cartórios claramente têm impacto sobre a eficiência judicial, mas são decididos e organizados pelo Poder Judiciário (macrogestão). Já a decisão de: (i) limitar ou não o número de litigantes que figurarão em litisconsórcio facultativo (art. 113, §1º, do CPC¹²⁸); (ii) majorar ou não os honorários sucumbenciais recursais em determinado caso (art. 85, §11, do CPC¹²⁹); (iii) inverter ou não o ônus da prova (art. 373, §§1º e 2º, do CPC¹³⁰); (iv) ou, ainda, designar ou não audiência de instrução e julgamento após a decisão saneadora (art. 357, V, do CPC¹³¹) são questões de gestão interna do processo, regidas pelas regras de Direito Processual, de competência do juiz encarregado e, portanto, são questões endoprocessuais. Considerando que o presente livro é sobre Direito Processual, nosso foco prioritário, a partir de agora, será a discussão de questões endoprocessuais, ainda que não exclusivamente.

128. Art. 113. [...] § 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

129. Art. 85. [...] § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

130. Art. 373. [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

131. Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

3.1.1 O Princípio da Eficiência Processual¹³²

A busca pela eficiência no âmbito processual é tão importante que o próprio Código de Processo Civil de 2015 foi concebido no intuito de trazer mais eficiência à prestação do serviço público adjudicatório e, assim, resolver mais conflitos sociais mediante a adjudicação de direitos. De acordo com a exposição de motivos do CPC, as alterações e as inovações promovidas pelo CPC tiveram o objetivo expresso de tornar o processo judicial mais eficiente¹³³: "Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência. [...] O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa".

Note que, conforme se discute na Seção 2.3 e se pode inferir da exposição de motivos do CPC, a expectativa do legislador é que uma redução nos custos de administração do sistema judicial com a simplificação processual permitirá ao juiz centrar suas atenções em sua atividade fim, qual seja, a resolução de conflito aplicando as regras jurídicas (adjudicação). Como se vê, o que o legislador entendeu ser eficiente no CPC/73 foi mantido, e o que entendeu que poderia ser aprimorado foi alterado pelo novo CPC. Nesse sentido, pode-se dizer que a razão de ser do novo Código, ou seja, a pedra de toque que o inspirou, foi a necessidade de tornar o processo civil mais eficiente. A *mens legislatoris* é inequívoca, portanto, no sentido de afirmar que a eficiência é um dos vetores lógicos e interpretativos de todo o sistema processual¹³⁴.

Não obstante, o legislador não se satisfaz apenas com a simplificação do Direito Processual (redução dos custos de administração) e a provável produtividade decorrente. Ele foi mais longe, criando um dever legal específico para o magistrado ser eficiente no exercício da magistratura, *i.e.*, o legislador criou expressamente a obrigação de o juiz ser eficiente, tanto na interpretação do Direito Processual, quanto na aplicação do direito material e na condução do próprio processo: "Art. 8º *Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum,*

132. O princípio da eficiência processual não é um princípio diferente do princípio da eficiência, mas apenas sua aplicação ao contexto específico do Direito Processual.

133. Senado Federal (2010, pp. 22-23).

134. Alguns doutrinadores preferem o uso do termo *postulado*, dado que a regra a comandar que o Judiciário e o magistrado sejam eficientes se aplicaria a outras normas jurídicas, cf. Ávila (2005). No entanto, preferimos a utilização do termo *princípio*, pois entendemos que o comando legal é regra de conduta que se aplica ao juiz enquanto agente do Estado.

48 resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e *observando* a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a *eficiência*".

Nesse sentido, o CPC determinou que o magistrado fosse eficiente não apenas na gestão do processo em si, mas também no resultado da aplicação das regras jurídicas na resolução dos conflitos. A positivação do dever de eficiência pelo magistrado no CPC pode ser interpretada como uma especificação do dever genérico de eficiência do art. 37 da Constituição Federal para deixar claro que a busca pela eficiência no âmbito judicial é uma obrigação não apenas exprocessual e, portanto, do Poder Judiciário como um todo (enquanto organização), mas também uma obrigação legal do próprio juiz individual na prestação do serviço público adjudicatório, *i.e.*, no exercício da magistratura. Assim, o art. 8º do CPC criou uma obrigação legal para o magistrado¹³⁵, agente do Estado, que deve informar todo e qualquer ato por ele praticado, inclusive eventuais interpretações adotadas. De acordo com o CPC, o juiz tem a obrigação legal de ser eficiente no exercício da magistratura e, mais do que isso, de garantir que o resultado de sua atividade adjudicatória seja eficiente. Mas o que significa ser eficiente?

3.1.2 O Conceito de Eficiência: eficiência produtiva e alocativa

Há uma enorme literatura discutindo a definição de eficiência¹³⁶ e suas implicações morais e éticas. No entanto, conforme já disse antes¹³⁷: "Uma das razões pelas quais a doutrina jurídica tem encontrado dificuldades em lidar com o conceito de eficiência é que ele é plurissignificativo, *i.e.*, não existe um único tipo ou conceito de eficiência, mas vários. Cada conceito tem sua utilidade, contexto e limitações próprios e tais conceitos são utilizados nas mais diversas áreas do conhecimento humano". Como a discussão da eficiência das regras de Direito Processual permearão todo o resto do livro, apresento a seguir os principais conceitos de eficiência e seus critérios de aferição.

Em geral, a eficiência é alcançada quando se maximiza o bem-estar social ou o bem-estar do agente ou grupo de agentes considerado, ou seja, o aumento da eficiência significa um aumento do bem-estar do grupo analisado. Em uma democracia competitiva, espera-se que, na média, as políticas públicas e as regras jurídicas tenham por objeto justamente o aumento do bem-estar social e, portanto, as políticas e o direito

estejam indissociados do conceito de eficiência, como previsto na Constituição. Nesse sentido, pode-se discutir eficiência em dois aspectos: eficiência produtiva e eficiência alocativa¹³⁸. Começamos pela primeira.

Do ponto de vista conceitual, a **eficiência produtiva** é a mais fácil de ser definida, pois para que um processo ou entidade sejam considerados produtivamente eficientes, basta que o bem ou o serviço seja produzido ao menor custo possível. Se não for possível manter o nível de produção diminuindo o custo ou aumentar a produção mantendo o custo, então estaremos em um nível eficiente de produção. Assim como nas demais ciências, a eficiência produtiva pode ser considerada uma medida de quanto dos insumos é convertido no produto, ambos medidos pelo seu preço¹³⁹. A eficiência produtiva é justamente a taxa de conversão do insumo em produto¹⁴⁰.

Se a eficiência produtiva for entendida dessa forma, é possível relacioná-la a dois conceitos comumente utilizados pela jurisprudência e doutrina jurídicas, mas sem especificação de seu conteúdo, quais sejam, produtividade e economicidade. Pode-se entender **produtividade** como produzir mais com a mesma quantidade de recursos e **economicidade** como produzir o mesmo com menos recursos, e esses seriam os dois elementos indissociáveis da eficiência produtiva. Assim, quando se discute a produtividade de uma determinada unidade de análise (*e.g.* de um magistrado), assume-se normalmente que a quantidade de recursos disponíveis permanecerá constante e, mesmo assim, busca-se aumentar a quantidade final produzida (*output*). Por outro lado, quando se discutem formas de redução de custos de uma determinada entidade produtiva, mas a manutenção do nível de produção anterior é assumida, há uma preocupação com sua economicidade (*input*). Por exemplo, se a unificação do cartório de três varas de execução de títulos aumentar o número de atos processuais realizados sem afetar qualquer outra variável (*ceteris paribus*), pode-se dizer que essa unificação é produtivamente eficiente (produtividade). Da mesma forma, se a referida união dos cartórios permitir que se reduza 30% do pessoal empregado, mantendo o número de atos processuais realizados (*ceteris paribus*), então essa mudança também será produtivamente eficiente (economicidade).

É importante notar que, embora seja comum encontrar na doutrina diversas ideias associadas à eficiência, como celeridade, perfeição, universalização, desburocratização e qualidade, entre outras, nenhuma delas pode ser considerada um elemento da eficiência em si e por si. Agir com maior qualidade, rapidez ou perfeição poderá ser ou não eficiente, a depender da situação¹⁴¹. Como visto, há apenas dois

135. No sentido aqui exposto, de um certo modo, o art. 4º do CPC reafirma a obrigação de ser eficiente quando declara que: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". Cf. Seção 3.4.

136. Para uma revisão crítica da literatura sobre o Princípio da Eficiência no âmbito administrativo, cf. Lanius (2018) e, especificamente sobre processo civil, cf. Campos (2018) e Arake (2019). Todavia, note que, enquanto Campos (2018) se limitou a tentar atribuir um conteúdo ao Princípio da Eficiência, Arake (2019) não apenas propôs um conteúdo a partir do trabalho de Lanius, como demonstrou como ele pode ser utilizado pragmaticamente para interpretar todo o CPC.

137. Cf. Gico Jr. (2020, p. 4 e ss.).

138. Há também uma terceira perspectiva que é a eficiência dinâmica, que nada mais é que a eficiência produtiva e alocativa no tempo, mas que não é útil para nossas discussões processuais aqui.

139. Sobre a diferença entre preço e valor no direito e na economia, cf. Gico Jr. (2019).

140. Em economia, um processo ou uma entidade é considerada produtivamente eficiente se estiver produzindo no nível em que o seu custo marginal (o custo de produzir uma unidade adicional) se iguala ao seu custo médio (ou seja, no nível mais baixo de sua curva de custo médio de curto prazo).

141. Cf. discussão da duração razoável do processo na Seção 3.4.

50

elementos essenciais à ideia de eficiência produtiva e que estarão sempre presentes: produtividade e economicidade. O processo ou a entidade produtora será eficiente quando produzir mais gastando o mesmo (produtividade) ou quando produzir o mesmo gastando menos (economicidade). Note-se que não basta produzir mais gastando mais ou economizar sem produzir o nível desejado de bens e serviços. Esses dois elementos devem estar conjugados para formar a essência da eficiência produtiva.

É fácil perceber que o conceito de eficiência produtiva é útil quando o objetivo a ser alcançado é bastante claro e predefinido (o objetivo ou o produto já foi escolhido). A questão a ser resolvida passa a ser, então, como organizar a produção de maneira eficiente, sendo que eficiência aqui significa produzir mais do bem ou serviço desejado com os mesmos recursos ou produzir o mesmo tanto com menos recursos. Nesse sentido, por exemplo, é possível falar de eficiência tanto na organização do Judiciário quanto na condução de um processo, conforme exige o CPC. Como o objetivo do serviço público adjudicatório é resolver conflitos aplicando as regras jurídicas, toda vez que o magistrado realizar uma mudança na gestão do processo que permita, *ceteris paribus*, resolver mais conflitos de acordo com o direito (adjudicação), ele será produtivamente mais eficiente.

Já a eficiência alocativa se refere a uma preocupação com o retorno ou a utilidade que se extrai da cesta de bens e serviços produzida¹⁴², *i.e.*, a eficiência alocativa discute a utilidade extraída do produto resultante do processo produtivo e, portanto, o grau de preferência da sociedade ou dos agentes considerados para cada cesta de bens ou serviços. Assim, enquanto na eficiência produtiva o foco é no processo produtivo e na taxa *output/input* dele resultante, assumindo-se que a escolha do produto já foi feita, na eficiência alocativa se analisa o bem-estar extraído de cada produto e, portanto, a adequação da escolha realizada. Haverá eficiência alocativa quando houver a distribuição ótima de bens e serviços levando-se em consideração as preferências da sociedade, *i.e.*, quando o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível. Se houver uma outra alocação de recursos que gere mais bem-estar, então esse estado social é alocativamente ineficiente.

Pense no seguinte exemplo. Suponha que um tribunal de justiça disponha de verba extra para a criação de uma nova vara, mas apenas uma. Diante da limitação de recursos, que tipo de vara o tribunal deveria criar: uma vara criminal, da fazenda pública, civil ou geral? Veja que, do ponto de vista produtivo, não importa que vara seja criada, ela pode ser criada, organizada e conduzida da forma mais eficiente possível (eficiência produtiva), mas isso não responde à primeira pergunta que se refere a que tipo de vara deve ser criado. A resposta para essa pergunta requer a utilização do conceito de eficiência alocativa, pois, na realidade, a pergunta pode ser

142. Em economia, há eficiência alocativa quando o preço (benefício marginal) de um bem é igual ao seu custo marginal, *i.e.*, enquanto alguém ainda aceitar pagar (disponibilidade de pagar) o custo de produção da unidade adicional, essa unidade adicional será produzida.

assim reformulada do ponto de vista juseconômico: que tipo de vara gerará o maior bem-estar social, ou seja, qual o tipo de vara será mais útil para a sociedade naquele momento? Só respondendo a essa pergunta seremos capazes de alocar eficientemente os recursos sociais disponíveis.

Nesse sentido, a ideia de eficiência alocativa nos leva diretamente ao fato de que os recursos sociais são escassos e, muitas vezes, para obter algo temos de abrir mão de outra coisa, *i.e.*, há um *trade-off*. No exemplo acima, para termos uma nova vara criminal, o *trade-off* será uma vara civil, da fazenda ou geral. Assim, o custo de oportunidade de criação de uma vara é, no mínimo, a não criação de algum outro tipo de vara, independentemente do custo financeiro da criação de qualquer uma delas¹⁴³. Como dito, o que está subjacente a esse tipo de raciocínio é que os recursos da sociedade são escassos e podem ser empregados para finalidades diversas (usos concorrentes), mas excludentes, que não necessariamente gerarão o mesmo nível de bem-estar social. Dessa forma, a eficiência alocativa se preocupa com a escolha que gere o maior nível de bem-estar possível. Uma escolha será alocativamente eficiente se não houver qualquer outra alocação possível que gere um bem-estar maior para a sociedade.

Em geral, quando um juseconomista se refere à eficiência, está se referindo a um desses tipos de eficiência: produtiva ou alocativa¹⁴⁴, e muitas vezes isso fica implícito pelo tipo de discussão. De qualquer forma, é necessária alguma forma de aferição desses tipos de eficiência, ainda que teórica, para que se possa afirmar se um estado social é superior a outro ou não. As duas principais técnicas de aferição de eficiência¹⁴⁵ são os critérios de Pareto e Kaldor-Hicks, explorados a seguir.

3.1.3 Aferição de Eficiência: os critérios de Pareto e Kaldor-Hicks

Para discutir sobre o bem-estar social em uma sociedade com diversos tipos de pessoas e entidades, precisamos de um critério para julgar se um dado estado social é melhor ou pior do que outro. Na busca desse objetivo, o engenheiro italiano

143. Mais uma vez, aqui, fica demonstrado que a análise econômica não se confunde com a análise financeira. Cf. Seção 1.3.

144. Além da eficiência dinâmica, do ponto de vista interno da organização, ainda seria possível discutir a ineficiência-X, que é a tendência natural de as organizações não buscarem a eficiência produtiva. Sobre o assunto, cf. Leibenstein (1978). Esse tipo de discussão é especialmente recorrente em setores regulados em que se adota o *price cap* com desconto de um Fator X. Por exemplo, o inc. IX do art. 2º da Resolução Normativa nº 234, de 31/10/06, da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), estabelece que o Fator X é o “percentual a ser subtraído do Indicador de Variação da Inflação – IVI, quando da execução dos reajustes tarifários anuais entre revisões periódicas, com vistas a compartilhar com os consumidores os ganhos de produtividade estimados para o período”, sendo que o Fator X “é o instrumento regulatório de estímulo à eficiência e à modicidade tarifária”. Mais uma vez, um exemplo da eficiência como elemento central do direito.

145. Note que Arake (2019, p. 60 e ss.) considera a eficiência produtiva, alocativa, de Pareto e Kaldor-Hicks como conceitos diferentes de eficiência, ao passo que, como demonstrado a seguir, na realidade apenas eficiência produtiva e alocativa são tipos de eficiência, enquanto Pareto e Kaldor-Hicks são critérios de aferição de eficiência.

51

52 Vilfredo Pareto, que depois se tornou economista e sociólogo, propôs o critério que provavelmente se tornaria o mais famoso nas ciências sociais¹⁴⁶: um estado social será considerado um **ótimo de Pareto** se não for possível melhorar a situação de ao menos uma pessoa sem prejudicar a situação de outra, ou seja, uma alocação de recursos em uma sociedade é considerada um ótimo de Pareto se qualquer outra alocação reduzir o bem-estar de ao menos uma pessoa.

É importante lembrar que Pareto estava tentando resolver o problema do utilitarismo clássico de Bentham¹⁴⁷, que pressupunha a possibilidade de agregação e de comparabilidade intersubjetiva de utilidade. O critério de Pareto é, pois, uma estratégia de comparação de estados sociais que não incorre em comparação intersubjetiva de utilidade. Nesse contexto, uma mudança no *status quo* será considerada **Pareto superior** se ela melhorar a situação de ao menos uma pessoa sem prejudicar a situação de mais ninguém, enquanto uma situação que piora a situação de uma pessoa sem melhorar a situação de ninguém será considerada **Pareto inferior**. Uma situação será um ótimo de Pareto se não houver qualquer melhora de Pareto possível. Ótimos de Pareto às vezes também são chamados de estados Pareto eficientes. Assim, quando se discute se uma política pública é Pareto eficiente, a depender do contexto, é possível que se esteja afirmando que não é possível melhorar a situação de mais ninguém sem piorar a de outrem (ótimo de Pareto) ou que a mudança causada pela política pública melhora a situação de alguém sem prejudicar a situação de mais ninguém (Pareto superior).

Nesse sentido, perceba que há um forte paralelo entre o critério de eficiência produtiva discutido acima e o critério de Pareto, pois será produtivamente eficiente o estado que não for dominado por nenhum outro, *i.e.*, no qual não seja possível aumentar a produção sem aumentar custos ou não seja possível diminuir custos sem afetar a produção. Em ambos os casos, nas hipóteses em que não houver dominância clara, o critério será indefinido.

O critério de Pareto nos permite julgar de maneira objetiva mudanças no estado social, desde que sejam Pareto eficientes ou ineficientes. Como a ideia é evitar a comparação intersubjetiva de utilidade, normalmente o critério de Pareto é utilizado em contextos de trocas voluntárias¹⁴⁸, pois, se os agentes racionais decidiram espontaneamente se engajar em uma troca espontânea, é porque, na percepção deles¹⁴⁹, a troca realizada aumenta o seu bem-estar. Nesse sentido, é fácil perceber a razão pela qual

146. Originalmente apresentado por Pareto em seu *Cours d'Economie Politique* (1896, p. 256, §385) e (1897, p. 91, §721), como evolução de um artigo anterior, a versão definitiva do que viria a ser o critério de Pareto foi apresentada em seu *Manuale di Economia Politica* (1919) e, um século depois, ainda é utilizada.

147. Assim como Pareto tinha dupla formação, Jeremy Bentham era jurista e economista, sendo o primeiro proponente do utilitarismo. Cf. Bentham (1907 [1823]).

148. Mais adiante, na Seção 4.1.2, discutiremos em mais detalhes como esse *insight* nos ajuda na compreensão das trocas e, em última instância, nos acordos judiciais.

149. Obviamente excluídos os casos de coerção, dolo, erro e todos os casos tradicionais de vícios da vontade.

os juristas afirmam que as transações realizadas pelo mercado aumentam o bem-estar social e a razão pela qual as pessoas devem ser livres ao máximo para adquirir e/ou oferecer o que desejarem nos mercados. Em suma, a liberdade como ausência de coerção, via de regra, aumenta o bem-estar social. Do ponto de vista processual, essa afirmação equivale a dizer que um acordo judicial normalmente é Pareto eficiente (liberdade), enquanto uma decisão judicial (coerção), não.

Note que o critério de Pareto em si é indiferente aos efeitos distributivos resultantes de uma mudança de estado social. Ele parte do estado social atual (realidade), em contraposição a alguma idealização da realidade, e nos ajuda a avaliar possíveis mudanças a partir do mundo como ele é (*status quo*). Se as mudanças subsequentes aumentarem o bem-estar social a partir da realidade, elas serão Pareto eficientes. Afirmar que o critério de Pareto é indiferente à distribuição final de recursos não é o mesmo que afirmar que a questão distributiva é ou não é importante do ponto de vista moral, mas apenas um reconhecimento de que o conceito de Pareto não lida com esse tipo de discussão, o que requereria um julgamento de valor do avaliador, *ergo*, subjetivo.

Além disso, apesar de ser extremamente útil, o critério de Pareto é muito difícil de aplicar em vários cenários analíticos, principalmente quando eles não envolvem transações voluntárias em contextos mercadológicos. Nesse sentido, o critério de Pareto traz implícita a ideia de unanimidade, pois sem que todos os afetados concordem com a mudança, não temos como confirmar que o seu resultado aumentará o bem-estar social¹⁵⁰. Não é que a mudança sem unanimidade necessariamente reduza o bem-estar social, apenas não temos como garantir que uma determinada mudança, sem unanimidade, aumente o bem-estar social pelo critério de Pareto, pois não temos como comparar utilidades. Por consequência, qualquer pessoa ou grupo que seja prejudicado com a medida precisa ser compensado para que a mudança seja Pareto eficiente. Nessa linha, o conceito – geralmente – tem sua utilidade restrita a transações de mercado ou semelhantes, como o caso de acordo judicial, desde que não gerem externalidades negativas¹⁵¹.

Outra consequência dessa limitação é que quando estamos em um contexto hierárquico, como em grande parte das decisões políticas e judiciais, não temos *prima*

150. O critério de Pareto é ainda mais restritivo que o próprio critério proposto por John Rawls, em seu *Uma Teoria da Justiça* (1997 [1971]), e que curiosamente muitos juristas aderem ignorando se tratar de um exemplo clássico de análise econômica, inclusive debatido na *American Economic Review* (1974), e segundo o qual o cálculo de bem-estar social deveria ignorar toda a sociedade e levar em consideração apenas as condições de seu membro menos favorecido (abordagem *maxmin*). Nesse caso, Rawls aceita que se prejudique toda a sociedade em prol de seus membros menos favorecidos, desde que a decisão seja tomada atrás de um hipotético véu de ignorância, enquanto o critério de Pareto impediria tal mudança.

151. Uma **externalidade negativa** ocorre quando duas ou mais pessoas interagem espontaneamente e essa interação gera um custo a um terceiro que não participou da interação, por isso externalidade. Nesse sentido, quando seu vizinho contrata um grupo de pagode para tocar às 23h de uma sexta-feira, seu vizinho e a banda tiveram o seu bem-estar aumentado com a transação (voluntária), mas os vizinhos que forem perturbados pelo barulho (involuntário), não. Nesse exemplo, o barulho gerado pela banda é uma externalidade negativa.

54 *facie* como aferir a utilidade dos agentes afetados de maneira a permitir uma avaliação objetiva do resultado final da mudança sobre o bem-estar social. Além disso, de um ponto de vista político, a eficiência de Pareto exigiria decisões por unanimidade e isso permitiria que indivíduos se comportassem oportunisticamente e se negassem a concordar com uma mudança enquanto não extraíssem para si toda a renda dela decorrente, em um verdadeiro problema de coordenação (*hold-up problem*).

As limitações do critério de Pareto e a vedação à comparação intersubjetiva de utilidade geraram um grande debate acadêmico na década de 1930, que incentivou dois professores, Nicholas Kaldor e John Richard Hicks, a oferecer duas alternativas que, em conjunto, se tornariam um dos critérios mais utilizados hoje para discutir políticas públicas: a **eficiência Kaldor-Hicks**.

O objetivo de Kaldor era desenvolver um critério de bem-estar que fosse mais amplo que o de Pareto e ainda assim evitasse a comparação intersubjetiva de utilidade. Ele estava preocupado se a “economia, enquanto uma ciência, conseguiria dizer qualquer coisa na forma de prescrição”¹⁵² (afirmação normativa). Para ele a resposta seria positiva, pois não seria necessário realizar qualquer comparação intersubjetiva de utilidade em tais exercícios, bastaria demonstrar que os beneficiados por uma mudança no *status quo* podiam compensar os prejudicados e, ainda assim, auferir algum benefício líquido, para que a medida fosse eficiente. Note que se os prejudicados deviam ou não efetivamente receber tal compensação era “uma questão política sobre a qual o economista, *qua* economista, dificilmente poderia emitir uma opinião”¹⁵³. A ideia seria diferenciar a discussão de geração de bem-estar (análise positiva) da questão distributiva (análise normativa).

O critério de Kaldor pode ser resumido da seguinte forma: um estado social B é preferível ao estado social A ($B > A$) se, após a mudança para o estado social B, os beneficiados com a mudança puderem compensar financeiramente os prejudicados e, ainda assim, se beneficiarem da mudança. Em outras palavras, uma mudança é **Kaldor eficiente** se, após a mudança do *status quo*, for hipoteticamente possível uma redistribuição de recursos capaz de criar um estado Pareto superior ao estado original. Note que o critério exige apenas a possibilidade da compensação e não a compensação em si, razão pela qual também ficou conhecido como **Princípio da Compensação ou Pareto Potencial**.

Por exemplo, suponha que o governo do Distrito Federal decida construir uma quarta ponte sobre o Lago Paranoá. A construção dessa ponte exige a desapropriação de vinte casas, que se encontram no ponto onde a ponte alcançaria a margem oposta do lago e a futura rodovia passaria. Pelo critério de Pareto, essa política pública só seria eficiente se os vinte proprietários dos terrenos aceitassem espontaneamente transferir suas propriedades ao governo, ainda que por meio de uma compra e venda

(mercado). Se todos aceitassem transferir as casas ao governo, mas um único morador se recusasse, então já não poderíamos afirmar que a política pública seria Pareto eficiente. Note que é relativamente simples perceber que uma mudança como essa beneficiaria milhares de pessoas que tráfegariam pela ponte todos os anos, mas por força do limite à comparação intersubjetiva de utilidade, ainda assim, a mudança de *status* não seria Pareto eficiente. Para resolver esse problema, Kaldor propôs que se reconhecesse que tal política pública seria eficiente se, após a mudança do *status quo* (a construção da ponte), os beneficiários da mudança pudessem compensar o prejudicado (o indivíduo que não queria vender a casa) e, ainda assim, colher algum benefício (benefício líquido positivo). Para o critério de Kaldor a compensação não é um requisito, mas apenas a sua potencialidade (Pareto potencial).

A eficiência de Kaldor é compatível com a solução encontrada pelo direito, que, nos termos do inc. XXIV do art. 5º da Constituição Federal, permite a desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, desde que mediante indenização prévia¹⁵⁴. E aqui vale chamar a atenção para dois pontos. Primeiro, assim como na eficiência Kaldor, a sociedade apenas desapropriará alguém de algo se o benefício que a sociedade extrair do bem desapropriado for superior aos custos de indenizar, do contrário, não será racional a desapropriação, salvo em casos de erro ou fraude. Segundo, a indenização paga não será pelo valor subjetivo que o desapropriado determinar (utilidade), mas pelo valor de mercado do bem, ou seja, em linha com a proposta de Kaldor¹⁵⁵. A análise deve se focar no preço de mercado do bem e não na avaliação subjetiva do desapropriado ou do governo, o que exigiria uma comparação intersubjetiva de utilidade. Assim, em uma abordagem Pareto potencial, pode ser que o preço de mercado seja suficiente para compensar perfeitamente o desapropriado, hipótese na qual a desapropriação terá sido Pareto eficiente, mas pode ser que não seja; porém, desde que os beneficiários ganhem mais do que o prejudicado perdeu, ela será Kaldor eficiente.

Partindo do critério de Kaldor, Hicks propôs um teste semelhante, mas focado não na possibilidade de compensação *ex post* pelos beneficiários da mudança e sim na possibilidade de compensação *ex ante* pelos potenciais prejudicados. Segundo Hicks, um estado social B é preferível ao estado social A ($B > A$) se, antes da mudança para o estado social B, ou seja, ainda no estado social A, for impossível uma redistribuição de renda dos potenciais prejudicados para os potenciais beneficiários da mudança, de forma que todos fiquem em uma posição tão boa quanto ficariam caso a mudança

152. Cf. Kaldor (1939, p. 549).

153. Cf. Kaldor (1939, pp. 550-551).

154. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...].

155. Mais uma vez, para a diferença entre preço e valor no direito e na economia, cf. Gico Jr. (2019).

56

para o estado social B ocorresse. Em resumo, para que a mudança seja Hicks eficiente, os potenciais prejudicados devem ser incapazes de, hipoteticamente, compensar os potenciais beneficiados para que abandonem a mudança do estado social¹⁵⁶.

Combinando os dois critérios temos que uma mudança de estado social será Kaldor-Hicks eficiente e, portanto, aumentará o bem-estar social se, e apenas se, (a) *ex post*, os beneficiários da política pública forem capazes de compensar os prejudicados, permanecendo eles mesmos com um benefício líquido positivo (eficiência de Kaldor), e (b) *ex ante*, os potenciais prejudicados não forem capazes de compensar os potenciais beneficiários para que renunciem aos ganhos da mudança de *status*, sem que eles mesmos fiquem em uma situação pior do que ficariam caso a mudança ocorresse (eficiência de Hicks)¹⁵⁷. Em resumo, uma mudança social é uma **melhora Kaldor-Hicks** se aqueles que se beneficiarem da mudança puderem compensar os que por ela forem prejudicados ou os prejudicados puderem compensar os beneficiários pela não mudança, ainda que não o façam (Pareto potencial). Ao contrário de Pareto, no critério Kaldor-Hicks é possível que algumas pessoas sejam prejudicadas com a mudança de estado social e ainda assim se reconheça que houve um aumento do bem-estar social.

Nesse sentido, toda mudança Pareto eficiente também será Kaldor-Hicks eficiente, mas o inverso não é verdadeiro. Uma mudança Kaldor-Hicks não precisa ser nem Pareto superior nem um ótimo de Pareto, podendo ser nenhuma delas ou ambas. Essa é justamente a flexibilidade que os seus propositores buscavam, e ela nos dá a possibilidade de dizer algo minimamente objetivo sobre a mudança de estados sociais em que alguém é prejudicado e outrem é beneficiado, *i.e.*, praticamente toda política pública e, certamente, toda atividade adjudicatória.

No âmbito do processo civil essa conclusão é ainda mais óbvia. Dado que a função do Judiciário é resolver uma lide¹⁵⁸, é quase certo que há uma pretensão resistida e que, portanto, a parte sucumbente será prejudicada pela decisão. Nesse sentido, a essência da prestação do serviço público adjudicatório, da adjudicação, é beneficiar alguém (o vencedor) e prejudicar outrem (o sucumbente). Nossa única garantia de que essa decisão, que não será Pareto eficiente, seja Kaldor-Hicks eficiente, *i.e.*, aumente o bem-estar social, é se ela tiver sido o resultado da aplicação das regras jurídicas preestabelecidas, *i.e.*, do direito, dado que ele representa o mais possível as preferências da sociedade e, portanto, a sociedade provavelmente está de acordo com o resultado da aplicação da regra jurídica. Nesse sentido, qualquer

156. Cf. Hicks (1939, p. 706 e ss.). Segundo Hicks, para que medidas em prol da eficiência tenham alguma chance, é extremamente desejável que elas estejam livres de complicações distributivas o mais possível. No original: "If measures making for efficiency are to have a fair chance, it is extremely desirable that they should be freed from distributive complications as much as possible". Cf. Hicks (1939, p. 712).

157. A necessidade de conjugação dos dois critérios foi demonstrada pelo búlgaro De Scitovzsky (1941), jurista de formação que se tornou economista, assim como Bentham.

158. Lembre-se de que aqui estamos excluindo a jurisdição voluntária, na qual não há lide, de nossa análise.

decisão judicial *contra legem* será não apenas Pareto ineficiente, mas também Kaldor-Hicks ineficiente, *ergo*, diminuirá o bem-estar social. E essa ideia revela a profunda conexão entre o Princípio da Eficiência e o Princípio da Legalidade em uma democracia. Exploremos essa ideia.

3.1.4 Eficiência Alocativa e Legalidade

Agora que temos clareza dos conceitos de eficiência, podemos explorar com maior segurança sua relação lógica e jurídica com o processo judicial. Se o objetivo do serviço público adjudicatório é resolver o conflito e alocar o bem da vida pretendido a quem de direito, então um determinado processo terá sido resolvido de maneira *alocativamente eficiente* se o bem da vida sob litígio for corretamente adjudicado a quem de direito e será *produtivamente eficiente* se a adjudicação for realizada ao menor custo possível. Nessa linha, a busca pela eficiência alocativa é a busca pela maior aderência possível do resultado do processo ao direito (adjudicação) e a busca pela eficiência produtiva é a adjudicação ao menor custo possível (produtividade e economicidade).

Do ponto de vista da eficiência produtiva, é relativamente simples perceber como o magistrado deve agir para alcançá-la. O processo é o resultado de um conjunto de procedimentos e etapas, sendo que em cada momento processual ao menos uma das partes deve tomar uma decisão ou praticar um ato. Às vezes, o agente decisor será o autor (*e.g.*, ajuizar a ação ou não), às vezes o réu (*e.g.*, contestar ou não contestar) e, muitas vezes, será o magistrado (*e.g.*, julgar antecipadamente a lide ou abrir instrução complementar). De uma forma geral, cada decisão precisa de mediação ou mesmo autorização do juiz para ser realizada, dado que ele é o gestor do processo. Nesse sentido, um magistrado, na condução do processo, deve buscar ser produtivamente eficiente, *i.e.*, ele deve conduzir o processo de forma a solucionar a maior quantidade de lides possível, com os recursos disponíveis (produtividade), e deve realizar apenas o mínimo de atos processuais necessários para garantir a resolução do conflito de acordo com as regras jurídicas (economicidade). Se em um único ato processual ele consegue resolver três ou quatro questões, então, ele deve resolvê-las em um único ato processual. Se o ato processual não é necessário para a adjudicação ou é inútil, ele não deve ser praticado.

Nesse sentido, como exemplifica Fabrício Lunardi¹⁵⁹, "o magistrado deve, sempre que possível, tomar algumas medidas práticas, destinadas a economizar atos processuais, tais como: nos despachos, sempre que possível, o juiz deve antever e determinar a prática de atos processuais que certamente ocorrerão, evitando trâmites processuais desnecessários (ex.: 'Cite-se o réu. Juntada a contestação e havendo preliminares, defesa indireta ou juntada de documentos, intime-se o autor em réplica');

159. Cf. Lunardi (2019, p. 94).

57

58 se for remarcada a audiência, deve o juiz designar nova data na própria audiência e intimar todos os presentes, economizando expedição de mandados de intimação pelo cartório; o juiz deve indeferir provas inúteis ou desnecessárias (por exemplo, quando o fato que a parte pretende provar é incontroverso); quando o juiz não proferir a sentença na audiência de instrução, deverá, sempre que possível, designar data para a publicação da sentença, evitando atos cartorários para tanto etc.”

Nessa linha, se não tiver ocorrido a extinção do processo (art. 354/CPC) nem o julgamento antecipado da lide (art. 355 e 356/CPC), após a manifestação inicial das partes, deverá o juiz sanear e organizar o processo (art. 357/CPC). Sanear é resolver as questões processuais pendentes (inc. I), enquanto organizar é: “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (inc. II), “definir a distribuição do ônus da prova” (inc. III), “delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” (inc. IV) e “designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento” (inc. V). Com essas informações, o juiz terá reduzido a assimetria de informação – dessa vez das partes¹⁶⁰ – acerca de quais fatos ainda precisam ser provados e quais regras jurídicas serão aplicadas para resolver o litígio. Com essas informações, as partes podem (i) atualizar suas crenças sobre as respectivas probabilidades de êxito; (ii) avaliar a conveniência ou não de realizar um acordo; e, em caso contrário, (iii) indicar que provas adicionais pretendem produzir.

Não obstante, é extremamente comum que o magistrado, no momento de saneamento e organização do processo, simplesmente emita o tradicional despacho: “Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir”. Tal despacho não reduz a assimetria de informação e, portanto, não permite que as partes atualizem suas crenças. Logo, não permite uma reavaliação adequada das chances de êxito, diminuindo assim a probabilidade de acordo nesse estágio processual, e, por fim, faz com que as partes racionais, avessas a risco, peçam a produção de provas que seriam desnecessárias, pois simplesmente não sabem quais fatos o juiz entende como devidamente provados ou incontroversos. O resultado esperado será a continuação de litígios que poderiam ter sido encerrados por acordo e a prática de atos processuais desnecessários para chegar ao mesmo resultado. Em suma: a utilização incorreta do despacho saneador é produtivamente ineficiente, pois seria possível alcançar o mesmo resultado com menos dispêndio de recursos.

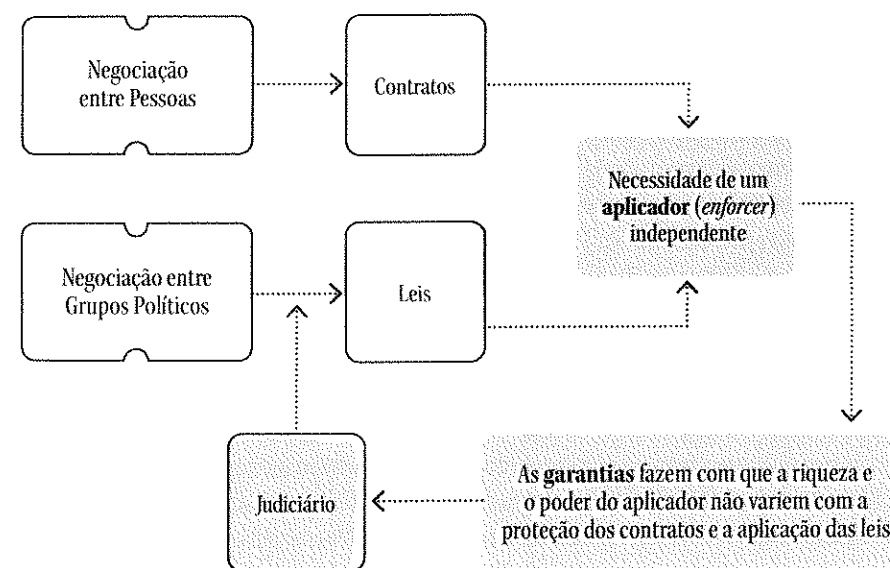
Se a obtenção de eficiência produtiva no processo está muito mais relacionada à eficiência na gestão dos atos processuais pelo magistrado, a questão da eficiência alocativa é um pouco mais complexa. Como explicado na seção anterior, a maximização do bem-estar social comandada pela Constituição Federal requer, simultaneamente, que (a) sejamos eficientes do ponto de vista produtivo e (b) aloquemos os recursos sociais nas finalidades que a sociedade mais valoriza. Se o problema da eficiência produtiva é uma questão de gestão, o problema da eficiência alocativa é uma questão

59 de (i) sabermos o que deseja a sociedade (preferências sociais) e (ii) adjudicarmos o bem da vida de acordo com as preferências reveladas. Portanto, como a identificação do julgamento alocativamente mais eficiente depende necessariamente das preferências dos agentes considerados, é necessário que tenhamos um mecanismo de revelação e agregação de preferências.

Conforme já explicado¹⁶¹, a sociedade dispõe basicamente de dois mecanismos de revelação e de agregação de preferências sociais: o mercado, no qual cada agente vota com o seu dinheiro, limitado pela sua disponibilidade de pagar, e o Estado, no qual cada agente normalmente tem direito a um voto e vota em representantes (*proxies*) por um certo período. De maneira simplificada, as preferências reveladas pelo mercado são consubstanciadas em um instrumento jurídico chamado contrato, e as preferências reveladas pelo Estado são consubstanciadas em um instrumento jurídico chamado lei (*lato sensu*). As primeiras são o resultado da barganha entre agentes privados, e as segundas, o resultado da barganha entre grupos políticos. Não é mera coincidência que essas sejam justamente as duas fontes de obrigação no direito: a lei e o contrato¹⁶². Nessa linha, uma outra forma de ver a função social do Judiciário é justamente fazer valer a vontade consubstanciada na lei ou no contrato:

A FUNÇÃO SOCIAL DO JUDICIÁRIO

Figura 3-1



Fonte: Gico Jr. (2013, p. 443).

161. Cf. Gico Jr. (2018).

162. Para os civilistas de plantão, tecnicamente falando, o mais correto seria falar em vontade, por causa dos atos unilaterais de vontade, mas a ideia de contrato expressa melhor a origem da barganha, da transação.

160. Para uma discussão dessa questão e da eficiência do despacho saneador, cf. Gico Jr. e Arake (2018).

Cada mecanismo de agregação de preferências tem suas vantagens e desvantagens, e nenhum dos dois é perfeito. Ambos constituem meras aproximações das preferências sociais. No caso do mercado, os preços farão o papel de mecanismo de alocação, enquanto no Estado a alocação será realizada pelos representantes políticos (agentes). Do ponto de vista da AED processual, o que importa é o reconhecimento de que, assumindo um Estado produtivamente eficiente, a escolha da alternativa alocativamente mais eficiente depende intimamente das preferências da sociedade e, em larga medida, do mecanismo agregador de preferências escolhido.

Note que, de um jeito ou de outro, o direito reflete as preferências do Estado. Se estivermos lidando com alguma forma de governo autocrático, o Estado não funcionará como mecanismo de agregação de preferências sociais, mas apenas das preferências dos grupos no poder. Se estivermos lidando com uma democracia, o Estado funcionará como mecanismo agregador de preferências do povo. Nessa linha, quanto mais competitiva e funcional for uma democracia, espera-se que maior seja a proximidade entre as escolhas públicas e as preferências sociais e, quanto menos competitiva, maior seja a distância entre elas. De qualquer forma, é o Estado que pode ou não estar submetido às preferências sociais e não o direito, porquanto este será sempre um instrumento do Estado. Assim, a partir de agora assumiremos que o Estado brasileiro é uma democracia e, portanto, que funciona como um mecanismo de agregação das preferências sociais, pois é isso que diz a Constituição.

De acordo com o preâmbulo da Constituição Federal, os representantes do povo brasileiro se reuniram “em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, [...]”. Como se pode ver, o preâmbulo de nossa Constituição não é muito distante do preâmbulo dos códigos ancestrais, como o Código de Ur-Nammu ou o de Hamurabi, e os anseios são muito semelhantes¹⁶³, sendo que, para fins de nossa discussão, o que mais nos interessa no momento é o objetivo declarado de ser um Estado Democrático, portanto, comandado pela vontade popular, e de buscarmos a solução pacífica das controvérsias como regra.

Justamente por isso, já em seu primeiro artigo, a Constituição estabelece que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. Mais uma vez temos o compromisso de o Estado brasileiro ser democrático e, portanto, submetido à vontade popular, e de se reger pelo direito. A conjugação desses dois elementos é essencial, pois, dado que o direito é o resultado da atuação do Estado

163. É curioso notar que os antigos invocavam seus deuses para abençoar suas leis, e a Constituição brasileira, apesar de o Estado moderno ser laico, faz o mesmo, apenas não diz qual deus estaria invocando, permitindo que cada cidadão brasileiro interprete como o seu próprio deus.

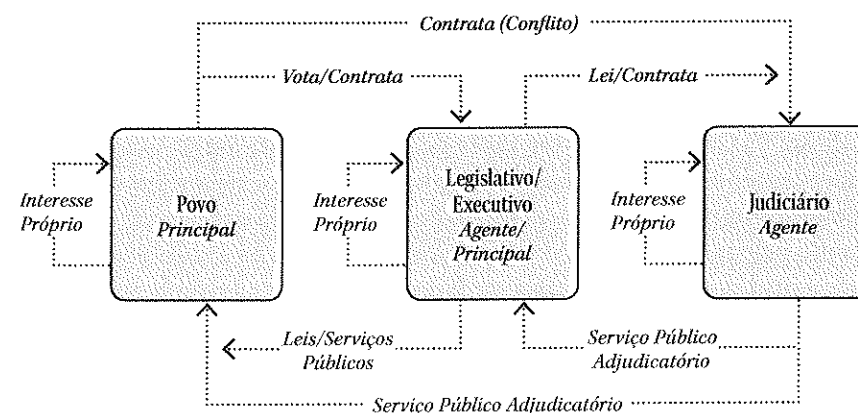
(monopólio do uso legítimo da força), é a submissão do Estado à vontade popular que o torna democrático e garante que o direito seja o resultado da vontade popular, dado que este – o direito – é o instrumento daquele – o Estado. Em outras palavras, em uma democracia, é a utilização do direito como mecanismo de estruturação, organização e coerção social que garante a concretização da vontade popular.

Nesse sentido, é relativamente claro que, no Brasil, o mecanismo político de agregação de preferências da sociedade é o Poder Legislativo¹⁶⁴. De acordo com a Constituição Federal, a estrutura sociopolítica do Estado brasileiro foi construída para ser uma democracia, na qual cada cidadão tem direito de escolher seus representantes mediante o voto e eles (políticos) funcionarão como agentes do povo brasileiro na elaboração de leis e na alocação anual dos recursos públicos dentro do orçamento nacional. Quem representa o povo e a sua vontade é o Congresso Nacional e a sua vontade é a melhor aproximação possível da vontade popular.

Se o Poder Legislativo e o Poder Executivo funcionam como *proxies* da sociedade brasileira, i.e., como seus agentes, então, pelo menos do ponto de vista lógico e jurídico, as escolhas legislativas e executivas refletem, ainda que aproximadamente, os valores sociais e suas preferências. Assim como o juiz é um agente do Estado, os políticos são agentes do povo. Há, portanto, uma **dupla relação de agência** aqui em que o povo (principal) elege seus representantes (agentes) para elaborar as leis e o orçamento (alocação de recursos públicos), e os políticos (principal) estabelecem os critérios de seleção dos juizes (agentes) para fazerem valer as leis que criaram.

DUPLA RELAÇÃO DE AGÊNCIA

Figura 3-2



Nessa linha, se a eficiência alocativa, do ponto de vista social, é observada quando os recursos da sociedade são direcionados (alocados) para a produção dos bens

164. Rigorosamente falando, o Poder Executivo também participa do processo legislativo, mas, para fins de simplificação, faremos referência apenas ao Legislativo.

62

e serviços mais valorizados pela sociedade – aqueles que geram o maior bem-estar social – e se as escolhas do Poder Legislativo representam aquilo que a sociedade mais valoriza, então, devemos concluir que as leis oriundas do processo legislativo regular representam os valores e as escolhas que a sociedade faria para si e serão, portanto, alocativamente eficientes. Logo, o juiz será alocativamente eficiente quando adjudicar o bem da vida de acordo com o direito, *i.e.*, com as regras jurídicas.

É importante notar que a compreensão e a aceitação de que o Poder Legislativo é o mecanismo de agregação de preferências sociais em uma democracia não requer, nem depende, de o processo legislativo ser perfeito ou de a legislação estar perfeitamente alinhada com as preferências sociais, muito menos da ausência de problemas de ação coletiva¹⁶⁵. Supor que as leis refletem as preferências sociais e são, portanto, alocativamente eficientes tampouco implica afirmar que o legislador não erre ou que as preferências sociais não possam mudar com o tempo. No entanto, o único mecanismo seguro para saber se efetivamente houve um erro ou se as preferências sociais mudaram é o próprio processo legislativo, que pode mudar as leis. Essa é uma das razões pelas quais os políticos são trocados de tempos em tempos e os juízes são quase vitalícios¹⁶⁶. Os primeiros servem para captar as preferências sociais e legislar, os segundos para fazer valer tais legislações em caso de conflito (adjudicar). Justamente por isso há a necessidade de constante reavaliação dos políticos, mas que podem ser reeleitos, enquanto os juízes não são avaliados popularmente e precisam ser estáveis.

Se não bastasse esse argumento sociopolítico, do ponto de vista estritamente jurídico, também é fato que, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, o Poder Legislativo é a instituição constitucionalmente escolhida e legitimada para decidir as regras que ordenam a nossa vida em sociedade e a alocação de recursos públicos. Não por outra razão, logo após a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inc. I), o segundo direito fundamental garantido pela Constituição Federal (art. 5º, inc. II) é que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁶⁷. Como se pode ver, tanto do ponto de vista lógico quanto jurídico e econômico, entende-se que as preferências sociais estão ou devem estar materializadas por meio de lei para que se tornem direito. Em suma, só o resultado devidamente estruturado pelo processo político e consubstanciado na forma de lei é que pode ser razoavelmente considerado como o verdadeiro reflexo das preferências sociais.

Desse modo, como o direito definido *ex ante* pelo legislador está o mais próximo possível das preferências da sociedade, então, do ponto de vista do processo civil, basta

165. Reconhecemos que o processo legislativo pode ser capturado por grupos de interesse que podem direcioná-lo para interesses particulares em detrimento do interesse público. Vide, por exemplo, a dificuldade da reforma da previdência dos funcionários públicos ou a dificuldade de contenção de gastos em época de crise econômica. De uma forma geral, sobre o problema da ação coletiva, cf. Olson (1971 [1965]).

166. Cf. Gico Jr. (2018, p. 11).

167. Curiosamente, aqueles que defendem os direitos fundamentais ou princípios como um fundamento para a violação da lei (ou sua “mitigação”) costumam esquecer de mencionar o direito fundamental de não ser obrigado a nada, senão por meio de lei. E lei só pode ser aprovada pelo Congresso Nacional.

que o juiz adjudique o bem litigioso a quem de direito para que sua decisão seja, também, alocativamente eficiente. Em outras palavras, o princípio da eficiência processual no seu aspecto alocativo é satisfeito quando o juiz aplica a lei, “pois ela já representa o julgamento de valor da sociedade sobre o estado da natureza que prefere”¹⁶⁸.

Assim, podemos reiterar que um determinado processo terá sido resolvido de maneira alocativamente eficiente se o bem da vida sob litígio for corretamente adjudicado a quem de direito e será produtivamente eficiente se a adjudicação for realizada ao menor custo possível. Todavia, como pode um juiz ser alocativamente eficiente se não houver regra jurídica para adjudicar (lacuna jurídica) ou se a legislação for ambígua? Nesses casos, o direito brasileiro também provê uma solução jurídica que, mais uma vez, passa pelo Direito Processual.

3.1.5 O Princípio da Eficiência e a Hermenêutica das Escolhas

Quando trata dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, o CPC estabelece expressamente que o magistrado não pode deixar de adjudicar o bem da vida, *i.e.*, de prestar o serviço público adjudicatório, mesmo quando não houver uma regra jurídica para resolver o conflito ou quando a regra existente for ambígua: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Na mesma linha e reforçando o que afirmei, o parágrafo único do mesmo artigo reitera que o juiz deve decidir de acordo com a lei e que só pode usar o seu senso de justiça, *i.e.*, a equidade, quando a própria lei assim o autorizar: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

E aqui o princípio da eficiência alocativa volta a ser relevante. No caso de lacuna jurídica ou “obscuridade do ordenamento jurídico”, como prefere o novo CPC, o juiz não está livre para decidir como quiser. Há regras a ser seguidas que estruturam cada etapa. De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “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”. Dessa forma, primeiro o juiz deve averiguar se há uma regra jurídica preexistente, aprovada pelo Congresso e, portanto, reflexo das preferências sociais, que seja aplicável a um caso semelhante, embora não idêntico. Se houver essa regra análoga, o juiz deve aplicá-la, pois ela é provavelmente o que o Congresso decidiria para o caso em juízo, *ergo*, é uma aproximação razoável do que provavelmente seria a vontade do legislador. O caso será resolvido, portanto, por analogia, que privilegia os representantes eleitos do povo (mecanismo de agregação de preferências) e tende a ser alocativamente eficiente.

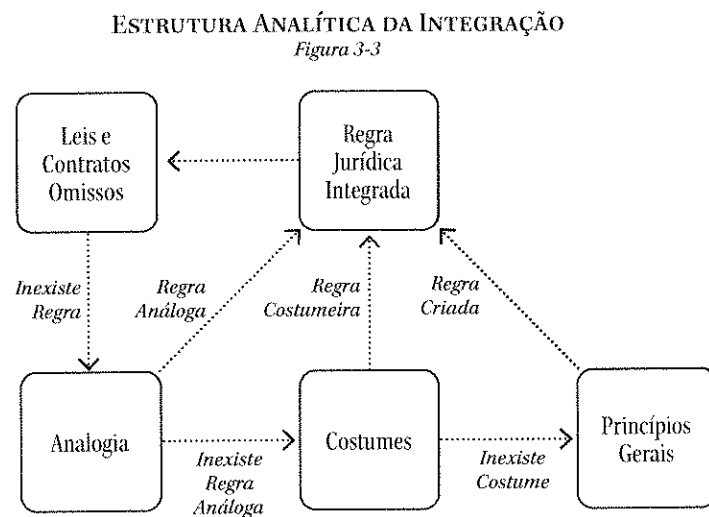
168. Cf. Gico Jr. (2018, p. 17). No caso de controle de constitucionalidade, o raciocínio permanece válido desde que seja para a proteção de regras constitucionais e, portanto, das preferências sociais de primeira ordem. Não obstante, o controle de constitucionalidade perdeu muito de sua força lógica e jurídica, agora que muitos magistrados estão convencidos de que podem afastar leis para aplicar princípios e, portanto, não precisam se submeter às regras de controle constitucional, em especial o Art. 97 que institui: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

63

64

No entanto, se não houver regra jurídica próxima o suficiente para se estender sua aplicação, então o juiz deve investigar se, no contexto social onde o conflito ocorreu, há alguma prática social reiterada e prolongada que possa ser interpretada como uma regra de conduta e assim resolver o conflito (expectativa racional). Se houver, o juiz terá identificado um costume e, na ausência de uma regra jurídica análoga, deverá aplicá-lo para resolver o litígio. Ao fazê-lo, terá, mais uma vez, se aproximado das preferências sociais – quando elas já não foram reveladas pela lei – e tenderá a ser alocativamente eficiente.

Por fim, pode ser o caso de que não haja nem lei análoga nem costume que possa indicar ao magistrado quais seriam as preferências sociais a ditar o resultado do litígio *sub judice*, ou seja, não há baliza para a adjudicação. Nessa hipótese – e apenas nessa hipótese –, quando é simplesmente impossível ao magistrado identificar claramente quais são as preferências sociais a ditar a solução do conflito à sua frente e, portanto, ele não tem como saber qual a alocação mais eficiente do direito, o juiz-agente está autorizado a julgar de acordo com os princípios gerais de direito, pois, nesse caso, ele estará privilegiando o seu próprio senso de justiça, dado que terá em suas mãos apenas conceitos bem gerais e abstratos e não regras de conduta. Todavia, nessa hipótese específica e nela apenas, o legislador entende que o custo social de um *non liquet* é maior do que o risco alocativo decorrente da decisão judicial por princípio geral¹⁶⁹. Esse mecanismo gradual de integração do ordenamento jurídico pode ser ilustrado analiticamente da seguinte forma:



Fonte: Gico Jr. (2018, p. 63).

65

Assim, para os casos em que não há regra jurídica aplicável ao caso concreto (lacuna legal), o direito criou essa sistemática analítica de gradual aproximação das preferências sociais. No entanto, não existe no ordenamento jurídico brasileiro algo semelhante para o caso de ambiguidade na lei, *i.e.*, se para a integração jurídica há regras também jurídicas, na resolução da ambiguidade do ordenamento jurídico o magistrado está livre para escolher, desde que dentro do campo semântico da lei, é claro.

Como já disse antes: “Além dos casos de lacuna legal, a lei será obscura quando o seu texto (significante) puder ser interpretado de mais de uma forma (pluralidade de significados). Toda vez que um texto jurídico puder ser lido de mais de uma forma, diremos que há uma dúvida hermenêutica e, portanto, que o texto deve ser interpretado”.¹⁷⁰ No entanto, neste contexto jurídico, interpretar não é apenas atribuir sentido. É também, e principalmente, escolher uma regra jurídica a ser aplicada e, portanto, constitui atividade legislativa em essência. Diante de um texto jurídico (significante) que comporte mais de uma interpretação (significado), por força do art. 140 do CPC, não pode o juiz se furtar a escolher um dos significados possíveis e se recusar a decidir (*non liquet*). Ele é obrigado por lei a escolher um dos significados e aplicar ao caso concreto (adjudicação). É justamente porque o magistrado é obrigado a escolher dentre as regras jurídicas possíveis que chamo esse exercício interpretativo de **hermenêutica das escolhas**.

Nesse sentido, ao contrário do entendimento de alguns, como Maximiliano¹⁷¹, Bevilacqua¹⁷² e França¹⁷³, que defendem que a hermenêutica seria uma ciência, não há nada de científico sobre hermenêutica, principalmente sobre hermenêutica jurídica. Em minha opinião, essa afirmação é simplesmente uma retórica para esconder dos demais interlocutores a verdade inafastável de que quem alega praticar ciência quando interpreta um texto jurídico está, na realidade, tentando se esconder por trás do “ordenamento jurídico” para legitimar ou ocultar uma escolha subjetiva, que – por definição – poderia ser diferente.

No caso de ambiguidade da lei, a interpretação do direito é um exercício político que terá impacto sobre a vida alheia e não o resultado objetivo de um exercício técnico ou científico, como se o julgador não estivesse, na realidade, fazendo uma escolha. Por isso já tive a oportunidade de afirmar que: “Não se descobre o direito. Das três uma: (i) o direito preexiste ao caso concreto e é aplicado pelo julgador

169. Além disso, se o legislador entender que o Judiciário está errando na solução do conflito pelos princípios em caso de lacuna, ele próprio poderia promulgar uma lei sobre o assunto e não haveria mais lacuna a permitir a atuação criativa do Judiciário. Sobre essa questão e seu impacto sobre o ciclo da litigância, cf. Gico Jr. (2013) e a discussão na Seção 3.5 adiante.

170. Cf. Gico Jr. (2018, p. 73). É óbvio que mesmo textos claros precisam ser interpretados, no sentido de extrair significado do significante. No entanto, o erro lógico mais comum é extrair da necessidade ubíqua de interpretação a ambiguidade ou obscuridade de qualquer texto. Em outras palavras, dúvida hermenêutica não se confunde com a necessidade de hermenêutica e, portanto, não é porque todo texto tem de ser interpretado que todo texto é ambíguo ou obscuro ou permite mais de uma interpretação. Esse é o tipo de falácia mais utilizado por quem não quer seguir a lei. Se todo texto fosse ambíguo, a comunicação humana seria impossível. Em sentido contrário, cf. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 50 e ss.).

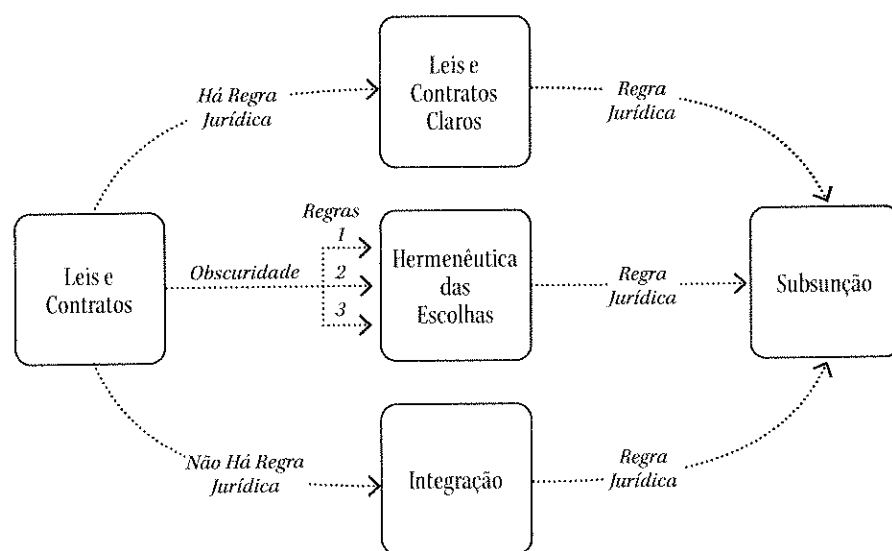
171. Cf. Maximiliano (2011 [1924], p. 8).

172. Cf. Bevilacqua (1929, p. 48 e ss.).

173. Cf. França (1988, p. 21).

66 (subsunção); (ii) ele não existe e é criado pelo julgador (integração); ou (iii) a norma jurídica é ambígua e o julgador escolherá, subjetivamente, que regra aplicará, ainda que dentro de alguns limites (interpretação). Não por outra razão, não existe regra hermenêutica que responda qual regra hermenêutica deve prevalecer no caso concreto, como se vê em Ferrara¹⁷⁴. Trata-se de uma escolha do julgador (ou do intérprete) a ser determinada pelas suas preferências subjetivas idiossincráticas¹⁷⁵. Nessa linha, toda a atividade adjudicatória do juiz pode ser estruturada dentro do seguinte diagrama:

DIAGRAMA HERMENÊUTICO
Figura 3-4



Fonte: Gico Jr. (2018, p. 80).

Note-se que as três figuras centrais representam o eixo da atividade judicante em um Estado Democrático de Direito no qual o *non liquet* é vedado: identificar, escolher ou inventar a regra jurídica, a depender do caso e, então, aplicar a regra jurídica resultante ao caso concreto (subsunção), resolvendo a controvérsia. Na primeira hipótese, como já visto, quando as leis e os contratos são claros, o magistrado protege o Estado Democrático de Direito e se submete ao Princípio da Eficiência no viés alocativo aplicando a regra jurídica, independentemente de sua opinião idiossincrática sobre a regra em si. O magistrado é um servo da lei e não o seu senhor (hipótese geral).

174. Cf. Ferrara (2005 [1921], p. 42).

175. Cf. Gico Jr. (2018, p. 74).

67 Na segunda hipótese, diante de uma obscuridade (indeterminação de regra), pela hermenêutica das escolhas, o magistrado reduzirá a incerteza do sistema jurídico ao optar por uma das regras jurídicas viáveis, passando a adotar a regra escolhida neste e noutros casos semelhantes no futuro (segurança jurídica). O exercício da discricionariedade judicial neste caso está limitado pelas interpretações possíveis (significados) da lei e do contrato (significante); o magistrado não está completamente livre e, uma vez escolhida a regra jurídica, esta se tornará a regra vigente (precedente). A incerteza jurídica será eliminada e a regra jurídica escolhida integrará o rol de regras que serão aplicadas a casos semelhantes no futuro, integrando assim o ordenamento jurídico.

Por fim, na terceira hipótese, diante de um caso sobre o qual não incida regra jurídica prévia, o magistrado resolverá a lacuna legal pela integração, criando uma regra jurídica por analogia, por costume ou de acordo com os princípios gerais de direito. Aqui a discricionariedade judicial é mais ampla do que na hermenêutica das escolhas, estando limitada apenas pelas demais regras do ordenamento jurídico. É por isso que no caso da hermenêutica das escolhas dizemos que o magistrado interpreta a lei ou o contrato e depois escolhe uma regra jurídica compatível, enquanto na hipótese de lacuna ele simplesmente inventa uma regra jurídica. Assim, o magistrado é livre para escolher a regra, mas, uma vez escolhida a regra jurídica aplicável, esta passará a integrar o arsenal de regras vigentes em uma sociedade (precedente) e a obscuridade jurídica será eliminada. Aqui, obviamente, pressupondo-se que haverá uma jurisprudência consolidada sobre o tema (ausência de anarquismo judicial¹⁷⁶).

De uma forma ou de outra, *ceteris paribus*, o subproduto final de toda e qualquer atividade judicante – seja no caso da mera aplicação da lei ou do contrato, seja no caso de obscuridade ou de integração – é o reforço ou a determinação de uma única regra jurídica que, por sua vez, permanecerá no ordenamento jurídico ou passará a integrá-lo. Nesse sentido, caso o Judiciário siga a lei e a sua própria jurisprudência, o sistema jurídico tende a caminhar gradual e naturalmente para a estabilidade e para a completude das regras e, portanto, para uma maior segurança jurídica. O limite desse raciocínio é apenas o comportamento do próprio Judiciário e sua capacidade organizacional para se comunicar internamente e uniformizar suas decisões¹⁷⁷.

Retomando a discussão do Princípio da Eficiência no contexto do Diagrama Hermenêutico, teremos que, quando a regra jurídica for clara, *i.e.*, as preferências sociais forem claras, o único mandato do magistrado será realizar a subsunção e adjudicar o bem da vida de acordo com a referida regra jurídica ao menor custo possível (eficiência produtiva), pois a alocação eficiente decorrerá automaticamen-

176. Sobre a distinção entre ativismo e anarquismo judicial, cf. Seção 4.2.3.

177. Sobre essa questão, cf. Gico Jr. (2012), (2013), (2013), (2014) e (2015).

te do cumprimento do direito. Seguir a regra jurídica por si só levará ao resultado alocativamente eficiente ou, ao menos, o mais próximo possível disso.

Por sua vez, nos casos em que não haja regra jurídica estabelecida no ordenamento jurídico (lacuna jurídica) e, portanto, as preferências da sociedade não tiverem sido agregadas e previamente alocadas pelo Poder Legislativo, o magistrado deverá integrar o ordenamento utilizando as técnicas de integração. Cada etapa do processo integrativo é uma aproximação, cada vez mais distante, das preferências sociais, mas que sempre dará uma solução ao conflito trazido a juízo, nem que seja uma regra inteiramente inventada pelo próprio magistrado. Nesse caso, o juiz deverá tanto ser alocativamente eficiente (*i.e.*, tentar ao máximo se aproximar das preferências sociais) quanto produtivamente eficiente (*i.e.*, adjudicar o bem da vida segundo a regra escolhida ao menor custo possível).

Por fim, na hipótese de ambiguidade da regra jurídica, o magistrado deve escolher aquela que provavelmente se aproxime o mais possível das preferências sociais (hermenêutica das escolhas) e, uma vez escolhida a regra jurídica aplicável, ele deve adjudicar o bem da vida ao menor custo possível.

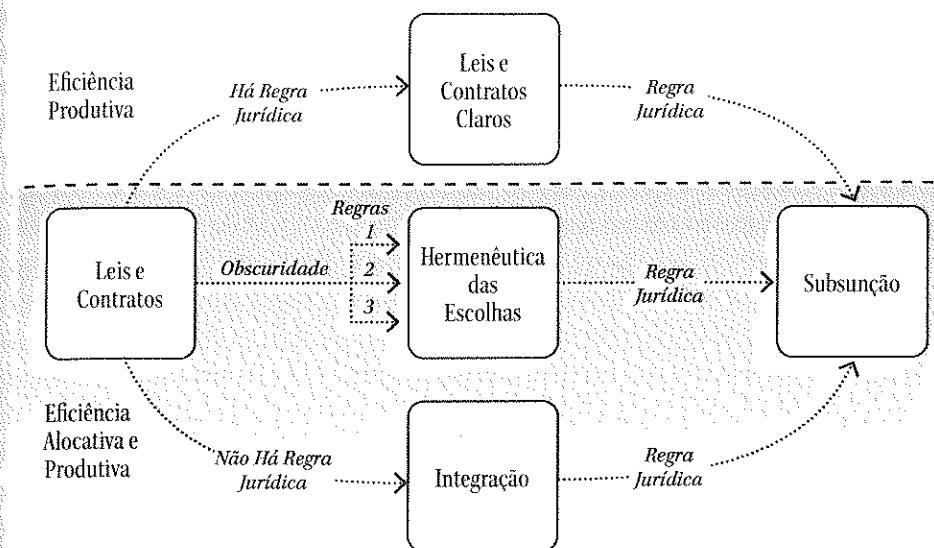
Nunca é demais lembrar que, quando o magistrado não realiza a sua atividade adjudicatória simplesmente aplicando a regra jurídica (subsunção), *i.e.*, quando ele está realizando a hermenêutica das escolhas ou integrando o direito, a sua escolha deve sempre buscar a maximização do bem-estar social e, portanto, deve necessariamente levar em consideração as consequências sociais de sua escolha. Esse é outro comando da LINDB quando afirma em seu art. 20 que: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Em outras palavras, mesmo quando o magistrado tem mais liberdade, ele está sob o dever legal de ser eficiente e levar em conta as consequências de sua decisão (consequencialismo). A AED é o instrumental teórico que permite ao magistrado cumprir este comando constitucional e legal.

Nesse sentido, podemos resumir as preocupações adjudicatórias do magistrado segundo o Princípio da Eficiência em apenas dois casos: (i) quando a regra jurídica aplicável for clara, sua única preocupação é realizar a adjudicação ao menor custo possível (eficiência produtiva); e (ii) quando a regra jurídica aplicável for ambígua ou inexistir, ele tanto deve escolher a regra que acredita se aproxime o mais possível das preferências sociais (eficiência alocativa), quanto deve adjudicar o bem da vida ao menor custo possível (eficiência produtiva)¹⁷⁸. Utilizando mais uma vez o Diagrama Hermenêutico, temos a seguinte situação:

178. No mesmo sentido, cf. Arake (2019, p. 71 e ss.)

DIAGRAMA HERMENÊUTICO E EFICIÊNCIA

Figura 3-5



Fonte: Adaptado de Gico Jr. (2018, p. 80).

Como se pode ver, toda e qualquer atividade adjudicatória estará sempre submetida ao Princípio da Eficiência tanto em sua vertente produtiva quanto em sua vertente alocativa. Sendo que no caso de o direito ser claro, a eficiência alocativa decorrerá da simples aplicação da lei, restringindo-se o desafio judicial à prestação do serviço público adjudicatório, *i.e.*, à adjudicação, ao menor custo possível. Já quando a regra for ambígua ou inexistir, o desafio do magistrado será mais complexo, pois além de adjudicar ao menor custo possível, ele deve escolher ou criar a regra jurídica mais alocativamente eficiente possível, *i.e.*, que mais se aproxime das preferências sociais. Com isso, alcançamos o objetivo de ter cada processo resolvido de maneira alocativamente eficiente, com o bem da vida sob litígio corretamente adjudicado a quem de direito e produtivamente eficiente com a adjudicação realizada ao menor custo possível. Uma vez estabelecido com clareza o conteúdo do Princípio da Eficiência, podemos passar aos demais princípios do processo civil para demonstrar como se integram e se completam de forma coerente e útil.

3.2 O Princípio da Legalidade (ou o Direito Fundamental à Legalidade)

3.2.1 O Princípio da Legalidade: aspecto material

De acordo com o art. 1º da Constituição Federal, o Brasil se organiza na forma política de um Estado Democrático de Direito, ou seja, a constituição do Estado brasi-

182 litigância, gerando maior segurança jurídica e economizando recursos do Judiciário, para que ele possa focar na decisão de casos difíceis.

A título de nota final, nessa seção e nas anteriores, vimos que o juiz racional não necessariamente permanece impassível diante do litígio, apenas julgando os casos que lhe são apresentados pelas partes mecanicamente. O juiz racional, como parte que é na relação processual tripartite, pode e age estrategicamente, levando em consideração não apenas a potencial reação das partes litigantes, mas também a eventual reação de seus pares e da organização a qual pertence, o Judiciário. Em resumo, o juiz age de forma estratégica. Mas ele não é o único. Agora vamos investigar os advogados, aqueles que representam seus clientes, e como sua estrutura de incentivos pode afetar as decisões processuais.

5.3 O Papel do Advogado: o problema principal-agente cliente-advogado

Até este momento nos referimos a autor e a réu, na fase de conhecimento, e a vencido ou a vencedor, na fase recursal; e, quando mencionamos a presença de um advogado, foi apenas para reforçar o seu papel na redução de assimetria de informação do cliente e na estimativa de probabilidades de êxito. No entanto, assim como as partes e o juiz, o advogado é um agente autônomo que pode, ou não, ter seus interesses alinhados com os de seu cliente. Como todos os demais agentes no jogo processual, dado que o advogado também é um agente racional, ele pautará a sua conduta pela racionalidade e, portanto, de acordo com a sua estrutura de incentivos³⁹³ em uma análise custo-benefício. Como a estrutura de incentivos do advogado é substancialmente afetada por sua forma de contratação, explorarei aqui como algumas formas de contratação podem alterar os incentivos dos advogados, em especial, em três decisões cruciais no curso do processo: (i) a decisão de ajuizar uma ação; (ii) a decisão de celebrar um acordo; e (iii) a decisão de quanto investir em uma causa, o seu grau de zelo³⁹⁴.

De início, vamos assumir que os advogados possuem mais informações sobre o direito, sobre o comportamento dos tribunais e sobre a probabilidade de êxito da ação que os clientes (assimetria de informação), enquanto os clientes possuem mais informações sobre os fatos. Além disso, no mercado de serviços advocatícios há três formas tradicionais de contratação: (i) honorários por hora; (ii) honorários por êxito e (iii) honorários de *pro labore* (fixos).

393. Note que a ética integra (ou não) as preferências do advogado. Quando mais ético ele for, mais valorizará fazer a coisa certa, quanto menos ético, menos valorizará. Todavia, tanto em um caso, quanto em outro, o advogado estará se comportando de acordo com sua estrutura de incentivos, o que muda na discussão ética são apenas suas preferências. Veja a discussão sobre preferências e utilidade na Seção 1.3.

394. Para uma revisão da literatura, cf. Rubinfeld e Scotchmer (1993).

183 O contrato por hora é baseado no famoso *timesheet* e é normalmente preferido para casos consultivos, de estruturação de operações societárias ou por grandes empresas e empresas internacionais. Nele o advogado lança todas as horas trabalhadas em um determinado período (*timesheet*) e fatura ao cliente as horas trabalhadas de acordo com uma tabela horária pré-acordada. Sob esse tipo de contrato, a remuneração do advogado é uma função das horas trabalhadas, *i.e.*, trabalhou mais, ganhou mais, trabalhou menos, ganhou menos. Note que, nesse caso, o risco do caso é do cliente, pois se o caso for muito complexo e demandar muitas horas trabalhadas, o cliente pagará mais, e se for resolvido mais rapidamente, o cliente pagará menos.

O contrato por êxito ou por sucesso é normalmente celebrado em casos contenciosos ou de recuperação de crédito, muito comum na advocacia trabalhista e tributária, e nele o advogado recebe apenas um percentual do benefício econômico auferido pelo cliente, normalmente entre 10% a 50%, quando e se o benefício for efetivamente auferido. O primeiro arranjo é um contrato de prestação de serviço típico, enquanto no contrato por sucesso há um compartilhamento de riscos entre o cliente e o advogado. O cliente não paga nada pelo serviço e o advogado arca com o custo da prestação do serviço³⁹⁵, mas se o caso for bem-sucedido, o advogado ficará com uma parte do proveito econômico. Se o cliente não for bem-sucedido, o advogado nada recebe. Logo, este é um contrato de compartilhamento de risco.

O contrato de *pro labore* ou fixo é normalmente celebrado para casos contenciosos, que envolvam litígios, podendo ou não ser estruturados por etapa. Se no contrato por hora o risco é integralmente do cliente e no contrato por êxito advogado e cliente compartilham o risco, no contrato de *pro labore*, o advogado deve estimar o número de horas a trabalhar no caso e estabelecer o preço de seus serviços adequadamente. Se o caso demandar menos horas, ganha o advogado, se o caso demandar mais horas de trabalho, ganha o cliente. Nesse sentido, o contrato de *pro labore* pode ser compreendido como um meio-termo entre o contrato por hora e o de êxito, pois o risco do caso é alocado para o cliente na proporção dos honorários pré-fixados, mas o que exceder é risco do advogado.

Esse tipo de contrato é interessante porque força o advogado a revelar de forma crível informações sobre a quantidade de trabalho esperada e limita a exposição do cliente ao risco do processo. Por outro lado, como o risco passa a ser do advogado, em contratos como esse, o profissional avesso ao risco pode inserir no preço uma margem de erro e, portanto, cobrar um valor adicional para cobrir eventuais surpresas. Esse adicional é o prêmio pela assunção do risco e pela certeza do preço para o cliente.

Também é possível se pensar em outros arranjos, como no caso da advocacia de partido, em que o cliente paga um valor fixo mensal e o advogado é responsável

395. Algumas vezes os contratos preveem ao menos o reembolso das despesas como deslocamento, cópias, telefone etc., mas, muitas vezes, mesmo quando previsto o reembolso, ele não é cobrado.

184 por cuidar de todos os assuntos incluídos no contrato que venham a aparecer, pelo valor fixado, ou uma contratação por hora com limite (*timesheet com cap*), mas para fins de nossa discussão vamos focar nossas atenções nos três tipos inicialmente indicados.

Além disso, como este é um livro de Processo Civil, concentraremos nossas atenções sobre as estruturas de incentivos criadas por cada forma de remuneração sobre a decisão de litigar, fazer um acordo ou investir na condução da ação, ignorando os casos de advocacia consultiva. Dito isso, comecemos avaliando como a forma de contratação afeta a decisão de ajuizamento da ação.

5.3.1 Condição de Ajuizamento

Na parte final da Seção 4.2.2, quando discutimos a judicialização como uma decisão com risco, vimos que a condição de ajuizamento de uma ação é dada por $p_A \cdot B - C_A > 0$, onde p_A é a probabilidade de êxito do autor, B é o valor do bem da vida em litígio e C_A são os custos com o processo. Logo, um autor racional ajuizará a ação quando o benefício do ajuizamento ($p_A \cdot B$) for maior que o seu custo (C_A). Nesse sentido, uma ação ajuizada terá um valor esperado positivo (ação VEP) quando a condição de ajuizamento estiver satisfeita e terá o valor esperado negativo (ação VEN) quando não estiver. Em regra, o autor racional neutro ao risco ajuizará apenas uma ação VEP e não uma ação VEN.

Se para o autor a decisão de litigar é uma função do retorno esperado da ação, o mesmo ocorre com o advogado, mas seus incentivos podem ser afetados pela forma de contratação. Um advogado contratado por hora terá incentivos para propor uma ação, quer ela seja VEP, quer ela seja VEN, pois será remunerado por hora e, portanto, extrairá benefícios com a propositura da ação de qualquer jeito. Se o advogado estiver advogando por um valor fixo, ele também pode ter incentivos a ajuizar mesmo uma ação VEN, pois receberá independentemente do resultado. Por outro lado, se o advogado estiver trabalhando no sucesso, *i.e.*, por êxito, esse efeito é anulado, pois o advogado receberá apenas se o caso for bem-sucedido e, portanto, ele não terá incentivos para ajuizar ações VEN.

Por isso dizemos que o contrato por êxito tem três vantagens do ponto de vista de alinhamento de incentivos. Primeiro, o autor que não tem condições de arcar com os custos do processo pode ter acesso ao serviço advocatício por esse arranjo alternativo. Segundo, como já dito, esse arranjo permite o compartilhamento de risco entre advogado e cliente. Terceiro, o contrato de sucesso pode ser visto como uma solução parcial para o problema de agência entre cliente e advogado decorrente do desalinhamento de incentivos associado ao contrato por hora. Nesse contexto, a estrutura de compensação do advogado pode ser importante para induzi-lo a aceitar apenas casos VEP e a adotar o nível de zelo (quantidade ótima de horas de trabalho)

adequado na condução da ação³⁹⁶. No entanto, esse tipo de arranjo não está livre de problemas.

Considerando o número de casos frívolos na justiça do trabalho, onde o contrato por êxito é mais comum, alguém poderia alegar que o fato de o autor não arcar inicialmente com os custos do processo³⁹⁷ poderia levá-lo a ajuizar ações frívolas ou de retorno esperado negativo (ações VEN). Todavia, se isso é verdade quando o autor está albergado pela gratuidade de justiça e/ou pela assistência gratuita da defensoria pública³⁹⁸, o mesmo não acontece necessariamente com os contratos de êxito, pois o advogado racional não tem interesse em representar causas VEN, dado que isso significaria que o seu retorno esperado também seria negativo. Logo, o papel de filtro do próprio advogado impediria que ações VEN sejam propostas, ainda que o autor assim desejasse. Como se diz: o advogado é o primeiro juiz da causa.

Note que uma ação que tenha baixa probabilidade êxito, mas tenha custos de ajuizamento muito baixos, não será VEN, apenas terá um baixo VEP, mas ainda assim o retorno será positivo e, portanto, será racional ajuizá-la. Além disso, dado o excesso de protecionismo da justiça do trabalho, na realidade, a propositura de várias ações de baixo VEP ou simplesmente VEN pode constituir uma estratégia de portfólio, em que a maioria dos empreendimentos fracassa, mas os que vingam mais do que compensam os custos de todo o portfólio. Espera-se que a inserção de honorários de sucumbência na justiça trabalhista elimine ou mitigue essa estratégia de portfólio.

Na realidade, do ponto de vista do cliente, o problema dos contratos de êxito não é o excesso de ações ajuizadas, mas sim que algumas ações VEP de baixo retorno serão recusadas. Para entender o porquê basta retomarmos a condição de ajuizamento na perspectiva do potencial autor e do advogado para ver como o contrato por êxito altera os incentivos de cada um. Para o potencial autor, a condição tradicional é $p_A \cdot B - C_A > 0$, mas, com o arranjo da advocacia por êxito, o custo do processo é eliminado ($C_A = 0$) e o valor de B é reduzido proporcionalmente aos honorários de êxito. Assim, se o acordo foi de que o autor potencial pagaria 1/3 de honorários de êxito, então, sua condição de ajuizamento seria $2/3 \cdot p_A \cdot B > 0$. Nesse caso, só seria racional para o autor não ajuizar uma ação se ele atribuísse nenhum valor ao bem da vida ($B = 0$) ou se não houvesse qualquer chance de êxito ($p_A = 0$). Do contrário, o autor sempre desejará propor a ação no regime de contratação por sucesso, pois – para o cliente – ela sempre será uma ação VEP³⁹⁹.

396. Perceba que esse efeito corretor do contrato por sucesso pode ser parcialmente compensado pelo fato de o cliente normalmente ter uma única causa e o advogado ter várias e, portanto, tratar seus casos como um portfólio, em que uns casos são mais viáveis que os outros, mas só se descobre *ex post*. Sobre essa questão, cf. Shepherd e Cloud (1999).

397. Estamos desprezando aqui outros custos com o processo, como o custo temporal e as custas processuais.

398. Cf. Gico Jr. e Arake (2014).

399. Lembre-se de que aqui estamos assumindo que os custos do processo, além dos honorários, são desprezíveis. Pense no caso da gratuidade de justiça, por exemplo.

O mesmo raciocínio não se aplica ao advogado, para quem a condição de ajuizamento é dada por $1/3 p_A \cdot B - C_A > 0$, pois ele arcará com todos os custos da propositura da ação (C_A)⁴⁰⁰. Como há causas em que a condição de ajuizamento é satisfeita ($p_A \cdot B - C_A > 0$), mas que não é racional para o advogado assumir ($1/3 p_A \cdot B - C_A < 0$), nem todas as ações VEP serão propostas sob o regime de sucesso. A origem dessa divergência é o retorno esperado negativo para o advogado, já que ele arcará com todos os custos do litígio (C_A), mas receberá apenas uma fração do benefício ($1/3 B$, o êxito). Logo, no regime de contratação exclusivamente por êxito, algumas ações VEP não seriam propostas.

Por outro lado, como no regime de contratação por êxito o cliente não arca com parcela substancial dos custos de litigar (C_A), os clientes em geral terão incentivos para propor mais ações do que seria esperado, caso arcassem com os custos. Lembre-se, como quem tem o domínio dos fatos é o cliente e não o advogado (assimetria de informação), sua estrutura de incentivos será no sentido de omitir ou enviesar os fatos na hora de apresentar o caso ao advogado, na tentativa de convencê-lo a aceitar a representação. Assim, é de se esperar que algumas ações frívolas ou VEN sejam propostas no regime de contratação por êxito, mas não muitas, dado que o advogado racional, ciente desses fatos, tomará medidas para corroborar o exposto pelo cliente. Além disso, os honorários de sucumbência mitigam um pouco o ímpeto do cliente de propor ações VEN, pois quem recebe os honorários é o advogado do outro lado.

Sendo assim, podemos concluir que, em termos gerais, comparando-se com modelo básico de litigância, há excesso de incentivos ao ajuizamento de ações sob o regime de remuneração por hora ou preço fixo e não há incentivos suficiente para litigar sob o regime de honorários de êxito. Uma possível alternativa seria um sistema misto em que o potencial autor pagasse parte da remuneração fixa e outra parte no êxito. Assim o advogado não arcaria com todo o risco do processo, e ações VEP que não seriam propostas serão propostas; a dificuldade é identificar e negociar esse ponto de equilíbrio.

5.3.2 Condição de Acordo

Apesar de a decisão de realizar ou não um acordo ser sempre uma decisão da parte, dado que o advogado é apenas o mandatário do cliente, fato é que o advogado está em uma posição privilegiada para orientar seu cliente a fechar um acordo ou seguir adiante com o litígio. Nesse contexto, a estrutura de remuneração do advogado pode, novamente, afetar o alinhamento ou o desalinhamento de interesses na relação cliente-advogado⁴⁰¹.

400. Note que aqui estamos considerando que o serviço e o tempo do advogado são os custos relevantes do processo, sendo as custas processuais desprezíveis e excluindo honorários de sucumbência.

401. Cf. Miller (1987) e Donohue III (1991).

Na Seção 4.2.3, discutimos a condição de litigância e o valor de reserva do autor que precisa ser superado ou igualado pela oferta de acordo para que transacionar seja racional, enquanto na Seção 4.3.1 discutimos o seu inverso, *i.e.*, a condição de acordo considerando tanto o autor quanto o réu. Juntando o que aprendemos em ambas as seções, temos que, seja A a proposta de acordo oferecida pelo réu ao autor durante as negociações. Se $A \geq p_A \cdot B - C_A$, ou seja, se o valor oferecido para acordo for maior ou igual ao valor esperado da ação, então, o autor racional aceitará a proposta e a lide será resolvida. Por outro lado, assumindo que as partes concordam com o valor do bem da vida B , temos que a condição de acordo nos é dada por $C_A + C_R > (p_A - p_R) B$.

E como a forma de contratação poderia afetar o valor de reserva e a condição de acordo? Primeiro, se um advogado estiver contratado apenas por hora, isso significa que ele terá incentivos para recorrer um acordo, mesmo quando $A \geq p_A \cdot B - C_A$, pois o seu ganho será maior quanto mais tempo durar o processo⁴⁰². Uma possível estratégia de mitigação é também incluir uma parcela de êxito na celebração de um acordo. Assim, os honorários de êxito poderiam mitigar ou suprir o custo de oportunidade do advogado e alinhar os incentivos.

No caso de um advogado contratado por preço fixo, a situação se inverte completamente. Uma vez que o advogado por partido ou preço fixo não ganha mais, caso o processo vá a julgamento, mas incorre no custo de conduzir o caso, seu incentivo será de promover um acordo, pois isso reduzirá seus custos. Por outro lado, dado que o pagamento do advogado por preço fixo ou por partido já foi incorrido e é irrecuperável (cf. Seção 5.1.2), na prática, para o autor, tais custos não afetam mais a decisão de celebrar um acordo, e isso pode levar a um incentivo a litigar demais, rejeitando bons acordos, em uma lógica semelhante aos casos de contratação por êxito.

Na contratação por êxito, o autor tem incentivos a levar mais casos do que deveria a julgamento (litigar), e o advogado tem mais incentivos a aceitar acordos do que deveria. Vejamos por quê. Começamos analisando a questão do ponto de vista do autor. Se essa negociação estiver sendo conduzida sob o regime de uma contratação por êxito, então, o autor receberá apenas uma fração de A e não arcará com os custos do processo ($C_A = 0$). Mantendo nosso exemplo acima, suponha que as partes tenham negociado o pagamento por sucesso no percentual de $1/3$. Portanto, a condição de acordo para o autor passa a ser $2/3 A \geq p_A \cdot 2/3 B - 0$, o que equivale a $A \geq p_A \cdot B$. Isso ocorre porque o réu oferecerá o acordo inteiro A , mas – na prática – o autor receberá apenas $2/3 A$, caso celebre o acordo. Por outro lado, o valor da ação também deve ser ajustado, dado que, sob o regime de êxito, o autor não arca com o

402. Aqui sob o pressuposto razoável de que é melhor continuar trabalhando em um caso em andamento do que tentar conseguir outro cliente. Se o advogado estiver com excesso de demanda e a realização de um acordo simplesmente significar a troca de caso, mas não uma redução do número de horas cobradas, então, os incentivos do cliente e do advogado estarão alinhados, pois o advogado será indiferente em relação ao número de horas por caso, dado que o total de horas trabalhadas não muda.

188 custo da ação ($C_A = 0$) e, em caso de sucesso, receberá apenas $2/3 B$, que é o valor da condenação menos os honorários de êxito.

Lembremos que, como visto na Seção 4.3.1, para que haja um acordo, o valor de reserva do réu deve ser superior ao valor de reserva do autor, justamente para que haja um excedente cooperativo a ser distribuído, e, portanto, a condição de acordo é, normalmente, dada pela expressão $C_A + C_R > p_A B_A - p_R B_R$. Assumindo $B_A = B_R = B$, ou seja, que as partes concordam com o valor do bem da vida, e $C_A = 0$, isto é, que o autor externalizou os custos do litígio para o advogado, então, teremos que a condição de acordo para o autor sob o regime de sucesso será:

Inequação 5.3-1

$$C_R > (p_A - p_R) B$$

Como se pode ver, como a contratação por êxito altera tanto o valor do acordo quanto o valor esperado da ação para o autor, na prática, seu único efeito é excluir os custos da ação da Inequação 4.3-1, a condição de acordo. Para ficar mais claro: se lembrarmos da fórmula de cálculo do excedente cooperativo prevista na Equação 4.3-2, $(C_A + C_R) + (p_A - p_R) B$, temos que o regime de contratação por êxito diminui o excedente cooperativo justamente em C_A , que é o custo em que o autor não terá de incorrer se continuar a litigar e, portanto, não constitui mais um ganho do acordo a ser partilhado. Logo, o autor sob o regime de êxito está mais inclinado a litigar do que o autor no regime de contratação por hora ou preço fixo, quando $C_A > 0$. Essa conclusão é compatível com o fato de que, no regime de sucesso, o autor gasta menos e sua decisão de ir a julgamento não tem custo, ou custa menos para ele.

A situação é completamente diferente da perspectiva do advogado, que arcará integralmente com os custos do litígio⁴⁰³. Para o advogado, a condição de acordo em nosso exemplo é $1/3 A \geq p_A \cdot 1/3 B - C_A$, portanto, os honorários de êxito decorrentes do acordo ($1/3 A$) devem exceder o custo esperado da ação para ele ($p_A \cdot 1/3 B - C_A$) que, diferentemente do autor, incluirá integralmente os custos do litígio (C_A). Se multiplicarmos ambos os lados da condição de acordo do advogado por 3, teremos que $A \geq p_A \cdot B - 3C_A$, ou seja, para o advogado, o valor do acordo oferecido deve ser maior ou igual ao valor esperado da ação menos três vezes os custos de litigar.

Aplicando o mesmo raciocínio que usamos acima para o autor, só que agora em relação ao advogado, teremos que, para que haja acordo, o valor de reserva do réu ($p_R B + C_R$) deve ser maior que o valor de reserva do advogado ($p_A \cdot B - 3C_A$), logo, a

condição de acordo será $p_R B + C_R > p_A \cdot B - 3C_A$. Assim como feito no exemplo anterior, simplificando para $C_A = C_R = C$, teremos que a condição de acordo para o advogado sob o regime de sucesso será $p_R B + C > p_A \cdot B - 3C$, que pode ser reescrita para:

Inequação 5.3-2

$$4C > (p_A - p_R) B$$

Como o advogado recebe apenas $1/3$ do benefício, mas arca com 100% dos custos do processo, o peso dos custos em sua estrutura de incentivos é igualmente desproporcional, e o advogado estaria disposto a celebrar o acordo por um valor substancialmente menor do que o autor estaria disposto a aceitar. Assim, se o advogado estiver no controle e for responsável pela decisão de transacionar – talvez por força de uma cláusula contratual, talvez por força de seu poder de convencimento em decorrência da assimetria de informação –, o acordo provavelmente será celebrado, mas a um valor mais baixo do que no modelo básico. Mas, se o autor estiver no controle, há uma maior chance de o caso ir para instrução e julgamento, mesmo que o acordo proposto fosse maior que o custo da ação.

É interessante notar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números do CNJ de 2019⁴⁰⁴, na justiça do trabalho, onde a forma de contratação por êxito é mais comum, a taxa de celebração de acordo na fase de conhecimento é de 39%, enquanto na justiça comum a taxa na mesma fase é de apenas 14%, *i.e.*, se fazem quase três vezes mais acordos na justiça do trabalho do que na justiça comum⁴⁰⁵. A explicação para essa divergência tão grande talvez seja justamente a forma de contratação de honorários prevalecente em cada seara e a estrutura de incentivos resultante. Esse é justamente o resultado que a Teoria Positiva do Processo prevê, mas seria muito interessante que fossem realizadas pesquisas empíricas no Brasil para testar especificamente essa previsão da teoria. Até o momento, o que sabemos é que, pelo menos nos Estados Unidos, há alguma evidência de que essas conclusões são verdadeiras⁴⁰⁶, como também reconhecem Fux e Bodart⁴⁰⁷.

Sendo assim, podemos concluir que, em termos gerais, comparando-se com modelo básico de litigância, há excesso de incentivos para o advogado recusar bons acordos sob o regime de remuneração por hora, mas há excesso de incentivos para que ele aceite acordos não tão bons quando remunerado a preço fixo ou no êxito. Já do ponto de vista do autor, o regime de remuneração no êxito (externaliza o custo), por preço fixo ou por partido (custo irrecuperável) gera um incentivo ao excesso de

403. É importante ressaltar que Polinsky e Rubinfeld combinaram a análise da condição de acordo com o nível de zelo na instrução para propor que, como o advogado poderá investir menos tempo na fase de instrução, na realidade, ele pode ter incentivos insuficientes para fazer um acordo. Cf. Polinsky e Rubinfeld (2002).

404. Cf. CNJ (2019, p. 143).

405. Já na justiça federal, onde os procuradores da Fazenda e os advogados da União são muito limitados em sua capacidade de propor e aceitar acordos, a taxa de acordo é de apenas 9%.

406. Cf. Thomason (1991).

407. Cf. Fux e Bodart (2019, p. 74).

190 litigância, pois bons acordos serão rejeitados. Novamente, uma possível alternativa é um sistema misto em que o potencial autor paga parte da remuneração fixa, por etapas do processo, de forma que haja custo de litigar, e outra parte da remuneração condicionada ao êxito. Assim o advogado não arca com todo o risco do processo, e os incentivos possam a ser mais alinhados para ambos os lados.

5.3.3 Nível de Zelo Processual

Uma última análise interessante é a interação da estrutura de incentivos do advogado e o nível de zelo que ele emprega no curso do processo, *i.e.*, quanto o advogado investe no processo durante a instrução. Suponha que, por qualquer razão, não tenha sido celebrado o acordo em um dado processo e, portanto, ele foi para a fase de instrução. Neste caso, como a estrutura de incentivos do advogado afetaria o nível de zelo que ele empregará na condução do processo⁴⁰⁸?

De início, considerando os casos por hora, é relativamente simples perceber que o advogado terá incentivos para investir demais no processo, pois ele ganhará mais quanto mais trabalhar. Já do ponto de vista do autor, o ideal seria que o montante trabalhado fosse a quantidade ótima de horas, mas ele não tem como saber esse montante em função da assimetria de informações. Como o autor não tem como controlar essa informação e é o advogado quem escolhe o número de horas trabalhadas, a tendência é que se invista demais no processo sob esse regime⁴⁰⁹. É justamente por isso que as grandes empresas e as empresas estrangeiras, que normalmente empregam contratos por hora, possuem advogados internos para rever os relatórios de horas e extirpar eventuais excessos dos advogados contratados. É sempre um momento difícil, dado que é quase impossível diferenciar o controle por excesso de hora da redução para adequação ao orçamento da empresa, principalmente quando o bônus do diretor jurídico está atrelado não a resultado, mas à redução de despesas com advogados.

Por sua vez, nos contratos por êxito, apesar de o advogado não ter incentivos para trabalhar em excesso no processo, ele investirá menos do que a quantidade ótima de horas, dado que – como visto na seção anterior –, o advogado arca integralmente com os custos do processo, mas desfruta de apenas parte dos benefícios resultantes.

408. Se o leitor estiver pensando que o advogado *deveria* sempre zelar igualmente pelas suas causas e que a forma de contratação *não deveria* afetar o seu grau de zelo, perceba que está realizando um julgamento de valor (dever-ser) e não uma descrição da realidade. É um raciocínio semelhante a dizer que as pessoas *deveriam* se comportar bem, independentemente da ameaça do direito. Revisite a discussão da Guilhotina de Hume na Seção I.I.

409. No escritório nós temos uma piada interna de que, para o cliente por hora, se gastarmos uma semana escrevendo uma petição, estamos lhe aplicando um golpe. Para o cliente fixo ou por partido, estamos salvando sua vida e, para o cliente por êxito, não fazemos mais que a obrigação. Alguns clientes mais sofisticados conseguem apreciar a piada, outros não.

Nesse sentido, os contratos por êxito levam a um nível de zelo subótimo na condução do processo.

Vamos usar um exemplo para ilustrar a diferença do efeito da contratação por hora e por êxito sobre a estrutura de incentivos dos agentes relativo ao nível de zelo. Suponha que um caso não tenha terminado em acordo e, portanto, agora vai para instrução. Por simplicidade, suponha que os custos de ajuizar uma ação se resumam aos honorários advocatícios, *i.e.*, os demais custos são desprezíveis, e que o advogado está sob um regime de contratação por hora. Considerando que a tabela horária do advogado é de R\$ 100 por hora em casos de contencioso civil, e o valor da condenação pretendida é R\$ 60 mil (B), há dois níveis possíveis de zelo: baixo e alto.

No nível baixo de zelo, o advogado investe 50 horas de trabalho no processo ao custo de R\$ 5 mil (C_b), o que gera uma probabilidade de êxito de 60% (p_b) e dá um retorno esperado para o autor de R\$ 31 mil ($= 60.000 \cdot 0,6 - 5.000$). Já no nível alto de zelo, o advogado investe 120 horas de trabalho no processo ao custo de R\$ 12 mil (C_a), o que gera uma probabilidade de êxito de 80% (p_a) e dá um retorno esperado de R\$ 36 mil ($= 60.000 \cdot 0,8 - 12.000$). Logo, do ponto de vista do autor, investir mais no processo (nível alto de zelo) seria racional. Por outro lado, do ponto de vista do advogado, como ele ganha por hora, investir mais no processo (mais horas trabalhadas) também é racional. O exemplo pode ser resumido assim:

INCENTIVOS ALINHADOS SOB O REGIME HORÁRIO

Figura 5-10

		B	p	C	$p \cdot B - C$
Autor	Baixo	60.000	0,6	5.000	31.000
	Alto	60.000	0,8	12.000	36.000

		R\$/Hora	Horas	Benefício
Advogado	Baixo	100	50	5.000
	Alto	100	120	12.000

No exemplo acima, mudemos apenas o regime de contratação que será por êxito, tendo as partes combinado o honorário em 25% da condenação. Assim, o autor não arcará com os honorários advocatícios de *pro labore*, logo, $C_a = C_b = 0$, mas uma parte do benefício econômico vai para o advogado e, portanto, seu benefício será de apenas R\$ 45.000 ($= 0,75 \cdot 60.000$). Portanto, o valor esperado da ação para o autor no nível baixo de zelo será de R\$ 27.000 ($= 0,60 \cdot 45.000 - 0$) e no nível alto de zelo será de R\$ 36.000 ($= 0,80 \cdot 45.000 - 0$). *Ergo*, no regime de contratação por sucesso, continua a ser racional para o autor o investimento em zelo com o processo.

Já para o advogado os incentivos mudaram e investir tanto no processo já não faz mais sentido. Se antes a remuneração do advogado era uma certeza e ele ganhava por hora, agora, no regime de êxito, seu benefício também será um resultado com risco.

192

Assim como para o autor, apesar de o valor da condenação ser R\$ 60 mil, a parcela a que o advogado tem direito é apenas uma fração desse valor, para ser mais preciso, 25%, logo, o valor esperado dos honorários é de R\$ 15.000 ($= 0,25 \cdot 60.000$). Além disso, o custo das horas trabalhadas foi alocado para o próprio advogado. Dessa forma, se decidir adotar o nível baixo de zelo, o advogado gastará 50 horas de trabalho⁴¹⁰ no processo ao custo de R\$ 5 mil (C_b), para gerar uma probabilidade de êxito de 60% (p_b) e, portanto, o valor esperado da ação para o advogado será de R\$ 4 mil ($= 15.000 \cdot 0,6 - 5.000$). Já se adotar o nível alto de zelo, gastará 120 horas de trabalho ao custo de R\$ 12 mil (C_a), para gerar uma probabilidade de êxito de 80% (p_a) e obter um retorno esperado de R\$ 0 ($= 15.000 \cdot 0,8 - 12.000$). Assim, não ganhará nada investindo mais, ao contrário, perderá. Essa situação pode ser resumida da seguinte forma:

INCENTIVOS DESALINHADOS SOB O REGIME DE ÊXITO

Figura 5-11

		$0,75 \text{ de } B$	p	C	$p \cdot 0,75 B - C$
Autor	Baixo	45.000	0,6	0	27.000
	Alto	45.000	0,8	0	36.000

		$0,25 \text{ de } B$	p	C	$p \cdot 0,25 B - C$
Advogado	Baixo	15.000	0,6	5.000	4.000
	Alto	15.000	0,8	12.000	0

Como se pode ver, a depender do contexto, pode ser que o regime por hora alinhe os incentivos do autor e do advogado e que o regime por êxito desalinhe tais incentivos. Mas há situações em que o desalinhamento é ainda maior, como no caso dos contratos por partido. Os contratos por partido geram incentivos para um investimento ainda menor no nível de zelo do que os contratos de êxito, pois, se no contrato de êxito o advogado recebe ao menos parte do benefício econômico e, portanto, tem algum incentivo de investir, ainda que de forma subótima, nos contratos por partido o advogado não tem qualquer incentivo em investir no processo, pois dele não extrairá nada mais⁴¹¹. No contrato por partido, o processo é simplesmente um custo para o advogado. Justamente por isso, como na Seção 5.3.2, os contratos por partido incentivam a celebração de acordo por parte do advogado e a litigância por parte do autor.

410. Se o leitor não entendeu por que investir no processo gera um custo para o advogado, basta lembrar-se do conceito de custo de oportunidade. Cada hora que o advogado trabalhar no processo será uma hora em que ele poderia estar trabalhando em outro caso por hora ou realizando qualquer outra atividade. Portanto, é um custo econômico.

411. Obviamente aqui estamos assumindo que o advogado é indiferente ao resultado para o cliente (preferências), que não há custos de reputação, e que o cliente não consegue monitorar o advogado. Em suma, estamos assumindo que a pressão competitiva não alterará o cenário.

193

Como se pode ver, o jogo processual é muito mais sofisticado e complexo do que pode parecer à primeira vista, sendo que a estrutura de incentivos de todos os agentes envolvidos importa para a compreensão plena do fenômeno. Espero que a discussão ilustrativa acima acerca das diferentes estruturas de incentivo para autor e advogado demonstre não apenas as dificuldades de se alinhar os interesses em qualquer contexto de relação de agência, mas também como um modelo simples pode gerar resultados contraintuitivos que revelem aspectos interessantes da realidade. A discussão acima de forma alguma foi exaustiva, mas serve para mostrar ao leitor como até mesmo a questão de contratação de advogado pode ser objeto de uma análise econômica do processo e, mais importante, que tanto na relação Estado-juiz quanto na relação cliente-advogado temos um problema de agência. Dito isso, para encerrarmos esse capítulo de tópicos avançados, vamos apresentar algumas contribuições da análise econômica comportamental do direito e como elas podem sofisticar as discussões anteriores.

5.4 Análise Econômica Comportamental do Processo

Conforme visto no Capítulo 4, a AED nos auxilia a construir uma teoria positiva sobre o processo civil, em contraposição a uma abordagem meramente normativa e dogmática (dever-ser), tradicional no direito. Nesse sentido, assim como o próprio direito é baseado na racionalidade dos agentes, como visto na Seção 1.3, a AED constrói os seus principais blocos analíticos a partir da Teoria da Escolha Racional – TER. A Teoria da Escolha Racional, por sua vez, se baseia em alguns pressupostos simplificadores sobre o comportamento humano que são capazes de gerar modelos simples e compreensíveis, mas com alto grau de poder preditivo e explicativo.

Conforme discutimos na Seção 1.4, a conveniência da utilização de um modelo não decorre necessariamente do realismo de seus pressupostos, mas sim da acurácia de suas previsões e de seu poder explicativo. Por isso, como todo o resto da ciência, a economia, em geral, e a AED, em especial, adotam pressupostos simplificadores sobre o comportamento humano, o que, não necessariamente, invalida a análise decorrente de tais modelos e pressupostos⁴¹². As discussões desenvolvidas nos Capítulos 2 e 3, bem como os vários modelos e *insights* discutidos nos Capítulos 4 e neste são uma demonstração de como essa abordagem simples pode nos trazer uma compreensão muito mais ampla e profunda do Direito Processual e do fenômeno social chamado processo, complementando e estendendo o alcance da Teoria Geral do Processo muito além do seu estágio atual.

Mas agora que o leitor está confortável (ou devo dizer, deveria estar?) com a abordagem econômica do direito, podemos refinar ainda mais nossa análise introduzindo também os *insights* da Análise Econômica Comportamental do Di-

412. Cf. Friedman (1953, pp. 3-43).