

1

**Teoria Geral do Processo e Análise
Econômica do Direito**

1.1 A TGP: em busca de uma teoria do comportamento

O termo *ciência* deriva da palavra latina *scire*, que significa saber ou entender. A ciência é uma forma de saber, mas diversa de outras formas de saber, como a intuição, a autoridade ou a experiência pessoal. Quando você pergunta a alguém sobre algo, em geral, essa pessoa lhe diz *o que* sabe. Quando você pergunta a ela *como* sabe o que sabe, ou seja, a razão pela qual ela acredita no que diz, sua resposta normalmente indica o método de conhecimento utilizado pela pessoa para adquirir ou substanciar aquela informação ou crença.

Já a palavra *teoria* vem do grego *theoria*, que significa contemplar, refletir sobre algo. Não é incomum alguém pressupor que a teoria é desconectada da prática ou referente a algo que não existe. No entanto, esse tipo de postura se deve ao desconhecimento do que venha a ser uma teoria, dado que todos nós utilizamos teorias no nosso dia a dia. Uma teoria nada mais é do que o entendimento de alguém sobre como algo funciona. Quando tais teorias advêm da prática social ou da cultura e têm uma conotação positiva, são normalmente denominadas como conhecimento vulgar¹, senso comum², aforismos³ ou máximas⁴. Já quando desprestigiadas, são chamadas de lendas, folclore ou superstições, como bater na madeira três vezes para afastar o azar ou comprar uma pimenteira para afastar o mau-olhado.

O objetivo da ciência é elaborar teorias e testá-las, sendo que a principal diferença entre a ciência e as demais fontes de conhecimento é que (i) para ser científica, uma afirmação tem que ser falseável, ao menos em tese⁵; e (ii) a ciência constantemente questiona a si própria. Nesse sentido, uma abordagem científica de qualquer assunto requer que exponhamos expressamente as teorias utilizadas, da maneira mais precisa possível, para que seja muito claro *o que* se está afirmando e *o porquê* se está afirmando. A clareza da afirmação e da razão da afirmação são essenciais para que seja possível identificar, testar, confirmar ou infirmar, modificar e, no limite, descartar

1. **Conhecimento vulgar** consiste no conhecimento que, em geral, é comum a todos os membros de um determinado grupo, sem a necessidade de treino especializado.
2. **Senso comum** é o modo de pensar da maioria das pessoas de um determinado grupo, são noções comumente admitidas pelos indivíduos daquele grupo como verdadeiras, sem a necessidade de um método ou investigação mais profunda. O senso comum descreve as crenças e proposições adotadas como "normais" em um dado grupo. Significa o conhecimento adquirido pelo homem a partir de experiências, vivências e observações do mundo.
3. **Aforismo** é uma máxima ou uma afirmação que, em poucas palavras, explicita uma regra ou um princípio, geralmente de natureza prática ou alcance moral.
4. **Máxima** é uma sentença que traduz a expressão de uma verdade ou princípio geral, especialmente um dito com tom moral ou aforístico.
5. Apenas como exemplo, há mais de cem anos, a Teoria Geral da Relatividade de Einstein previa um fenômeno muito estranho chamado onda gravitacional, que seria uma perturbação do espaço-tempo causada pela aceleração de corpos de enorme massa, que se propagava na forma de onda. Cf. Einstein (1918). O excêntrico fenômeno foi finalmente comprovado em 2016 por experimentos nos interferômetros Virgo e LIGO, quando se detectou o choque de dois buracos negros ocorrido há bilhões de anos. Cf. Castelvechchi e Witze (2016).

4

ou manter a afirmação. A ciência é a atividade contínua de levantar novas ideias e desafiá-las para ver se elas se sustentam ou não. É esse ciclo interminável de teste e revisão ininterruptos que separa teorias científicas de outras formas de conhecimento.

Além de nossa inata curiosidade humana, desejamos entender como o mundo funciona em todos os seus aspectos para que possamos planejar, para que possamos construir expectativas razoáveis sobre o futuro, ou seja, sobre como o mundo ou algo específico nele se comportará, enfim, para termos algum controle sobre o nosso próprio destino. Como disse Augusto Comte⁶, precisamos ver para prever, a fim de prover. Se é verdade que muitas ciências se preocupam com a explicação de fenômenos passados, sem nenhuma intenção de saber se o mesmo fenômeno existe no presente ou se é provável que exista no futuro, grande parte do esforço científico é na direção de compreender o que está acontecendo agora e o que provavelmente acontecerá no futuro. Nesse sentido, o objetivo das teorias científicas é descrever, explicar e prever os fenômenos do mundo.

O elo entre ciência e direito é inegável. Como veremos em mais detalhes no Capítulo 2, o direito é o mecanismo formal⁷ pelo qual a humanidade estrutura as interações sociais para tornar viável a vida em sociedades complexas. Ao fazê-lo cria regras – leis – que nos permitem entender por que certas coisas acontecem no presente e construir expectativas racionais sobre como o Estado e as pessoas em geral se comportarão no futuro (segurança jurídica), viabilizando justamente a compreensão, o controle e a predição de nossos destinos no âmbito social. Se por um lado no mundo natural as leis não podem ser violadas⁸, no mundo jurídico elas podem. Por isso, se algum agente – seja ele uma pessoa, seja uma empresa ou o próprio Estado – não se comportar de acordo com as leis, criamos o mecanismo adjudicatório para fazer valer as leis (o Judiciário), para forçar o mundo social a retornar ou aderir à ordem jurídica preestabelecida. No direito, diferentemente do mundo natural, se o comportamento viola a lei, é o comportamento que deve ser alterado, não a lei⁹. E essa alteração vem pelo exercício da força pelo Estado. O Direito Processual é a parte do direito que estuda como essa atividade adjudicatória se desenvolve.

O Direito Processual tenta descrever e explicar a atividade adjudicatória, sendo a Teoria Geral do Processo (TGP) a sua parte voltada a descrever e explicar os elementos ou características comuns a todos os ramos de Direito Processual (*i.e.*, civil, trabalhista,

6. Adaptação de Comte (N/D, p. 16).

7. Além do direito, também temos a cultura e a religião como instrumentos informais de estruturação e controle social. Nesse sentido, cf. North (1990).

8. Se algum comportamento “viola” uma lei da natureza, não é o comportamento que está errado, mas provavelmente a lei ou a nossa compreensão do fenômeno. Em uma abordagem científica, a discrepância entre lei e realidade demandará mais pesquisas e, após novas observações do fenômeno, se os resultados continuarem infirmo a lei, essa será mudada ou abandonada. De um jeito ou de outro, saberemos um pouco mais sobre o mundo e o conhecimento científico avançará.

9. Obviamente, essa conclusão também é uma regra jurídica, o que se chama de Princípio da (ou Direito Fundamental à) Legalidade. Para saber por que chamamos o princípio de regra, vide Seção 3.2.

eleitoral, penal etc.). Nesse sentido, Calamandrei entendia que o processo judicial poderia ser sistematizado a partir de três noções fundamentais¹⁰: jurisdição, ação e processo, e, nessa tradição, Theodoro Jr.¹¹ explica que: “[...] a jurisdição caracteriza-se como o poder que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica conflituosa. O processo é o método, *i.e.*, o sistema de compor a lide em juízo mediante uma relação jurídica vinculativa de direito público. Por fim, a ação é o direito público subjetivo abstrato, exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional”.

Nesse mesmo sentido, Didier Jr.¹² reconhece a existência de “conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais” com pretensão universal, e eis que eles se espraiam pelos demais ramos processuais passíveis de ser compreendidos por uma teoria geral: “A Teoria Geral do Processo [...] é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais. [...] A Teoria Geral do Processo pode ser compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais, que compõem o seu conteúdo, têm pretensão universal. Convém adjetivá-la como ‘geral’ exatamente para que possa ser distinguida das teorias individuais do processo, que têm pretensão de servir à compreensão de determinadas realidades normativas, como direito brasileiro ou italiano”.

Como se pode ver, o foco da TGP tradicional é a identificação e o estabelecimento dos conceitos fundamentais que permitam a compreensão de qualquer sistema processual, uma tentativa de explicação e descrição dos elementos do processo que seriam comuns a todos os ramos. No entanto, a TGP atual não possui uma teoria sobre o comportamento humano nem qualquer mecanismo para informar qual será a provável consequência de uma determinada regra jurídica processual ou de uma possível alteração. Muito se discute sobre os conceitos fundamentais (descrição), sobre o que diz cada regra ou princípio (hermenêutica) e sobre o que deveria dizer ou como deveria ser aplicada cada regra ou princípio (teoria normativa), mas pouco ou nada se diz sobre a estrutura de incentivos criada pelas regras processuais e a provável consequência social dessa ou daquela regra jurídica no mundo real (previsão). Em resumo, até o momento, os processualistas têm focado muito em diagnose e pouco em prognose.

Dito de outra maneira, a TGP, tal como tradicionalmente construída, explica e descreve muito bem, por exemplo, que uma lide é instaurada quando uma pretensão é resistida, mas não explica por que essa pretensão foi resistida, nem por que a parte lesada optou pelo ajuizamento da ação em vez de renunciar à pretensão. Do mesmo

10. Cf. Calamandrei (1999[1940], p. 93).

11. Cf. Theodoro Jr. (2018, p. 102).

12. Cf. Didier Jr. (2017, pp. 40-41).

6 modo, a TGP conceitua as hipóteses em que se permite o duplo grau de jurisdição, porém não explica em que condições uma parte decidirá apelar de uma sentença desfavorável ou simplesmente deixá-la transitar em julgado, nem o impacto do duplo grau de jurisdição sobre a previsibilidade do sistema. Tais perguntas são importantes não apenas para a compreensão dos efeitos do direito no mundo dos fatos, mas também para a interpretação e elaboração da legislação.

Por exemplo, o § 1º do art. 542 do CPC/73¹⁴ previa expressamente que, antes de dar seguimento ao recurso extraordinário ou especial, o presidente ou o vice-presidente do tribunal onde foi interposto o recurso (juízo *a quo*) deveria realizar um juízo de admissibilidade do recurso – *i.e.*, uma análise acerca da presença ou não dos pressupostos processuais intrínsecos e extrínsecos – para dar seguimento ou não ao recurso. Se admitido, o recurso seguiria o seu curso regular para o tribunal superior (juízo *ad quem*), que então realizaria novo juízo de admissibilidade. Só após esse duplo juízo de admissibilidade é que se analisaria o mérito do recurso extraordinário ou especial. Por outro lado, se o seguimento do recurso fosse denegado pelo juízo de admissibilidade *a quo*, então, o art. 544 do CPC/73¹⁵ previa a possibilidade de interposição de agravo para fazer subir o recurso, seguindo o mesmo rito.

Não havia dúvidas sobre o que significava o comando normativo dos arts. 542 e 544 do CPC/73 e a teoria processual era suficientemente clara para descrever e explicar o significado dos conceitos utilizados em cada uma das regras, ou seja, não havia qualquer questão hermenêutica a ser resolvida. No entanto, o legislador entendeu que essa sistemática não era eficiente e gerava retrabalho desnecessário, dado que o juízo de admissibilidade era realizado duas vezes, por instâncias diversas, e mesmo no caso de negativa de seguimento pelo juízo de admissibilidade *a quo*, o recurso subiria por meio do agravo, tornando ainda mais desnecessário o duplo juízo de admissibilidade. Em função dessa suposição, em 2015 o CPC eliminou o juízo de admissibilidade *a quo* (art. 1.030¹⁶ original), sendo que o parágrafo único era expresso em afirmar que: “A remessa [do recurso] dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”.

13. Sobre a dupla função do duplo grau de jurisdição, cf. Seção 5.2.

14. Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: [...].

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões.

§ 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.

15. Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

16. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

Curiosamente, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, a Lei nº 13.256, de 4/2/2016, alterou o art. 1.030¹⁷ para reinstalar o duplo juízo de admissibilidade¹⁸.

A tomar pela redação original do CPC, os autores do Código entendiam que a eliminação do duplo juízo de admissibilidade traria eficiência ao processo civil. Alguns ministros do STJ e do STF entenderam que as cortes superiores seriam sobrecarregadas e pressionaram pelo retorno à sistemática do CPC/73. Quem está com a razão? O que aconteceria na prática, caso se adotasse uma ou outra regra jurídica? Como a Teoria Geral do Processo tradicional ou mesmo o Direito Processual poderiam responder a estas perguntas? A resposta é simples: não poderiam, pois as perguntas não tratam de conceitos ou interpretações de dispositivos de lei (hermenêutica), mas sim das prováveis consequências fáticas decorrentes de uma e outra regra jurídica e da estrutura de incentivos delas decorrentes. Em outras palavras, para respondermos a estas relevantes perguntas sobre processo, para sabermos quem está com a razão, precisamos de uma teoria sobre como se comportam as partes em um litígio, ou seja, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano.

Obviamente, qualquer pessoa pode ter uma opinião sobre o assunto, mas, sem uma teoria do comportamento humano para fundamentar tais opiniões ou evidências que apoiem um lado ou outro do debate, tais opiniões são, na realidade, meras hipóteses. E aqui vale a pena esclarecer a diferença entre lei, teoria e hipótese no âmbito da investigação científica.

O critério distintivo entre lei, teoria e hipótese se assenta na natureza e na quantidade de evidências que dão suporte a cada tipo de afirmação, ou seja, em seu grau de confiabilidade. Cientistas dificilmente se referem a alguma afirmação como lei, pois tal classificação implica que muitas observações acerca do mesmo fenômeno foram feitas, com resultados uniformes, *i.e.*, a afirmação reiteradamente se mantém verdadeira¹⁹. Como a ciência está sempre se questionando e mesmo leis básicas da ciência são desafiadas de tempos em tempos, deve-se ter muita parcimônia antes de denominar algo uma lei científica. Diferentemente da lei, uma teoria científica é uma afirmação associada a considerável quantidade de evidência que lhe dá suporte, mas não necessariamente uniformidade de evidência. Essa é a razão pela qual a vasta maioria do conhecimento científico é classificada como teoria e não lei. Por fim, uma

17. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: [...].

18. Cf. Gico Jr. (2016) sobre a estrutura de incentivos criada pelo sistema de duplo juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários.

19. Um exemplo de lei científica é a proposição de que nada pode viajar mais rápido do que a luz no vácuo ou a lei da oferta e da demanda, em economia.

8

hipótese é simplesmente uma afirmação sem evidências que lhe deem suporte²⁰. Nesse sentido, uma hipótese (quando falseável) é uma afirmação científica que precisa ser testada, logo, que carece de evidências.

Na realidade, no debate acerca do duplo juízo de admissibilidade, ambos os lados oferecem pouco mais que simples senso comum, *i.e.*, hipóteses para fundamentar suas posições. Até onde temos conhecimento, não foi realizado qualquer experimento empírico, nem alguém propôs alguma teoria que nos ajudasse a compreender como funciona o juízo de admissibilidade no mundo (*de facto*, não *de jure*) de forma a permitir que identificássemos qual das regras deveríamos adotar. Com a volta da sistemática do CPC/73, sem a aplicação da sistemática proposta originalmente pelo CPC, o Brasil perdeu uma enorme oportunidade de testar empiricamente tais afirmações e, assim, descobrir um pouco mais sobre o funcionamento do mundo do processo.

De qualquer forma, é possível analisar regras jurídicas (diagnóstico) e previsões (prognose) acerca de quais serão os efeitos prováveis de uma determinada regra no mundo fático, ou seja, qual será o comportamento provável dos agentes em decorrência dessa ou daquela regra jurídica. Basta dispor de uma teoria robusta o suficiente sobre o comportamento humano, e a análise econômica do direito (AED) é a candidata mais adequada para desempenhar esse papel.

1.2 A AED: uma teoria sobre o comportamento

Conforme já tive a oportunidade de dizer²¹: “O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”.

Como visto acima, o direito, de uma forma geral, e a TGP, em específico, não possuem uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a AED é mais útil aos juristas, à medida que oferece um instrumental teórico maduro para auxiliar na compreensão dos fatos sociais e na investigação de como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Nessa linha, assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognóstico que, por

20. Não é incomum ler em dicionários ou outras fontes que hipótese é uma teoria ainda não provada, mas, como nunca se prova nada em ciência, apenas não se conseguiu falsear, tal definição não é correta.

21. Cf. Gico Jr. (2010, p. 8).

sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as consequências individuais e coletivas de determinada decisão ou regra jurídica.

Normalmente, quando falamos em economia, nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros etc. Assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego? Por que empresas nacionais pregam a criação de barreiras tarifárias para seus produtos? Essas barreiras são boas para os consumidores? Quanto custa construir uma ponte ligando o Brasil à Argentina sobre o rio Uruguai?

Por outro lado, não são tradicionalmente consideradas econômicas perguntas do tipo: por que estupradores costumam atacar de madrugada ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas são limpas? Por que está cada vez mais difícil convencer os tribunais superiores de que uma dada questão foi efetivamente pré-questionada? Por que em Brasília os motoristas param para que um pedestre atravesse na faixa, mas em outros locais do Brasil isso não ocorre? Por que os advogados passaram a juntar cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei pedia apenas algumas peças específicas (art. 1.017/CPC)? Por que o governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante recessos e feriados, como o natal? Por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas? Por que existem várias línguas?

Para surpresa de alguns, essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudo por economistas. Se pararmos para pensar, de uma forma ou de outra, cada uma das perguntas acima trata de decisões dos agentes envolvidos. Se envolvem escolhas, então são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requeira a tomada de decisão.

O principal motivo dessa amplitude é que, antes de qualquer coisa, a economia é caracterizada por um método de investigação e não por um objeto específico em si. Para nossos propósitos²², a definição que melhor traduz essa ideia é a de Lionel Robbins²³, segundo a qual a economia é “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos” ou, como disse Alfred Marshall²⁴, a “Economia é um estudo da humanidade no curso

22. Há outras perspectivas econômicas normalmente denominadas genericamente de heterodoxas, entre as quais o institucionalismo, a economia pós-keynesiana, feminista, marxiana e austríaca. Essas correntes, mesmo quando estudam o direito, normalmente não se autodenominam análise econômica do direito. Os programas de pesquisa mais recentes, influenciados pelas demais ciências (e.g. neuroeconomia, economia evolucionária, economia comportamental, economia experimental), são hoje largamente integrados ao paradigma ortodoxo e, portanto, à AED, que engloba essas novas áreas em subáreas específicas, como a AED comportamental (psicologia). Sobre heterodoxia em geral, cf. Lawson (2006).

23. Economia é “the science which studies human *behaviour* as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses”. Cf. Robbins (1984, p. 16).

24. “[...] Economics is a study of mankind in the ordinary business of life.” Cf. Marshall (2013 [1920], p. 1).

ordinário dos afazeres da vida". Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito de um mercado ou não. Toda atividade humana relevante nessa concepção, é passível de análise econômica.

A abordagem econômica a que me refiro e emprego neste livro é, antes de tudo, um método de pesquisa sobre o comportamento humano, um conjunto de instrumentos analíticos. Esse ponto é de tal importância, que tomo emprestadas as palavras de John Maynard Keynes para afirmar que: "A Teoria Econômica não fornece um conjunto de conclusões assentadas imediatamente aplicáveis à política. Ela é um método ao invés de uma doutrina, um aparato da mente, uma técnica de raciocínio, que auxilia seu possuidor a chegar a conclusões corretas"²⁵.

Nesse sentido, a ciência econômica, antes associada apenas àquela parte da atividade humana que chamamos normalmente de economia ou mercado, hoje investiga um amplo espectro de atividades humanas, muitas das quais também são estudadas por outras ciências sociais como a ciência política, a sociologia, a antropologia, a psicologia e, como não poderia deixar de ser, o direito. É essa interação entre direito e economia que se convencionou chamar de análise econômica do direito ou AED.

1.2.1 O que é a Análise Econômica do Direito?

A análise econômica do direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, "a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito"²⁶. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não pressupõe que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma são **juseconomistas**.

A AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de ambiental a família, e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica uma abordagem AED em contraposição à simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia.

É relativamente óbvio que quando um juiz precisa estimar os lucros cessantes e os danos emergentes da destruição de um carro de um taxista por um motorista

25. "The Theory of Economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique of thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions." Cf. Keynes (1922, p. V). Ideia semelhante está presente em Robinson (1933, p. 1).

26. Cf. Gico Jr. (2010, p. 17).

bêbado, ele precisará recorrer à teoria econômica para realizar tais cálculos. Aqui o economista será chamado a se pronunciar na qualidade de perito, como seria um médico em caso de erro médico, um contador em caso de compensação irregular de tributos ou um engenheiro em caso de responsabilidade por vício de construção. Também é óbvio que não é possível discutir ou operar o direito concorrencial e regulatório sem um conhecimento razoável do ferramental econômico. Assim, por exemplo, a discussão do que constitui uma infração à ordem econômica é uma discussão eminentemente econômica²⁷; da mesma forma, a decisão acerca da implementação ou não de um esquema de subsídio cruzado ou da adequação de um dado esquema de controle de preços para um setor regulado é eminentemente econômica. Todavia, a AED vai além dessas inter-relações mais diretas entre direito e economia.

Quando uso o termo análise econômica do direito, portanto, estou me referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Por exemplo, a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de estupros, pode ajudar a reduzir o número de apelações protelatórias, pode ajudar a compreender por que algumas leis “pegam” e outras não, por que muitas vezes uma legislação é adotada e outras vezes o Congresso adota uma legislação que será sabidamente vetada pelo presidente, mas o faz da mesma forma, ou ainda por que é tão difícil alugar um imóvel no Brasil. A juseconomia pode, inclusive, auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, dado que requerem decisões sobre recursos escassos.

De forma geral, os juseconomistas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, i.e., de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada. A maioria de nós concordaria que a resposta à primeira indagação independe da resposta à segunda, mas que o inverso não é verdadeiro, i.e., para sabermos como seria a regra ideal, precisamos saber quais as consequências dela decorrentes. A primeira parte da investigação refere-se à AED positiva (o que é) enquanto a segunda à AED normativa (o que deve ser). Como essa distinção traz importantes implicações do ponto de vista epistemológico/metodológico e algumas vezes é fonte de incompreensão, vamos investir um pouco de tempo aqui antes de avançarmos na metodologia da AED.

1.2.2 AED Positiva e Normativa

Como toda e qualquer ciência, a AED reconhece como válido e útil, do ponto de vista epistemológico e pragmático, a distinção entre *o que é* (positivo) e *o que deve ser* (normativo)²⁸. A primeira proposição está relacionada a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor.

27. Para um claro exemplo da essencialidade da teoria econômica para a discussão de questões concorrenciais, cf. Gico Jr. (2007).

28. Sobre a discussão e as implicações dessa distinção para a ciência econômica, cf. Keynes (1999 [1917], pp. 7-20) e Friedman (1953, pp. 3-43).

A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigado e averiguado por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva –, e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica nem de prova ou falsificação e, portanto, não é científico – o que chamarei de análise normativa. Nesse sentido, quando alguém investiga se A matou B, está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão.

Essa postura está fortemente vinculada à proposição que ficou famosa como Guilhotina de Hume²⁹, segundo a qual não é possível deduzir o dever-ser apenas dos ser, *i.e.*, que proposições puramente factuais só podem acarretar ou implicar outras proposições puramente factuais e jamais julgamentos de valor. Em outras palavras, fatos não levam a proposições éticas e vice-versa. Essa posição implica assumir que há uma distinção clara entre o mundo dos fatos e o dos valores, que pode ser resumida assim:

A GUILHOTINA DE HUME

Figura 1-1

Positivo	Normativo
É	Deve ser
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeiro/Falso	Bom/Ruim

Obviamente, quando se estende essa distinção ao direito, problemas culturais começam a surgir. Temos observado que, com frequência, os juristas estão de modo acostumados a pensar em termos normativos e a discutir questões em termos valorativos, que seus argumentos em debates públicos ou privados sobre questões relativamente simples flutuam com extrema facilidade entre um campo e outro, a ponto de – muitas vezes – se tomar um argumento normativo como positivo e vice-versa. Nesse sentido, a aceitação e a compreensão plena da distinção entre análise positiva e normativa representam um pequeno desafio ao jurista sem treinamento rigoroso.

Por outro lado, é importante ressaltar que a distinção entre ser e dever-ser não é tão pacífica quanto a Guilhotina de Hume nos faz crer. O contexto cultural, a ideologia, a visão política e a história do pesquisador podem influenciar de várias formas o objeto de estudo e a metodologia aplicada, o que pode alterar os resultados da própria pesquisa. Além disso, enquanto é relativamente simples perceber a diferença entre proposições

29. Também conhecida como a Lei de Hume ou o problema do ser e do dever-ser, e que foi discutida por David Hume no Livro III, Parte I, Seção I (1888 [1736], p. 469).

de ser *versus* dever-ser, o exercício cognitivo de aceitar certa proposição como *ser* pressupõe um consenso social prévio sobre os critérios capazes de estabelecer o que é.

Independentemente da questão clássica acerca da possibilidade de a ciência ser ou não neutra, parece-me relativamente simples perceber que, quando comparada ao grau de miscigenação entre fato e valor que ocorre no direito, a aplicação da Guilhotina de Hume, ainda que em termos meramente pragmáticos, se não epistemológicos, representa um grande ganho em clareza de comunicação e estabelecimento de pontos de vista (mesmo se divergentes). É muito útil poder reduzir eventuais discordâncias a pontos normativos ou positivos e, por isso, ainda que por argumentos puramente pragmáticos, a distinção parece-me útil e importante para a ciência e, portanto, para a AED.

Nesse sentido, quando um praticante da AED utiliza seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g. um exercício de prognose), dizemos que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. Aqui, o *juseconomista qua juseconomista* não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de tomada de decisão. O máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas (se textuais, aplicando técnicas hermenêuticas³⁰) e investigar as prováveis consequências de cada uma (aplicando a AED), bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício.

Já quando o *juseconomista* utiliza o seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto *juseconomista* se, e somente se, o critério normativo que serve de base à ponderação das referidas alternativas estiver previamente estipulado (e.g. por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei). Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de sequestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar a melhor política de punição, a melhor estrutura processual para este tipo de delito etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise.

Entretanto, se o que se busca é aconselhamento não apenas em relação ao meio de alcançar certo resultado (consequência), mas também a qual objetivo buscar, então a análise *juseconômica* não necessariamente trará ganhos substanciais em relação à análise oferecida por outras áreas do conhecimento ou ciências, devendo ser considerada em conjunto com as demais, dentro de suas limitações. Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher dentre as

30. Cf. a discussão acerca do Diagrama Hermenêutico e da Hermenêutica das Escolhas na Seção 3.1.4.

alternativas possíveis a mais eficiente, *i.e.*, escolher o melhor arranjo institucional, dado um valor (vetor normativo) previamente definido. Como veremos no Capítulo 3, no caso do Direito Processual, os vetores normativos já estão estabelecidos na lei e na Constituição e, entre eles, temos a busca pela eficiência pautada pela legalidade.

1.3 Pressupostos da AED: preferências, escassez e racionalidade

Os juristas tradicionais iniciam suas análises partindo do pressuposto de que o direito é composto por normas e seu objeto prioritário de pesquisa é identificar o conteúdo e o alcance dessas normas. A normatividade das regras jurídicas é pressuposto e o instrumental de pesquisa predominantemente utilizado é a hermenêutica. Assim, um jurista tradicional preocupado com a conservação do patrimônio histórico-cultural poderia discutir se *cultura* integra o conjunto de significados associados ao significado *meio ambiente* e, caso a resposta seja positiva, se prédios históricos gozam da mesma proteção e limitações impostas pelas leis ambientais para áreas verdes, por exemplo.

Por outro lado, os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito como um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que racionalmente pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações, na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento, caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta, como muitas vezes é negada, *i.e.*, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos.

No exemplo anterior, um juseconomista se perguntaria (i) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico), que não incide sobre o patrimônio histórico-cultural, e (ii) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose). Muito provavelmente, só se fosse capaz de responder minimamente a estas duas perguntas um juseconomista se aventuraria em questões normativas (valorativas). Essa é a distinção fundamental entre a abordagem juseconômica e as abordagens tradicionais do direito.

Obviamente, para compreender como se comporta o agente e tentar prever suas reações às mudanças em sua estrutura de incentivos, é necessário que tenhamos à nossa disposição uma teoria sobre o comportamento humano. Os juseconomistas emprestam essa teoria da economia, cujo objeto é precisamente investigar como age o ser humano diante de escolhas, razão pela qual faz sentido esmiuçarmos um pouco as características dessa teoria.

Assim como a Teoria Geral do Processo se baseia nos conceitos de jurisdição, ação e processo, o método econômico se baseia em três pressupostos básicos: **preferências, escassez e racionalidade**³¹. Primeiro, a análise econômica do direito assume que os agentes possuem preferências, *i.e.*, que as pessoas em geral são capazes de ordenar as alternativas que lhes são oferecidas ou estão disponíveis de acordo com a utilidade³² que cada alternativa lhes gera. Em outras palavras, dizer que os agentes possuem preferências significa apenas dizer que, quando confrontadas com opções, as pessoas são capazes de ordenar quais alternativas lhes geram mais interesse, valor ou prazer (utilidade) ou então se mostram indiferentes às alternativas. Assim, quando confrontada com uma opção entre A e B, A será preferível a B ($A > B$) se a pessoa escolher A em detrimento de B; mas B será preferível a A ($A < B$) se a pessoa escolher B em detrimento de A; e A será indiferente em relação a B ($A \sim B$) se para a pessoa não fizer qualquer diferença entre escolher A ou B.

E aqui vale a pena um exemplo para ilustrar como o conceito de utilidade se refere a preferências e não se confunde com valores monetários ou dinheiro³³. Pense em um casal se divorciando e que possui apenas dois bens para partilhar: um cachorro de raça e um sofá. Ambos concordam que, se oferecidos no mercado, tanto o cachorro quanto o sofá poderiam ser vendidos por R\$ 1.000 cada. Logo, o valor de mercado de cada um desses bens é de R\$ 1.000. Se a análise econômica se restringisse a questões monetárias, poderíamos afirmar que, nesse exemplo, a partilha de bens não importa, pois em qualquer distribuição que se faça, cada um receberá um bem no valor de R\$ 1.000 e, portanto, do ponto de vista monetário, cada um terá recebido o exato mesmo montante. No entanto, do ponto de vista econômico, essa afirmação não é necessariamente verdadeira.

Suponha que o marido tenha memórias afetivas do sofá, que foi de sua avó, e que ele prefere o sofá ao cachorro ($\text{sofá} > \text{cachorro}$), enquanto a esposa prefere o cachorro ao sofá ($\text{sofá} < \text{cachorro}$). Nesse caso, uma partilha que atribuísse o cachorro ao marido e o sofá à esposa teria distribuído os bens da vida de forma equânime (cada um recebeu R\$ 1.000), mas não seria a distribuição que as partes prefeririam e, logo, não é a alocação que lhes gera mais utilidade. Dadas as preferências do casal, eles estariam em situação melhor, *i.e.*, extrairiam maior utilidade, se a distribuição fosse

31. Se o leitor desejar se aprofundar nos pressupostos do método econômico, sugiro começar por uma leitura introdutória, como Mankiw (2013), que ensina mais do que o suficiente para se compreender grande parte da literatura de AED e certamente oferece mais do que o necessário para o presente livro. Se o leitor tiver um domínio de matemática em nível de pós-graduação, sugiro Jehle e Reny (2011). Caso o leitor se interesse por questões filosóficas sobre o método, sugiro Blaug (1992).

32. Utilidade é uma forma simplificada de os economistas se referirem aos benefícios que um indivíduo extrai do consumo de um bem ou serviço, ou, ainda, de um determinado estado social. Note-se que utilidade aqui é um termo técnico: significa qualquer satisfação que o indivíduo extraia de uma dada escolha, não se restringindo a questões materiais, muito menos monetárias. Um indivíduo pode extrair utilidade tanto do consumo de uma pizza, quanto de apreciar um quadro de Portinari, de realizar trabalho voluntário ou de tocar em uma banda amadora.

33. Sobre a distinção entre preço e valor, cf. Gico Jr. (2019).

marido/sofá e esposa/cachorro do que se a distribuição fosse marido/cachorro/esposa/sofá, ainda que financeiramente estivessem em igual situação. Nessa linha para sabermos o que aumenta a utilidade e, portanto, o bem-estar de uma pessoa não basta sabermos o preço de mercado de um bem, precisamos saber quais são suas preferências e, portanto, sua função utilidade.

As preferências variam de pessoa para pessoa, *i.e.*, as preferências são subjetivas e idiossincráticas. Como as preferências de alguém são decorrência de suas opiniões e gostos pessoais, elas não podem estar certas ou erradas. Elas simplesmente são. Por isso, não se faz julgamentos de valor em relação às preferências de alguém (*de gustibus non est disputandum*) nem se tenta entender por que cada pessoa gosta de uma coisa ou de outra³⁴. Nesse sentido, como já disse, “a teoria econômica é uma teoria sobre os meios empregados pelas pessoas para alcançarem seus fins (comportamentos) não sobre os fins que elas buscam (motivação)”³⁵. A existência das preferências é um dado da realidade e as causas individuais dessas preferências normalmente não são relevantes para a teoria econômica.

Além disso, as preferências são consideradas completas, transitivas e estáveis. Ter preferências completas significa que não importam as escolhas disponíveis para as pessoas, elas serão capazes de decidir; ou seja, entre a opção A e a opção B, o agente será capaz de optar por A, por B ou ser indiferente a qualquer uma delas. No limite, isso significa que o agente deve ser capaz de decidir inclusive entre opções em momentos diversos (*e.g.* receber o dinheiro de um precatório hoje, com desconto de 20%, ou receber 100% daqui a dois anos) e entre resultados certos e incertos (*e.g.* realizar um acordo hoje, nos termos propostos, ou prosseguir com o processo até uma sentença). Quanto às preferências serem transitivas, é uma questão de coerência e significa que se o agente prefere A a B e B a C, então ele deve preferir A a C, do contrário jamais será capaz de realizar uma escolha, ficaria trocando de opção eternamente.

Por fim, as preferências são consideradas estáveis no curto prazo para que a teoria não se torne uma tautologia. A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudarem de comportamento, é porque alguma coisa ao seu redor mudou suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada.

Ressalte-se que a comparação intersubjetiva de utilidade não é viável, ou seja, não é possível comparar utilidades entre dois indivíduos. Se há uma disputa por uma maçã entre o sujeito A e o sujeito B, não é possível afirmar *ex ante* que a maçã é mais útil para A do que para B e vice-versa. A única forma de aferir isso seria atribuir a maçã a um dos agentes e deixá-los negociar livremente (*ex post*). Se A recebeu a maçã, por

34. A investigação acerca da formação das preferências individuais e sociais é normalmente objeto de estudo da psicologia, da sociologia e da neurociência.

35. Cf. Gico Jr. (2010, p. 25).

exemplo, e aceitar trocá-la por outra coisa oferecida por B (e.g. uma cadeira, uma pera, dinheiro), então é porque B valoriza mais a maçã do que A. Do contrário, ou A valoriza a maçã mais do que B e, por isso, recusa-se a trocá-la, ou valoriza o mesmo tanto que B, ou ainda, B não é capaz de oferecer algo de interesse de A para motivá-lo a realizar a troca espontaneamente (*i.e.*, não consegue expressar suas preferências pelo sistema de preços, dada sua restrição orçamentária). Nesse sentido, utilidade será sempre uma medida ordinal subjetiva e não cardinal objetiva.

O segundo pressuposto da análise econômica é que os recursos são escassos. O pressuposto da escassez pode ser dividido em duas ideias básicas: as pessoas desejam muitas coisas e há um limite para o que é possível prover com os recursos disponíveis. Se as pessoas desejassem menos do que os recursos disponíveis podem gerar, não haveria escassez, mas abundância. Se os recursos não fossem escassos, também não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer plenamente suas necessidades – fossem quais fossem. Para simplificar essa ideia, dizemos apenas que as necessidades humanas são infinitas e os recursos são escassos, *i.e.*, não é possível satisfazer todos os desejos da humanidade.

Curiosamente, a mesma ideia de escassez, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito; sem conflitos, não haveria necessidade do direito ou do Judiciário. A escassez de recursos impõe aos agentes e à sociedade que escolham entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha). A ideia de escassez também pode ser identificada como implícita no Direito Processual em um de seus conceitos fundamentais: a lide. Como veremos no Capítulo 4, a lide nada mais é que uma pretensão resistida, logo, alguém quer algo (pretensão) e alguém não quer ceder ou fazer algo (resistência). Para os processualistas, a ideia de escassez é relativamente simples e quase um truísmo, pois é justamente o fato de não podermos atribuir o mesmo bem da vida a duas pessoas ao mesmo tempo que gera o conflito que, por sua vez, torna necessário um mecanismo adjudicatório e, portanto, o processo. Se não houvesse escassez, não haveria resistência, sem resistência não haveria lide, sem lide não haveria Judiciário, sem Judiciário não haveria necessidade de processo. Ergo, a escassez também é um pressuposto do Direito Processual.

Se há escassez, então a satisfação de uma necessidade humana levará à não satisfação de outra necessidade humana, *i.e.*, a escassez leva inexoravelmente a uma escolha. Como veremos em mais detalhes na Seção 3.1.2 sobre o conceito de eficiência, toda escolha pressupõe um custo, um *trade-off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade. Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que esses recursos poderiam ter (e.g. construir escolas). Se você opta por ler este livro, deixa de realizar outras atividades como ver os amigos, passear com a pessoa amada ou assistir a um bom filme³⁶. A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades que não

36. Não se preocupe, o autor garante que a leitura deste livro é eficiente e aumenta substancialmente o seu bem-estar. Pode continuar até o fim.

pôde ser realizada (*trade-off*) é o seu custo de oportunidade, *i.e.*, o preço implícito e explícito que se paga pela primeira alternativa³⁷.

O terceiro pressuposto é que as pessoas são racionais, o que se convencionou chamar no âmbito das ciências sociais, incluindo sociologia, psicologia e ciência política, de Teoria da Escolha Racional (TER) ou simplesmente de Teoria da Escolha. De acordo com a TER, os indivíduos são motivados por seus desejos e objetivos pessoais (preferências). No entanto, dado que não é possível satisfazer todo e qualquer desejo (escassez³⁸), os indivíduos devem fazer uma escolha acerca de quais objetivos buscarão e quais meios utilizarão para alcançar tais objetivos. Justamente por isso, os indivíduos tentam estimar, de acordo com as informações disponíveis, os prováveis resultados de cada curso de ação disponível (retorno esperado) e adotam a conduta que, na opinião deles, os aproximará mais de seus objetivos, *i.e.*, que lhes dará maior satisfação (utilidade). Como escolhas devem ser feitas, as pessoas se comportam como se ponderassem os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes parece trazer mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes é racional maximizadora.

É importante salientar que o pressuposto é que os indivíduos se comportam como se fossem racionais e não que eles efetivamente são racionais. Assumir que as pessoas são racionais não pressupõe que internamente o agente esteja conscientemente fazendo cálculos o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada um de seus atos, apenas que – na média – ele se comporta como se estivesse. Lembrando sempre que, como não é possível saber exatamente o que se passa na cabeça de cada pessoa, pelo menos por enquanto, precisamos de uma teoria que, na média, seja uma boa aproximação do comportamento geral das pessoas. Essa teoria é a TER. É por isso que nos baseamos no comportamento do indivíduo (variável observável) e não no seu estado mental (variável não observável).

Para uma parcela substancial de problemas, estes pressupostos não apenas são adequados, mas extremamente úteis. A racionalidade no cotidiano está em todos os lugares. No entanto, em algumas situações, principalmente aquelas envolvendo risco³⁹ e incerteza⁴⁰, às vezes os agentes não se comportam da forma prevista pela TER, ou seja,

37. Lembrando sempre que, do ponto de vista econômico, preço não é necessariamente o valor monetário de algo, mas o seu custo de oportunidade. Cf. Gico Jr. (2019).

38. Além da escassez, outros fatores que limitam as escolhas dos agentes são as instituições sociais, como a cultura, a religião, o direito e a moral.

39. Risco é quando podemos atribuir probabilidades a um evento, cuja probabilidade de ocorrência é inferior a 100% (certeza matemática). Normalmente se usa a palavra risco para resultados negativos (*e.g.* risco de bater o carro) e chance para resultados positivos (*e.g.* chance de ganhar na loteria), mas, em ambos os casos, há apenas probabilidades de cada evento ocorrer.

40. Incerteza é um termo normalmente utilizado quando não sabemos a probabilidade de um evento, *i.e.*, se o risco se refere aos eventos possíveis conhecidos, a incerteza se referiria aos eventos desconhecidos (não sabemos que podem acontecer) ou cuja probabilidade de ocorrência não podemos estabelecer. Às vezes se utiliza a expressão escolha sob incerteza em referência à escolha de alternativas associadas a probabilidades.

ela não é uma boa aproximação. Como veremos em mais detalhes da Seção 5.4, essa linha de pesquisa se iniciou com Herbert Simon – ganhador do Prêmio Nobel de 1978, que investigava o que chamou de racionalidade limitada⁴¹ – e foi expandida para os desvios comportamentais por Daniel Kahneman e Amos Tversky com sua Teoria do Prospecto⁴², o que rendeu a Kahneman o Nobel em 2002 (Tversky já era falecido). Mais recentemente, em 2017, Richard H. Thaler também ganhou o prêmio Nobel por suas pesquisas relacionadas a certos desvios de comportamento e sua proposta de uma teoria do comportamento mais precisa, que incorporasse tais desvios⁴³. A má notícia é que a economia comportamental demonstrou que o comportamento humano pode divergir substancialmente do previsto pela TER em algumas circunstâncias. A boa notícia é que se trata de uma divergência sistemática, ou seja, ela não é aleatória. Como essa divergência tem um padrão, o comportamento humano continua sendo previsível, basta que adaptemos os modelos para incorporar limitações cognitivas, quando for o caso.

Além disso, é importante ressaltar alguns pontos. Primeiro, para dizer o óbvio, a economia comportamental continua a ser parte da economia, pois, como já mencionamos, a abordagem econômica também utiliza o conhecimento de áreas afins. Segundo, a economia comportamental não propõe, nem justifica, o abandono da análise econômica, muito menos da TER, apenas indica que – em algumas circunstâncias empiricamente determinadas – é preciso relaxar o pressuposto da racionalidade⁴⁴. Isso significa que: (i) a TER continua válida como teoria aplicável à maioria dos casos; (ii) não é possível pressupor que a TER não se aplica a um determinado caso concreto sem evidências empíricas; e (iii) a economia comportamental não é uma teoria do comportamento à parte da TER, mas uma complementação desta para situações específicas. No futuro, com o avanço do conhecimento científico, pode ser que tenhamos uma única teoria que englobe sistematicamente ambos os fenômenos⁴⁵: o comportamento regular, descrito adequadamente pela TER, e as eventuais anomalias comportamentais detectadas pela economia comportamental. Por ora, trabalhamos com o mais avançado conhecimento disponível e por isso utilizamos a TER como regra geral, relaxando seus pressupostos para incorporar os insights comportamentais quando há evidências empíricas que indiquem a conveniência ou necessidade de fazê-lo.

A relevância dos achados da economia comportamental sobre a existência de anomalias comportamentais é inegável. No entanto, sua utilidade para a compreensão de um determinado caso concreto requer evidências empíricas que justifiquem a

41. Cf. Simon (1997 [1945]), (1955) e (1979).

42. Cf. Kahneman e Tversky (1979).

43. Por exemplo, cf. Thaler (1980).

44. Cf. Jolls, Sunstein e Thaler (1998). Note que relaxar um pressuposto pode equivaler a apenas enfraquecê-lo, não necessariamente abandoná-lo.

45. Na física, a tão sonhada teoria capaz de unir a mecânica quântica com a teoria da relatividade geral e, assim, explicar todos os fenômenos físicos, é chamada de Teoria de Tudo, que ainda não existe.

adaptação ou mesmo a mitigação do pressuposto de racionalidade. Esse exato alerta nos foi feito pelo ministro Luiz Fux, quando do julgamento monocrático do pedido liminar na ADI 6298 MC/DF⁴⁶, que afirmou: “[...] observo que esse debate também inspira cautela, a fim de se evitarem generalizações inadequadas. A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirma que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz de garantias e o juiz de instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa. Como já disse, um dos objetivos da AED é justamente auxiliar na identificação dessas consequências indesejadas.

De qualquer forma, a investigação das circunstâncias nas quais a conduta do indivíduo diverge do comportamento racional é uma das áreas mais interessantes da fronteira do conhecimento econômico, uma mistura de economia, psicologia e neurologia chamada de neuroeconomia. Quando incluímos o direito nessa grande salada de saberes, temos a Análise Econômica Comportamental do Direito (AEC), cuja bibliografia vem incorporando os *insights* providos por essas descobertas à medida que cresce dia a dia. Certamente essa é uma das áreas que mais promete contribuir para o desenvolvimento do direito⁴⁷, principalmente em áreas nas quais decisões de longo prazo são necessárias.

A grande implicação do pressuposto da racionalidade para a justiça econômica e que não é afetada pela economia comportamental é que se os agentes ponderam – na medida do possível – custos e benefícios na hora de decidir, então uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, peças respondem a incentivos. Ora, essa também é uma ideia central no direito. Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos e, por isso, as leis serão capazes de – em algum grau – moldar as relações sociais. Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas. As pessoas tomarão mais ou menos cuidado se forem ou não responsabilizadas pelos danos que causarem a terceiros. Juízes serão mais ou menos cautelosos em seus julgamentos se tiverem de motivar mais ou menos suas decisões. Agentes públicos

46. Medida Cautelar na ADI 6.298 Distrito Federal, Relator: Min. Luiz Fux, Repte.: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e outros, Intdo.: Presidência da República e Congresso Nacional, p. 28. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 0B51-F6AA-BE3E-5E1E e senha 9FDC-5704-5DA0-DAA6.

47. Apenas a título de exemplo, cf. Sunstein (2000), Thaler e Sunstein (2009) e Zamir e Teichman (2014) e (2018).

trabalharão mais ou se corromperão menos se seus atos forem públicos. Fornecedores farão contratos mais ou menos adequados se as cláusulas abusivas forem ou não anuladas pelo Judiciário. A racionalidade está sempre presente no direito⁴⁸.

Por outro lado, se as pessoas não respondessem a incentivos, o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria uma perda de tempo. Contudo, a experiência nos mostra que isso normalmente não acontece. Se as pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta, caso essas regras sejam alteradas (comportamento estratégico). Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou imprevistos. Uma das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.

Para explicar o comportamento dos agentes e, assim, ser capaz de realizar juízos de prognose, a juseconomia adota como unidade básica de análise a escolha individual de cada agente ou de pequenos grupos envolvidos no problema. Essa postura é o que se convencionou chamar nas ciências sociais de individualismo metodológico. Segundo essa metodologia, para explicar e compreender comportamentos coletivos, primeiro se deve compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender. Note-se que a análise do comportamento individual deve considerar a dinâmica da interação entre agentes e não apenas a conduta isolada de um agente⁴⁹.

Dessa forma, se desejamos entender por que o Judiciário funciona como funciona, temos que ser capazes de explicar e compreender a estrutura de incentivos de cada magistrado, a dinâmica entre juízes e desembargadores e destes com os ministros e assim sucessivamente. Se desejamos compreender como funciona o Congresso, devemos ser capazes de explicar a estrutura de incentivos de deputados, senadores, assessores e consultores. Compreender a estrutura de incentivos desses agentes é investigar como eles realmente agem e não supor que agirão no interesse público pura e simplesmente porque deveriam fazê-lo. Do mesmo modo, se desejamos saber como

o Investigar de efetiva agem e não supor q agirão no interesse públ

48. Pense no conceito de capacidade civil no Direito Civil e de imputabilidade no Direito Penal. Após certa idade, o direito pressupõe que as pessoas sejam racionais e serão capazes de praticar atos da vida civil e de serem responsabilizadas criminalmente. Se forem consideradas irracionais, serão declaradas incapazes ou inimputáveis e regras especiais se aplicarão a elas. Por exemplo, o art. 1.860/CC diz: "Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento". Sobre o direito e a economia (*law & economics*) do comportamento irracional, cf. Parisi e Smith (2005).

49. Cf. Weber (2014 [1922], Cap. 1). Obviamente essa postura conflita diretamente com algumas posturas comuns à doutrina jurídica tradicional, como a referência não qualificada a Estado como um ente autônomo, sem mencionar os agentes que o compõem, ou a referência a interesse público, sem mencionar qual o mecanismo agregador de preferências teria sido adotado para revelar tal interesse. Essas noções, muitas vezes, são utilizadas como verdadeiros *dei ex machina* para mascarar as preferências pessoais do interlocutor.

consumidores e fornecedores se comportarão diante de uma mudança legislativa, precisamos entender a estrutura de incentivos de cada grupo.

Vale lembrar que o individualismo metodológico é apenas um instrumento analítico, sem implicações éticas no sentido de representar uma postura segura a qual os interesses individuais devem ser maximizados ou que os agentes devam se comportar dessa ou daquela forma. A AED é uma teoria sobre comportamento, não um parâmetro de avaliação de condutas. É um grande equívoco pensar que o método individualista de análise deva envolver, necessariamente, alguma forma de sistema individualista de valores.

Além disso, não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político. Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios de individualismo metodológico, *i.e.*, compreendê-lo e explicá-lo requereria a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes. Não obstante, a confusão entre individualismo metodológico com o individualismo político (*i.e.*, o liberalismo de sabor *laissez-faire*) é muito comum tanto entre economistas e *juseconomistas* quanto entre os críticos do método *juseconômico*.

Adotar o individualismo metodológico também não significa que a AED pressupõe necessariamente que os indivíduos não são altruístas no sentido de tomarem decisões sem levar em consideração o bem-estar dos outros. Embora se adote esse pressuposto simplificador na maioria das análises, nada impede que ele seja emendado de acordo com qualquer perda de validade da análise. No estudo *juseconômico* da família, por exemplo, geralmente se pressupõe que os pais são altruístas em relação aos filhos; ou, na administração pública, quando discutimos nepotismo, assumimos a mesma conduta com diferentes implicações éticas e jurídicas. Da mesma forma, o individualismo metodológico não implica, necessariamente, os indivíduos tomarem decisões isoladamente de seus pares. A ideia de que indivíduos tomam decisões dentro de seu contexto social, levando em conta a potencial reação dos demais agentes (decisões interdependentes), por exemplo, é muitas vezes explicitada em modelos que utilizam a Teoria dos Jogos.

Enfim, a abordagem *juseconômica* não requer que se suponha que os indivíduos são egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais⁵¹, tão somente assume-se que os agentes são racionais e maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso signifique para eles. Nessa linha, por exemplo, são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e.g. academia), poder (e.g.

50. A Teoria dos Jogos é o estudo de modelos de interação estratégica entre agentes racionais, com aplicações não apenas nas ciências sociais em geral, mas também na biologia, lógica e ciência da computação.

51. Por outro lado, em determinados contextos, adotar tais pressupostos pode simplificar a análise substancialmente e, portanto, ser útil, da mesma forma que ignorar o atrito em certos contextos na física pode ser útil.

política) ou mesmo altruísmo (e.g. família). Ainda assim, é o indivíduo quem age e a partir dele iniciamos nossa busca pela compreensão do coletivo e, portanto, do social.

1.4 Sobre a Utilização de Modelos e Reducionismo

Outro ponto relevante é a questão do uso de modelos para explicar o comportamento humano. A ciência busca compreender e explicar o mundo. Os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexa realidade para estudá-la. Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades de seu usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar ele será. Assim, um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. Do mesmo modo, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se torna, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se transforma na própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação de compreensão. É por isso que se diz que para compreender o mundo é necessário reduzi-lo.

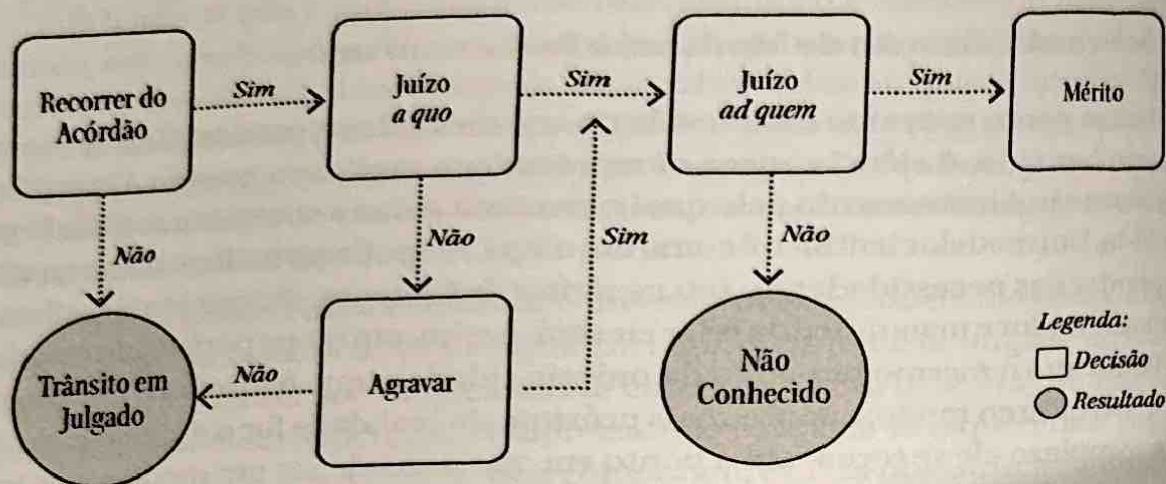
Os juseconomistas reconhecem a imensa complexidade do mundo real e a grande dificuldade – ou impossibilidade – de lidar com todas as variáveis simultaneamente. Por isso, assim como os economistas, os praticantes de AED elaboram modelos teóricos dos problemas que desejam investigar, nos quais apenas as variáveis relevantes são consideradas. Esse procedimento é realizado na tentativa de, simplificando o problema, obter perspectivas que de outra forma permaneceriam ocultas ao estudioso. Nesse desiderato, pressupostos simplificadores são adotados para que seja possível focar apenas no coração do problema. A dificuldade da arte de modelar está justamente em escolher quais variáveis considerar e quais desprezar. A teoria econômica auxilia nessa escolha de forma a tornar o problema compreensível e tratável, sem tornar o modelo irrelevante.

E aqui convém realizar algumas digressões acerca do que queremos dizer com uso de modelos e sua relação com teoria. Como dito no início deste capítulo, uma teoria é o entendimento de alguém sobre como algo funciona, enquanto uma teoria científica é aquela que, além disso, possa ser falseada. Já o modelo é uma representação simplificada de algo. O modelo pode ser concreto ou abstrato, no sentido de que o modelo pode ser uma representação física do objeto ou do processo modelado (e.g. a maquete de um prédio ou a miniatura de um trem) ou, ainda, uma representação conceitual do mesmo objeto ou processo (e.g. uma planta de arquitetura, um mapa ou o desenho do processo de conhecimento).

Para ficarmos no exemplo utilizado acima, o duplo juízo de admissibilidade em recurso extraordinário e recurso especial pode ser modelado da seguinte forma:

DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Figura 1-2



Fonte: Gico Jr. (2016, p. 1)

Note que o modelo acima é a representação do procedimento do juízo de admissibilidade, sendo que vários dos seus aspectos – como os requisitos intrínsecos ou extrínsecos do recurso em si, ou quem são as partes ou os magistrados envolvidos – são ignorados justamente porque, para a compreensão desse procedimento em abstrato, tais informações, conquanto presentes no mundo real, não são relevantes. Na realidade, é a retirada de todos esses elementos do modelo que faz com que ele seja útil, permitindo que foquemos nos aspectos que importam para a discussão. Note que o modelo acima, por si só, não constitui uma teoria, ele apenas descreve o processo previsto no CPC. Todavia, com base nele, ou seja, em uma descrição abstrata da realidade, podemos começar a construir uma teoria sobre o duplo juízo de admissibilidade.

Assim, modelos representam apenas uma parte da realidade, seja ela um objeto, seja um processo, de maneira a informar ou realçar os aspectos ou as partes consideradas essenciais e a relação entre eles. É essa simplificação, essa redução, e o estabelecimento de forma clara da relação entre as partes ou aspectos considerados que nos permite compreender o objeto ou processo modelado. Por definição, um modelo não é nem pode ser uma réplica da realidade, ele apenas salienta os aspectos mais relevantes para a compreensão do objeto ou processo estudado. Essa simplificação permite que nos concentremos nos elementos e conexões que nos interessam, enquanto ignoramos outras partes e outras conexões. E é justamente isso que torna o uso de modelos algo tão valioso para a construção de teorias.

Uma teoria científica é um conjunto de generalizações sistematicamente relacionadas sugerindo novas observações que, por sua vez, podem ser empiricamente testadas. Como tal, a função da teoria é explicar ou prever. Já um modelo tradicio-

nalmente não explica nem prevê coisa alguma⁵². O modelo apenas descreve. Apesar de modelos não serem teorias, eles podem ser utilizados para representar teorias e, assim, facilitar a comunicação. Os modelos conseguem descrever e simular processos físicos, lógicos e conceituais que, de outra forma, podem não ser observáveis ou apresentáveis. Como afirmam Shoemaker, Tankard Jr. e Lasorsa⁵³, modelos permitem que os teóricos ilustrem, delineiem e descrevam características e partes estruturais (*i.e.*, como é) e funcionais (*i.e.*, como funciona ou o propósito) de suas teorias, com níveis variados de abstração e detalhes. Todavia, não importa quão detalhado um modelo seja, ele será sempre apenas uma descrição de um objeto ou processo. Se desejarmos entender como o objeto ou o processo retratado no modelo funciona, precisaremos de algo mais: precisaremos de uma teoria. Nesse sentido, uma vasta parte da chamada doutrina jurídica não é nada mais do que a apresentação verbal de modelos acerca de como funciona uma determinada legislação, *i.e.*, a sua simples descrição – nem sempre acompanhados de uma verdadeira teoria.

Por outro lado, a construção de um modelo requer o julgamento de quais elementos entrarão e quais serão ignorados, o que demanda a existência de uma teoria que informe, pelo menos inicialmente, quais elementos são relevantes ou não. Assim, teoria e modelo são complementares e um alimenta o outro. As teorias nos ajudam a construir modelos e a construção de modelos traz implicações ou expõe as condições necessárias que podem informar aspectos da teoria antes ignorados.

É importante lembrar que, conquanto a AED seja estruturada sobre alguns pressupostos básicos, nada impede que estes sejam livremente emendados caso o pesquisador perceba que um dado problema assim o requer. Na abordagem neoinstitucionalista, por exemplo, os custos de transação e as instituições passam a ser fundamentais nos modelos empregados. Já na AED comportamental, a teoria da racionalidade é complementada com uma série de desvios comportamentais identificados em estudos neuroeconômicos (limitações cognitivas), como o efeito propriedade, o viés retrospectivo, a desconsideração sistemática de pequenas probabilidades etc. Ainda, na AED sociológica, incorpora-se a possibilidade de normas sociais (informais) afetarem a estrutura de incentivos dos agentes tanto quanto as regras formais, como o direito. Desde que o aplicador tenha consciência da utilidade e das limitações dos pressupostos e do método, o emprego de modelagem na compreensão, explicação e descrição do comportamento humano promete ser de grande utilidade.

Uma vez apresentados os pressupostos básicos da AED e, ao menos epistemologicamente, o seu papel complementar à Teoria Geral do Processo, podemos avançar para os fundamentos do processo e da própria TGP, mas agora de uma perspectiva juseconômica. É o que faremos no capítulo seguinte.

52. Note que os modelos computacionais são dinâmicos e podem gerar previsões, como é o caso dos modelos de agentes autônomos. Nesse caso, via de regra, a teoria estará codificada no modelo.

53. Cf. Shoemaker, Tankard Jr. e Lasorsa (2004, p. 112).