

para a produção extrajudicial da prova pelas partes. Soma-se a elas os interesses por conhecer melhor os fatos e provas para o fim de calibrar as expectativas quanto ao sucesso ou risco de perda, e informações imprescindíveis para uma avaliação eficiente quanto à proposição de composição ou mesmo de desistência do litígio.

Como já antes dito, a análise econômica investiga o direito à luz de suas consequências, por meio de métodos que aplicam modelos e o referencial teórico da ciência econômica sobre a estrutura de incentivos de uma determinada norma, auxiliando na análise do diagnóstico e prognóstico do comportamento humano em relação às normas<sup>35</sup>. Trata, portanto, de investigar os fenômenos jurídicos e comportamentais para buscar resposta a duas inquietações principais: (i) quais as consequências (sociais e econômicas, e não se limitando às jurídicas) de uma determinada norma; e (ii) como se dá, quando e como escolher, quando há mais de uma opção quanto ao que se deve fazer ou não fazer<sup>36</sup>.

Na hipótese retratada nesta pesquisa de doutorado, questiona-se: quais as consequências da norma que permite negócios processuais atípicos? Como se dá, quando e como escolher a realização da prova extrajudicial por meio de negócio processual em detrimento de sua produção pelo meio típico previsto em lei? Qual a melhor alocação dos recursos das partes e dos juízes quanto à instrução probatória (judicial ou extrajudicial), considerando a atual realidade judiciária brasileira?

Trata a presente análise econômica, portanto, sobre as consequências de se negociar sobre situações processuais e avaliar quando a produção extrajudicial da prova oral, por meio de convenção processual das partes, é ou não um meio eficiente no sentido econômico.

### 2.3. Negócio processual e a produção extrajudicial da prova oral: análise segundo a eficiência econômica

Teresa Arruda Alvim, em prefácio à obra de José Carlos Dias sobre análise econômica do processo, escreve que “hoje se entende que o direito, pois, deve, acima de tudo, ser eficiente. E quando digo que o direito deve ser eficiente, na verdade estou pensando na necessidade de eficiência de um direito que já não foi eficiente, tanto que se instaurou um processo. Refiro-me à eficiência do direito realizada por

35. GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 11-14.

36. Para Ivo Gico Júnior “os juseconomistas estão preocupados em tentar responder a duas perguntas básicas: (a) quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, uma dada regra; e (b) que regra jurídica deve ser adotada? (...) A primeira parte da investigação refere-se à AED positiva (o que é), enquanto a segunda, à AED normativa (o que deve ser). GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

meio da eficiência do processo! E o padrão de verificação desta eficiência é, sem dúvida, a ótica do jurisdicionado. O jurisdicionado que é, não raramente, esquecido pelo processualista<sup>37</sup>.”

A eficiência, para a economia, não é um termo indeterminado como o é para o direito, apesar da existência de mais de um significado imputado para aquele signo linguístico. Diz-se que um ambiente institucional, arranjo institucional ou jurídico, meio ou processo, são eficientes quando “1. não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor, ou 2. não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos”<sup>38</sup>. Fazer mais com menos é outro padrão econômico e de gestão que indica eficiência no mesmo sentido dos dois primeiros.

Tome-se como exemplo o Poder Judiciário brasileiro e o processo civil, como meio para solucionar litígios. Em números arredondados são aproximadamente 17 mil juízes e quase 450 mil auxiliares (servidores, estagiários e terceirizados), a um custo de 1,3% do PIB a cada ano civil, desempenhando atividades de processamento, julgamento e execução em cerca de 100 milhões de processos ativos. A análise econômica a partir daqueles conceitos sobre eficiência permite afirmar que: 1.1 não é possível julgar a mesma quantidade de causas que a Justiça julga atualmente com um número de juízes, servidores, tempo ou orçamento menores, razão pela qual o atual arranjo é eficiente; 1.2 sendo possível julgar a mesma quantidade de causas com um número menor de juízes, servidores ou orçamento menor, significa dizer que o atual arranjo em curso é ineficiente; 2.1. não é possível julgar um número maior de causas usando a mesma combinação do número de juízes, servidores, tempo e orçamento, razão pela qual o sistema é eficiente. Essas conclusões levam em consideração, entretanto, que os agentes econômicos envolvidos atuam rigorosamente segundo as instruções do Estado e dentro do que se espera deles, conforme se verá mais adiante no tópico sobre a teoria da agência.

Não obstante os conceitos apresentados, a eficiência tem no teorema desenvolvido pelo economista italiano Vilfredo Pareto a mais difundida expressão. De acordo com ele, uma situação é eficiente ou ótima quando a escolha é capaz de melhorar a situação de ao menos uma pessoa, sem piorar a situação de outros. Quando a opção remanescente pode até melhorar a situação de alguém, mas com prejuízo a outrem, entende-se que há um desequilíbrio que se traduz, segundo Pareto, em uma troca ineficiente<sup>39</sup>.

37. DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2009.

38. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

39. PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Trad. João Guilherme Vargas Netto. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. v. 1.

Seu teorema encontrou tamanha difusão que ensejou as expressões “Pareto Eficiente” ou “Ótimo de Pareto”, que designam um estado de equilíbrio no qual nenhuma troca leva a um estado melhor do que aqueles a que chegaram. Nesse caso, a situação é “ótima segundo Pareto” em razão de que qualquer nova troca para melhorar algo para alguém acarretaria necessariamente na piora do estado do outro. Enquanto não há este equilíbrio no mercado, as trocas ou os negócios devem continuar sendo celebrados objetivando a maximização do bem-estar, segundo o teorema de Pareto<sup>40</sup>.

Hal Varian enuncia que “se pudermos encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra, teremos uma melhoria de Pareto. Se uma alocação permite uma melhoria de Pareto, diz-se que ela é ineficiente no sentido de Pareto; se a alocação não permitir nenhuma melhoria de Pareto, então ela é eficiente no sentido de Pareto<sup>41</sup>.”

Nessa premissa, pergunta o autor: “Se há um modo de melhorar a situação de alguém sem prejudicar mais ninguém, por que não o fazer?”<sup>42</sup>. A pergunta igualmente se aplica à convenção processual para a produção extrajudicial da prova oral.

Como afirmam Paul Krugman e Robin Wells, “os recursos de uma economia são usados eficientemente quando usados de modo a explorar plenamente todas as oportunidades de melhorar a situação de cada um. Em outras palavras, uma economia é eficiente quando usa todas as oportunidades de melhorar a situação de alguns sem piorar a situação de outros<sup>43</sup>.”

Outros juristas analisam a eficiência do processo e das instituições jurídicas sob a ótica de teoremas econômicos e, em especial, consoante a fórmula de Pareto<sup>44</sup>. Mitchell Polinsky define o termo eficiência como uma relação entre custos e benefícios agregados<sup>45</sup>.

40. PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Trad. João Guilherme Vargas Netto. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. v. I.

41. VARIAN, Ha R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Trad. Regina Célia Simille de Macedo. 9. ed. São Paulo: Elsevier, 2016. p. 14.

42. VARIAN, Ha R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Trad. Regina Célia Simille de Macedo. 9. ed. São Paulo: Elsevier, 2016. p. 14.

43. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffman. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 13.

44. Nesse sentido, por todos, vide o ensaio do Professor William Rubenstein: “If litigation exchanges take place that benefit the parties but harm third parties, this spillover effect, or negative externality, demonstrates that the system is not in a Pareto optimal state; one might say it has exceeded it by producing too many detrimental exchanges”. RUBENSTEIN, William Bill. *Why enable litigation?: a positive externalities theory of the small claims class action*. Kansas: UMKC Law Review, 2006. p. 709-721.

45. POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011. p. 7.

Em razão da eficiência de Pareto pecar pelo individualismo<sup>46</sup>, pois pressupõe ineficiente a opção capaz de provocar qualquer prejuízo a outro, outras teorias cuidaram de aprimorar aquele teorema. Uma delas, chamada de Kaldor-Hicks, ou de melhoria potencial de Pareto, desenvolve um modelo econômico no qual um arranjo eficiente pode admitir a existência de prejuízo a alguém, mas desde que a perda para o indivíduo prejudicado seja tolerada ou inferior aos benefícios auferidos pelos demais e, mesmo neste último caso, devidamente recompensado<sup>47</sup>.

A compensação ao prejudicado não precisa ser necessariamente uma indenização ou um benefício, o mero consentimento da parte prejudicada atesta eficiência à transação ou arranjo econômico. Os custos e benefícios são ponderados e uma "melhoria de potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores, mas exige que os primeiros ganhem mais do que os perdedores perdem. Se essa condição for cumprida, os ganhadores podem, em princípio, indenizar os perdedores e ainda ter um excedente que sobre para eles mesmos"<sup>48</sup>.

A eficiência, segundo Kaldor-Hicks, não contraria integralmente o teorema de Pareto, apenas admite que a perda de alguém seja compensada, ou mesmo suportada, pelo prejudicado, quando ele a tolera voluntariamente.

Uma das mais importantes obras sobre análise econômica do direito foi escrita pelo professor e magistrado Richard Posner. Influenciado pela escola de Chicago e pela doutrina de Ronald Coase e Gary Becker, Posner entende que os aportes teóricos da economia, a forma como o mercado se comporta ou como as pessoas reagem a incentivos, são mecanismos que permitem analisar os arranjos jurídicos e problemas legais concretos. Sua teoria parte originariamente da seguinte premissa: as pessoas tendem racionalmente a maximizar seus interesses próprios em um mundo onde os recursos são escassos, e por assim agirem, respondem a incentivos<sup>49</sup>.

A maximização dos interesses como eficiência, segundo Posner, não é aquela de Pareto, cujo teorema o autor critica pela limitação de aplicação no mundo real em

46. Na advertência feita por Mauricio Bittencourt, "a eficiência definida por Pareto é individualista em dois pontos. Primeiro, esta só ocupa do bem-estar de cada pessoa, não do bem-estar relativo de diferentes indivíduos. Ou seja, não se preocupa com a desigualdade. Segundo, só conta com a percepção que cada pessoa tem do seu bem-estar". BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 31-32.

47. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 64.

48. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 64.

49. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 3-4.

razão da maioria das transações atingirem terceiros. A eficiência de Posner é mais próxima daquela noção desenvolvida por Kaldor-Hicks. Assim, Posner entende que a eficiência é a maximização de interesses próprios (da riqueza, da felicidade, do bem estar, da utilidade), mesmo que para isto terceiros sejam afetados (externalidades), mas desde que devidamente compensados<sup>50</sup>.

Racionalidade não envolve necessariamente um pensamento consciente, refletido ou completo. A adequação entre meios e fins, por meio de pensamento consciente ou inconsciente, é o traço que caracteriza a racionalidade para Posner, razão pela qual ele admite que mesmo uma decisão inconsciente pode ser racional quando for capaz de maximizar o interesse do agente<sup>51</sup>. O pensamento do autor é declaradamente alinhado com um pragmatismo moderado<sup>52</sup>.

Paul Krugman e Robins Wells, por sua vez, enunciam uma série de princípios econômicos que embasam a tomada de decisão racional pelos indivíduos. Dentre eles destacam-se, quanto à eficiência, que: (i) escolhas são necessárias porque os recursos são escassos; (ii) o mercado caminha para o equilíbrio quando as pessoas tomam decisões racionais orientadas por incentivos; e (iii) os recursos devem ser utilizados de modo eficiente para alcançar os objetivos da sociedade<sup>53</sup>.

A opção pela produção privada da prova oral (que é um recurso para atingir uma finalidade) parte da premissa de que o tempo dos juízes é escasso, e que esta escassez pode implicar num processo demorado e uma instrução qualitativamente ineficiente. Escolher entre um processo remodelado, segundo a vontade ou aquele estabelecido em lei, significa optar por um destes recursos considerando a escassez do tempo dos juízes para a condução das atividades no processo.

O princípio econômico de que os recursos devem ser utilizados de forma eficiente para alcançar determinado objetivo sugere que a produção da prova deve desenvolver-se de modo a atingir os seus propósitos em relação ao juiz (fornecendo-lhe os elementos necessários para proferir decisão justa) e às partes (dando-lhes o

50. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 13.

51. POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 474.

52. Segundo Posner, “o objetivo da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas. A filosofia do direito precisa enormemente dessa mudança de direção. A filosofia do direito precisa tornar-se mais pragmática”. POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 520.

53. Segundo os economistas “recurso é qualquer coisa que pode ser usada para produzir alguma coisa. (...) Um recurso é escasso quando sua quantidade disponível não é suficiente para satisfazer todos os usos que a sociedade quer fazer deles”. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffman. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 6-17.

conhecimento necessário para controlar a validade da decisão ou para estimulá-los a negociar uma solução consensual para o litígio).

Trazendo o conceito de eficiência de Pareto para os negócios jurídicos processuais, pode-se dizer que uma convenção processual é eficiente quando o consenso for capaz de melhorar a situação de ao menos uma das partes (na ótica delas) sem piorar a da outra (também na ótica dela). Nas palavras de Mackaay e Rousseau, "o escopo do contrato é permitir obter ganhos recíprocos para as duas partes (ganhos de Pareto), um resultado ganha-ganha ou win-win"<sup>54</sup>.

A análise econômica do negócio jurídico, no modelo de eficiência de Kaldor-Hicks, permite afirmar que uma convenção processual é eficiente quando as partes conseguem obter ganhos recíprocos, manifestados na melhoria da situação de ambas as partes, ou mesmo de apenas uma delas (segundo a ótica de cada uma delas), desde que a parte em suposta desvantagem aceite voluntariamente esta condição, ou possa ser recompensada de alguma forma por isto.

A maximização dos interesses próprios sugere que as partes comportam-se processualmente de modo a atender os seus propósitos, que são diferentes e modificam-se ao longo da relação (antes da ameaça ou violação ao direito, após ela e antes do processo ou no curso dele). O interesse que move as pessoas antes da ameaça ou da violação ao direito é distinto, se comparado a uma situação na qual já há uma pretensão jurídica. Este pode igualmente mudar quando já se conhece a resistência apresentada pelo adverso. A convenção processual, como meio eficiente para a maximização dos interesses da parte, depende necessariamente do momento em que é celebrada a convenção.

De um modo geral, é possível afirmar que, existindo um conflito, o propósito geral do litigante é obter uma decisão favorável ou fazer um bom acordo. O mesmo raciocínio aplica-se à produção extrajudicial da prova em detrimento de sua produção em audiência judicial de instrução.

Numa análise econômica é possível afirmar que a atividade processual de produção desjudicializada da prova será um meio eficiente quando for capaz de melhorar a situação de uma ou de ambas as partes sem piorar a dos outros (Pareto), ou mesmo piorando a de alguém, desde que esta pessoa consinta ou seja beneficiada de forma a compensar seu prejuízo (Kaldor-Hicks ou melhoria de Pareto).

A utilização da produção da prova extrajudicialmente pode oportunizar alguns ganhos, como já se registrou. A aceleração do processo por meio de realização de atividade extrajudicial antes da instrução é um dos potenciais ganhos. O aprofundamento investigatório dos fatos probandos para adequar as

54. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 405. No mesmo sentido: SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 293.

expectativas das partes e influenciá-los racionalmente quanto à conveniência de autocomposição, ou mesmo para buscar a verdade de modo a fornecer ao juiz elementos para formar sua convicção e para um adequado acerto dos fatos como premissa da decisão de mérito, é outra melhoria potencial que revela eficiência econômica. Evitar o processo ou resolver o conflito por meio de autocomposição, após as partes melhor se informarem e consolidarem suas expectativas quanto ao sucesso da causa, no qual a produção extrajudicial antecedente pode contribuir, é outra vantagem decorrente da cooperação e convenção processual.

Já se anotou que o negócio processual para a produção desjudicializada da prova é eficiente quando for capaz de melhorar a situação de ao menos uma das partes envolvidas sem piorar a situação da outra. No entanto, no caso de admitir-se que uma das partes sinta-se prejudicada com a produção desjudicializada da prova oral (segundo a sua ótica), seu consentimento, tolerância ou alguma compensação tornam igualmente aquele meio atípico eficiente.

É possível dizer, *prima facie*, que todo negócio jurídico processual cujo objeto é estabelecer a produção desjudicializada da prova oral é eficiente, em razão do próprio consenso entre as partes. O consenso no negócio processual é, por si só, uma manifestação da eficiência do meio escolhido pelas partes, segundo Pareto, Kaldor-Hicks e Posner.

Como indicam Luciano Timm e João Francisco Guarisse, “os contratos, em geral, garantem melhorias de Pareto, justamente porque são acordos de vontade e somente existem quando todas as partes envolvidas concordam. Assim, na ausência de erro, dolo, coação ou fraude, as pessoas somente concordarão com mudanças que melhorem ou, pelo menos, não piorem, sua situação<sup>55</sup>.”

Todavia, há algumas outras variáveis igualmente importantes que precisam ser examinadas para se comprovar se o negócio processual para a produção desjudicializada da prova oral é ou não uma escolha eficiente das partes.

Em outras palavras, é imprescindível analisar se faz sentido, economicamente, a desjudicialização de uma atividade processual em comparação com o meio judicial. Cada escolha realizada e manifestada no negócio jurídico apresenta custos de transação, oportunidades e incentivos diferentes. Seus benefícios e as desvantagens, portanto, devem ser analisados por teoremas e modelos econômicos. A realização de atividades por terceiros, as externalidades potenciais junto a terceiros e os custos de transação são temas desenvolvidos na ciência econômica, dentre outros, por

55. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 164-165.

Ronald Coase<sup>56</sup> e por Oliver Williamson<sup>57</sup>, e que serão abordados no capítulo 3, mais adiante. Antes disso, examinar-se-á como os interesses nas relações intersubjetivas entre representante e representado podem igualmente afetar a análise econômica e a eficiência das atividades processuais.

#### 2.4. Teoria da agência e negócio processual: quando os interesses dos representantes (juízes e advogados) não representam os interesses dos representados (Estado e partes)

Os litígios que tramitam perante o Judiciário são operacionalizados por pessoas e instituições que atuam não propriamente para atender os seus interesses próprios, mas sim, representando e atuando em prol de interesses de outras pessoas.

Os juízes (agentes) trabalham em favor não de seus interesses próprios, mas em nome e em prol de interesses do Estado (principal), de prestar a tutela jurisdicional, realizar direitos e promover justiça.

Os advogados (agentes) também trabalham em favor de interesses de seus clientes e partes no processo (principal). Os interesses dos agentes, ou representantes, e do principal, ou representado, não são necessariamente os mesmos. Nem sempre há uma exata correspondência entre aquilo que o Estado espera de um magistrado e aquilo que ele faz. Nem sempre a atuação dos advogados, o que fazem ou deixam de fazer no processo, está alinhada com os interesses das partes. No campo da economia, esta relação de representação é analisada por meio do modelo teórico da agência. Como explica Ronaldo Fiani, "diz-se haver um problema agente-principal quando uma atividade é delegada a alguém, e o cumprimento de sua atividade não pode ser observada por quem a delegou"<sup>58</sup>. Richard Posner identifica, na relação entre advogado e cliente, um exemplo típico de "direito de agência", sendo o primeiro um agente fiduciário do segundo e que deve buscar a maximização dos interesses daquele e não os próprios<sup>59</sup>.

A teoria da agência é aplicável nas relações intersubjetivas em que há uma pessoa (principal) que define objetivos a serem perseguidos, ou em nome de que se faz algo, e outra pessoa que recebe instruções, ou que atua para atingir os objetivos

- 
56. COASE, Ronald. The nature of the firm. In: *The nature of the firm: origins, evolution, and development*. New York: Oxford University Press, 1993.
57. WILLIAMSON, Oliver E. *The economics institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.
58. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 182.
59. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 114.

da primeira (agente). As preferências e os interesses dos agentes, em relação ao principal, nem sempre são convergentes, como já se disse<sup>60</sup>.

A divergência entre os interesses se dá por várias razões, uma delas é a assimetria de informações em relação aos compromissos assumidos pelo representado, ou agente, e o comprometimento efetivo para que ele possa atender aos objetivos do principal, ou representante.

Nas palavras de Francisco Pinheiro Filho, no "âmbito da Teoria da Agência, assimetria de informações significa que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada"<sup>61</sup>.

Trazendo ao processo estes aportes teóricos, o Estado (principal) não dispõe de informações suficientes para saber se o juiz (agente) que ingressa na carreira se desincumbirá contento de suas atividades, e tampouco tem ou utiliza mecanismos eficientes para monitorar se ele (o juiz) está desempenhando diretamente e de forma comprometida o seu mister para atender seus objetivos (atuação jurisdicional). O interesse do Estado é que a prestação jurisdicional dê-se de forma completa, justa, efetiva e em tempo razoável para os jurisdicionados, disponibilizando, para isto, instalação, estrutura e orçamento. Outro objetivo é que o magistrado comprometa-se a servir, em atividades judiciárias e jurisdicionais, em um número inferior a dez meses por ano (com 60 dias de férias e recessos), com uma carga de trabalho semanal que varia de 30 a 40 horas, dependendo de cada unidade da Federação, recebendo, para isto, remuneração digna e uma série de prerrogativas.

Quanto às atividades processuais de produção da prova, Robert Cooter e Thomas Ulen entendem que os juízes e advogados têm incentivos diferentes para a realização daquela atividade. Para os referidos os juízes, "não ganham nada de concreto ao trabalharem mais arduamente em um caso [...] os juízes têm incentivos para fazer o que é certo e fácil, enquanto os advogados têm incentivos para fazer o que é lucrativo e difícil"<sup>62</sup>. O apontamento feito deve levar em consideração o contexto do modelo adversarial nos EUA, no qual os juízes não

60. PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência (problema agente-principal). In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 103.

61. PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência (problema agente-principal). In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 104.

62. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 438-439.

têm verdadeiro compromisso com a descoberta da verdade, resolvendo o caso no interesse das partes.

De outro lado, a parte (principal) – ou cliente – contrata o advogado (agente) para, em seu nome, prestar o melhor serviço jurídico ao alcance dele. Além dos objetivos específicos estabelecidos em contrato, o advogado deve desincumbir-se de deveres legais, de avaliar e aconselhar o cliente quanto a meios alternativos de resolução da controvérsia e, quando o escopo abranger a advocacia em juízo, apresentar as postulações necessárias e acompanhar os atos do processo, praticando em seu nome os atos necessários para o bom cumprimento do mandato. Espera-se do advogado (agente) comprometimento, dedicação, ética, estudo, lealdade, honestidade, decoro, veracidade, dignidade e boa-fé.

A análise econômica da relação intersubjetiva entre o Estado (principal) e o Juiz (agente), ou entre a parte (principal) e o advogado (agente), permite examinar pelo menos duas situações: (i) se os mecanismos de incentivo ou de sanções são eficientes para que os interesses próprios dos agentes não se sobreponham aos interesses e objetivos daqueles que ele representa – o principal; e (ii) quais os custos de transação para que o principal monitore a atividade do agente, e se a diferença entre estes custos e os benefícios gerados justificam este controle.

Retomando a relação entre Estado (principal) e juiz (agente), a análise econômica, a partir da teoria da agência, objetiva verificar se as medidas de incentivo ou de sanção existentes são eficientes para que o juiz não coloque seus interesses próprios à frente dos interesses do Estado e do direito.

Isso significa adotar métricas e sistemas, que implicam em custos, para acompanhar se o magistrado presta a atividade judicial ou jurisdicional no período que se espera que ele esteja se desincumbindo destas atividades, ao invés de cuidar de interesses pessoais; se os processos estão sendo apreciados e julgados por ele diretamente ou por outras pessoas; e, ainda, se a prestação jurisdicional através do poder que ele exerce está alinhado com os objetivos do Estado (da Constituição) ou, contrariamente, estão sendo regidos por preferências pessoais, valores meta-jurídicos individuais ou a consciência pessoal. Os interesses próprios dos juizes (agentes) podem distanciar-se dos interesses do Estado e do Direito (principal). Richard Posner, que além de jurista, é magistrado, registra que os interesses próprios dos juizes muitas vezes inclinam-se ao ócio e ao prestígio<sup>63</sup>.

A teoria da agência preocupa-se em avaliar se o comportamento do juiz condiz com os interesses do Estado e se os meios para monitorar ou controlar isto são eficientes. A razão disto é que, quando uma atividade é realizada pelo juiz sem atender os interesses do Estado, o exame da eficiência da atividade jurisdicional fica comprometida e obscurecida pelos interesses próprios do juiz.

63. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 542-545.

Existindo algum controle e informações levantadas adequadamente, a análise econômica do direito preocupa-se com a conduta do agente (diagnóstico), e com a eficiência das medidas que deveriam induzir o comportamento esperado. Quando a conclusão aponta que um meio é ineficiente, a análise econômica auxilia o próprio Estado a rever os mecanismos de indução de comportamento (prognóstico), de modo que os interesses do principal possam ser atendidos pelos agentes a partir de uma nova política de incentivos ou sanções.

No caso da produção da prova nos processos, por exemplo, parece correto afirmar que, dentre os interesses do Estado, estão a duração razoável do processo e a busca da verdade como premissa para a justiça da decisão, e para evitar erros judiciais<sup>64</sup>. A análise econômica da atuação do juiz em relação à produção desjudicializada da prova, leva em consideração se estes interesses estão sendo bem atendidos no processo e se os custos para o monitoramento ou fiscalização desta atividade são elevados ao ponto de anular os benefícios.

Voltando à relação entre advogado e cliente, pode a teoria da agência analisar se o aconselhamento do advogado quanto à celebração, ou não, de convenção processual, para a produção desjudicializada da prova, atende aos interesses particulares do advogado em detrimento dos interesses da parte. A falha de mercado na relação entre o advogado e o cliente, como informa Richard Posner, pode ocorrer em razão da prevalência dos interesses do primeiro (pecuniários, ócio, prestígio), que o impulsiona em uma direção oposta ao desejado pelo segundo. Dependendo da dimensão econômica da causa, e da própria aversão ao risco (do advogado, inclusive), as diferenças aparecem de forma ainda mais clara<sup>65</sup>.

Além disso, interessa à análise econômica saber se os advogados que buscam, ou não, resolver a causa em menor tempo, recebem o estímulo adequado para um comportamento em dissonância com o que o cliente espera. O mesmo se dá em relação a atuar em regime de cooperação, quando as circunstâncias indicarem que esta é uma solução conveniente, mas desalinhada dos interesses pessoais do advogado.

Os advogados, quando funcionam como agentes da parte, podem ter estímulos diferentes delas para negociar uma autocomposição no processo, ou mesmo uma convenção capaz de oferecer ao cliente informações mais completas sobre os fatos da causa e os riscos da demanda.

64. Para Richard Posner, a meta social do direito probatório é minimizar os custos de erros judiciais. Os custos para isto, segundo ele, devem ser dimensionados economicamente. As partes devem considerar na atividade probatória os custos para a obtenção de uma prova em relação à probabilidade de erro judicial no caso de sua não obtenção, numa relação entre custo e benefício. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 611-616.

65. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 575-576.

Steven Shavell chama a atenção para o fato de que, a depender de como foram estabelecidos os honorários da causa – se por hora, por ato ou fase processual, ou mediante um percentual sobre os ganhos –, os advogados podem ser incentivados a agir de um ou outro modo, a se empenhar ou não em um acordo<sup>66</sup>.

Como alertam Cooter e Ulen, honorários contratados no sistema de hora servem de estímulo para trabalhar além do necessário; honorários contratados no modelo por serviço ou por caso, tendem a estimular o advogado a dedicar menos tempo para as atividades. Não à toa a assimetria de informação quanto ao custo ou benefício marginal decorrentes do trabalho do advogado (o quanto trabalhou a menos ou a mais), e os custos de transação para implementar um controle da execução do contrato de prestação de serviços, são superados pelo mercado a partir de seleção de profissionais, com base em reputação e confiança. Isto explica, como afirmam Cooter e Ulen, porque escritórios tradicionais, testados, reconhecidos ou de confiança, podem inclusive cobrar um preço superior aos demais<sup>67</sup>.

Michael Adams conclui, após um estudo comparativo entre o sistema processual alemão e o americano, no que tange às atividades de descoberta dos fatos e das provas, que os custos com honorários na atividade do *discovery pretrial* são bem mais elevados do que na Alemanha, em razão da assimetria de informação, decorrente do problema advogado-cliente (agente-principal)<sup>68</sup>.

O mesmo ocorre em relação à convenção processual. O aconselhamento dos advogados aos seus clientes quanto a convencionar ou não a produção extrajudicial da prova, pode levar em consideração não os interesses do cliente (principal), mas os dos seus mandatários. Nem sempre a avaliação dos interesses do cliente está imune aos interesses do advogado; e não se trata necessariamente de avaliar o profissionalismo e a ética. Muitas vezes, são vieses comportamentais que podem levar a comportamentos previsivelmente irracionais. É o caso do advogado com aversão ao risco de acompanhar a produção de prova por meio atípico e desconhecido, ou mesmo o interesse manifestado pela manutenção do status quo, revelado na preferência do ócio, em prejuízo de um comportamento esperado de negar-o-ócio e celebrar o negócio.

66. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 435.

67. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 419.

68. ADAMS, Michael. The conflict of jurisdictions – an economic analysis of pretrial discovery, fact gathering and cost allocation rules in the United States and Germany. *European Review of Private Law*, vol. 3, n. 1, 1995. Disponível em: [https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/bwl/rechtderwirtschaft/institut/Veroeffentlichungen/Artikel\_36\_ConflictOfJurisdiction.pdf]. Acesso em: 22.10.2016.

Em qualquer relação intersubjetiva em que alguém atua em nome de outro, a teoria da agência demonstra que a dificuldade de monitoramento por qualquer razão – incluindo e não se limitando aos seus custos – e a inexistência de incentivos são fatores que podem levar mais facilmente à maximização de interesses próprios do agente, em detrimento da maximização dos interesses do principal.

... Michael Adams conclui, após um estudo comparativo entre o sistema pro-...  
... a teoria da agência demonstra que a dificuldade de monitoramento por qualquer...  
... incluindo e não se limitando aos seus custos – e a inexistência de incentivos...  
... são fatores que podem levar mais facilmente à maximização de interesses próprios...  
... do agente, em detrimento da maximização dos interesses do principal.

## ANÁLISE ECONÔMICA DO NEGÓCIO PROCESSUAL DE PRODUÇÃO DESJUDICIALIZADA DA PROVA ORAL: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, EXTERNALIDADE E A PREVISÍVEL IRRACIONALIDADE HUMANA

### 3.1. Análise econômica da desjudicialização de atividade processual

O século XX assistiu a uma disputa doutrinária e legislativa sobre a possibilidade e legitimidade de pessoas, sem investidura no cargo de juiz, serem escolhidas pelas partes para decidir uma demanda com a mesma força e autoridade do Estado.

Essa divergência acabou, com o tempo, sendo solucionada de modo a reconhecer o direito das partes de resolver seus conflitos através de um árbitro por elas escolhido, tal como os romanos o faziam na fase da *ordo iudicium privatorum*.

A discussão superava o aspecto da autonomia da vontade das partes quanto aos meios para a resolução dos seus conflitos. Englobava, igualmente, os aspectos da desjudicialização e desjurisdicionalização do processo<sup>1</sup>, bem como da privatização parcial da justiça.

Fixou-se, inclusive no âmbito normativo, que os conflitos podem ser solucionados pelo Judiciário ou fora dele, por meio jurisdicional ou meios alternativos de resolução dos conflitos. Ao Judiciário, não competia se autoatribuir o monopólio para a solução dos conflitos. Chegou-se à conclusão, por fim, de que mesmo naquela parcela submetida ao Judiciário, devem ser estimulados mecanismos que contem com outros meios para a solução da divergência da decisão jurisdicional.

1. Sobre desjudicialização e desjurisdicionalização, Loïc Cadiet explica que a primeira consiste na adoção de meios para retirar do âmbito do Poder Judiciário a solução de controvérsias entre litigantes, o que pode se dar através, por exemplo, da utilização de meios como a mediação, a conciliação, a arbitragem, e intervenção por agências reguladoras, entre outros. A desjurisdicionalização, a seu turno, se opera com a transferência a terceiros (auxiliares ou outros sujeitos) de atividades antes atribuídas aos juízes. Apesar da distinção, preferiu-se neste trabalho adotar a expressão desjudicialização, pois melhor representa, em nossa língua, o fenômeno de execução de uma atividade que, originariamente atribuída ao Judiciário, passa a ser realizada fora dele. Nada impede, contudo, que a expressão desjurisdicionalização seja também utilizada para comunicar a mesma idéia. CADIET, Loïc. La desjudicialización: informe introductorio. *Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguél Ediciones, 2015. p. 28-30.

Subtrair litígios do Judiciário, levando as pessoas a buscar soluções alternativas para seus conflitos, é medida importante para qualquer país, mas sobretudo para aqueles com alta de taxa de litigância, cujo orçamento é deficitário e onde os custos com o Poder Judiciário já são demasiadamente elevados (como, especialmente, o caso do Brasil). Como afirma Cadiet, a desjudicialização abrange não só preocupações quantitativas, econômicas e de gestão; um menor número de litígios significa economia para o orçamento do Estado<sup>2</sup>.

Há, no Brasil, possibilidade de utilização de meios desjudicializados. Negociação direta, conciliação ou mediação por câmaras privadas, ou mediadores escolhidos pelas partes, são meios disponíveis e previstos normativamente. Arbitragem e procedimentos desjudicializados, perante órgãos de concorrência, ambientais, de fiscalização, reguladores e administrativos, igualmente são meios alternativos de resolução de divergências que não contam com a participação direta do Judiciário. Mais recentemente, alguns outros meios utilizados em outros países, como o *ombudsman*, começaram a ser discutidos no país<sup>3</sup>.

Como afirma Loïc Cadiet, os sujeitos em conflito têm atualmente um dever cívico e uma responsabilidade social, que é o de esgotar as vias alternativas para resolução dos conflitos, antes de procurar o Judiciário. O juiz não pode ser visto como a primeira alternativa para quem se encontra em um conflito, mas sim como a última<sup>4</sup>.

Eduardo Fonseca da Costa demonstra preocupação sobre o volume de processos e o dever de *performance* dos juízes, para que haja algum equilíbrio entre os processos que ingressam no sistema e os que são concluídos, sendo um dos poucos

2. CADIET, Loïc. La desjudicialización: informe introductorio. *Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel Ediciones, 2015. p. 41.
3. O Superior Tribunal de Justiça e a Fundação Getúlio Vargas têm promovido seminários para debater a ideia de *ombudsman* para a resolução e prevenção extrajudicial de conflitos. Segundo o material publicado pelo primeiro, “*ombudsman* é um órgão de representação da sociedade em instituições privadas ou públicas que, a depender do modelo, pode possuir competência para prestar informações, receber e encaminhar sugestões e críticas, verificar reclamações quanto a produtos e serviços, sugerir soluções, além de trabalhar para a prevenção e para a resolução de conflitos antes mesmo que eles sejam judicializados”. Disponível em: [[www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/programa\\_ombudsman0909completo.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/programa_ombudsman0909completo.pdf)]. Acesso em: 31.10.2016.
4. “El juez no debe ser concebido como un primer medio sino como el último, tomado solamente cuando no hubo posibilidad de solucionar el conflicto de otra manera. Es necesario tener agota das la via sdel diálogo entre sí antes de ir a buscar latercera palabra de ljuéz. Esto me parece que es undeber cívico y una responsabilidad social”. CADIET, Loïc. La desjudicialización: informe introductorio. *Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel Ediciones, 2015. p. 52.

a trabalhar doutrinariamente com categorias e técnicas das áreas de conhecimento ligadas aos negócios, administração e produção<sup>5</sup>.

Embora a previsão de mecanismos de estímulo a meios alternativos de resolução de litígios, o volume de processos tramitando no Judiciário, somado à estagnação da produtividade nos últimos anos e ao crescimento do número de novos litígios, sugiram a adoção de outros arranjos, capazes de diminuir o impacto no escasso tempo dedicado à atividade jurisdicional. Os recursos humanos envolvidos, financeiros e de tempo, são limitados.

Leonardo Greco é um dos poucos que aborda o tema da estatização ou desestatização da atividade jurisdicional. Segundo o autor: "jurisdição é um conceito em evolução, na medida em que alguns sistemas jurídicos conseguiram desprender-lo do Estado, pelo menos em parte, e outros ainda o associam a uma função essencialmente estatal. Será que a História vai confirmar a evolução no sentido da desestatização da jurisdição? Eu pessoalmente acredito que sim, porque o desprestígio, a perda de credibilidade dos órgãos estatais que exercem ajuda edição, é um fenômeno universal menos pelas suas deficiências e mais pela expansão das aspirações de Justiça da sociedade contemporânea aqui o Judiciário estatal não é capaz de dar respostas inteiramente satisfatórias<sup>6</sup>".

Várias atividades que até então eram confiadas aos juízes, passaram, com o tempo, a ser de responsabilidade de outros servidores da justiça. O NCPC prevê expressamente a desjudicialização da atividade de mediação e conciliação, quando as partes desejarem escolher o mediador, conciliador ou câmara privada especializada nesta função. O mesmo fenômeno – desjudicialização – se dá em relação aos atos de intimação das testemunhas para a audiência de instrução, responsabilidade atribuída aos advogados. Heitor Sica menciona a "terceirização" para auxiliares da justiça da realização de muitas das audiências preliminares do art. 331 da legislação processual anterior, limitando o espectro das atividades originariamente previstas à conciliação<sup>7</sup>.

A ilegitimidade da desjudicialização de atividades do Poder Judiciário, ou sua terceirização<sup>8</sup>, na linguagem da administração, é um dogma influenciado pela

5. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 354.

6. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66.

7. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, v. 255, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 435-460.

8. Esta desjudicialização de atividade processual por convenção das partes é tida por Kevin Davis e Helen Hershkoff como uma espécie de terceirização (*outsourcing*) ou privatização. DAVIS, Kevin. HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *Negócios*

ideologia publicista, que deve ser reexaminado. Até mesmo a atividade decisória (convencimento, estudo do processo, exame das provas e decisão), atribuição que, em tese, deve ser desincumbida exclusivamente pelos juízes em razão da investida, conta com um expressivo auxílio de terceiros (assessores).

Não se pode perder de vista que a desjudicialização – ou terceirização de atividades processuais – potencialmente pode afetar a confiança no Judiciário. A contrapartida é o engajamento e participação ativa das partes, apoiada em valores democráticos e que estabelece uma relação de confiança técnica entre elas, que pode ultrapassar os limites da atividade desjudicializada, induzindo um sistema virtuoso<sup>9</sup>.

Ronald Coase<sup>10</sup> é um dos teóricos que melhor trabalhou a concepção de atividades próprias serem realizadas por terceiros. Em artigo intitulado “a natureza da firma”, Coase sustenta que a produção de uma determinada atividade pode ser realizada pela própria organização encarregada, ou de forma descentralizada, por outros agentes econômicos. Quando descentralizada, o que ocorre em razão de custos elevados em comparação com a dos outros, a atividade pode ser executada pontual e individualmente, por terceiros, através de negócios jurídicos ou através de firmas especializadas que se organizam para desempenhar aquele mesmo ato<sup>11</sup>.

Tome-se como exemplo a conciliação – até pouco, atividade realizada pelos juízes. Nela, os custos envolvidos levaram um rearranjo para admitir sua realização por árbitros privados, escolhidos pelas partes (inclusive por convenção processual), ou mesmo de firmas especializadas (câmaras de conciliação privadas).

---

*Processuais*. Coordenação de Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 135.

9. Sobre o tema vide: DAVIS, Kevin E. HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 131-178.
10. Dentre a produção de Ronald Coase, que foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia em 1991, destaca-se o seu raciocínio segundo o qual existindo direitos bem definidos e podendo as partes negociar, a solução eficiente será alcançada através do consenso entre elas independente da previsão de comandos legais. De acordo com o que mais tarde foi enunciado e reconhecido como Teorema de Coase, sob concorrência perfeita e numa situação cujos custos de transação é zero, a alocação final de um bem obtida por meio de barganha entre as partes será sempre eficiente, independente do direito e do Estado. KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Coordenada Por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 71.
11. A realização de atividade através de empresas especializadas costuma apresentar um custo menor do que quando a atividade é executada individualmente. A estrutura racional e especializada de uma “firma” costuma ser mais eficiente do que a execução individual na ótica de Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido. FERREIRA, Antônio Carlos. CÂNDIDO, Patrícia. Estudo introdutório. *A firma, o mercado e o direito de Ronald Coase*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. XL.

Mais recentemente, esta noção de realização de atividades por si próprio ou por terceiros, está evoluindo, para admitir outras formas inovadoras de organização econômica, como são os casos daquelas cuja sustentação se fundamenta justamente em redes de cooperação e compartilhamento<sup>12</sup>.

Segundo a teoria de Coase<sup>13</sup>, quando os custos para a realização de uma determinada atividade por alguém são excessivos ou mesmo maiores do que zero, outras pessoas (terceiros) passam a se dispor a executá-las a um custo menor. No mercado, estas pessoas irão desenvolver a atividade através de contratos ou negócios jurídicos. A conclusão de Coase é que quando o mercado está funcionando bem sem originar custos de transação, não haverá interesse em terceirizar atividades. Aplicando a conclusão ao processo civil, é possível afirmar que uma prestação jurisdicional perfeita, por meio da prestação jurisdicional eficiente, efetiva, justa, adequada, barata e tempestiva, não traz nenhum estímulo para que as pessoas procurem alternativas à jurisdição ou a desjudicialização de suas atividades.

Partindo do teorema de Coase, Kruger e Wells concluem que mercados ou espaços caracterizados por maior liberdade e menor intervenção estatal normalmente são mais eficientes. Entretanto, havendo situações de desequilíbrio no mercado livre, como é o caso da formação de monopólios ou a necessidade de regulação de atividades estratégicas, deve o governo intervir para assegurar o bem estar coletivo<sup>14</sup>.

A cláusula geral de negócio processual e a menor intervenção do juiz, naquele modelo de "mercado" apresentado por Kruger e Wells, potencializa maior interação entre as partes e seus advogados, e escolhas eficientes, na medida em que procuram maximizar seus interesses próprios em relação à prova, considerando os seus objetivos. Tomando-se o cenário no qual a instrução é de incumbência das partes, a conduta daqueles que ali interagem exige maior dedicação e responsabilidade do autor e do réu, para atingir cada qual seu propósito, o que estimula o desenvolvimento de competências pessoais para a eficiência dos meios escolhidos, segundo os modelos econômicos. Isso tende a apontar para comportamentos diferentes das partes e seus advogados antes do conflito (quando convencionam a produção extrajudicial da prova, para diminuir o custo de transação da execução deficiente

12. Os arranjos econômicos modernos experimentam uma inovação disruptiva nos últimos anos. É o caso das redes de cooperação e compartilhamento utilizadas a partir de ferramentas e plataformas tecnológicas que revolucionaram a organização econômica em torno de algumas atividades como a de locação de imóveis e de transporte público privado, como o Airbnb e o Uber, por exemplo, dentre tantas outras em curso.

13. COASE, Ronald Harry. *The nature of the firm*. Artigo compilado na obra *The nature of the firm: origins, evolution and development* editada por Oliver Williamson e Sidney Winter. New York: Oxford University Press, 1993.

14. KRUGMAN, Paul. WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 11-16.

da obrigação econômica principal), após o conflito e antes do processo e no curso dele. Os propósitos e estratégias processuais vão se alterando na medida em que os fatos se sucedem.

Ao mesmo tempo, porém, em que a liberdade sugere aumento de eficiência, eventual constatação de falha reiterada na produção da prova oral, como nas hipóteses de verificação de erros judiciais, deficiência na formação da prova ou excessos praticados na atividade instrutória extrajudicial, aconselha economicamente a intervenção estatal. A correção da "falha do mercado", nesse caso, se dá pontualmente através dos poderes instrutórios do juiz, para assegurar que o meio probatório cumpra sua finalidade e seja útil, ou repressivamente através de novos arranjos institucionais que eliminem a liberdade e monopolizem novamente a atividade instrutória oral.

A alocação da realização de atividade instrutória pelas partes também seu custo. Há necessidade de negociar os termos da convenção processual, redigi-la e monitorar sua execução<sup>15</sup>.

Os custos de transação envolvidos para a realização de uma determinada atividade induzem, portanto, a realocação de sua execução a um terceiro, que se organizará em uma firma ou prestará individualmente, também a partir da incidência dos custos. O arranjo mais eficiente para a realização de uma atividade na perspectiva econômica, portanto, deve ser verificada a partir da comparação dos custos de transação envolvidos em cada um daqueles arranjos. Aquela que apresentar menor custo de transação é a mais eficiente<sup>16</sup>.

Krugman e Wells anotam que a especialização de atividades normalmente produz ganhos e eficiência<sup>17</sup>. Isto já se vê, em alguma extensão, na organização judiciária e distribuição de competências jurisdicionais.

Apropriar-se das referências econômicas de Ronald Coase e de tantos outros economistas para analisar a produção extrajudicial da prova oral ou a desjudicialização de atividade processual em geral, significa questionar se ela – a colheita de prova oral, por exemplo – deve ser feita sob a presidência e execução do juiz

---

15. Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, um contrato costuma apresentar três formas de custos de transação: "(1) custos da busca para a realização do negócio; (2) custos da negociação; (3) custos do cumprimento do que foi negociado". COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105.

16. COASE, Ronald Harry. *The nature of the firm*. Artigo compilado na obra *The nature of the firm: origins, evolution and development* editada por Oliver Williamson e Sidney Winter. New York: Oxford University Press, 1993. p. 23-24. Vide ainda: COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 44.

17. KRUGMAN, Paul. WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 11-16.

(internamente), ou se é eficiente que seja realizada pontualmente pelas partes fora do Judiciário (externamente).

A racionalidade envolvida na análise tem aspectos jurídicos, examinados ao longo das primeiras duas partes da pesquisa, e econômicos. No campo da economia, a produção da prova oral, realizada em audiência de instrução e com a participação do juiz, é a opção eficiente quando os custos de transação ali envolvidos forem menores do que comparados à execução daquela mesma atividade por particulares, através de negócios jurídicos.

Quando estes custos ficam também excessivos, o mercado se organiza e surgem firmas segundo a teoria de Coase, as quais conseguem executar aquela atividade a um custo ainda menor. Esta economia de custos de transação, que uma firma terceirizada consegue oferecer, se comparado à execução pontual de uma atividade por terceiro, decorre do próprio volume e habitualidade do trabalho, de sua organização e especialização, do *know how* adquirido, da utilização de tecnologia, da produção em escala e da própria hierarquia interna substitutiva da barganha (negociar uma vez ao invés de inúmeras vezes)<sup>18</sup>.

Entretanto, não se está em discussão, no atual estágio social, a realização da atividade da produção da prova através de firmas ou instituições organizadas e especializadas para esta atividade<sup>19</sup>. Apesar deste arranjo já ser possível juridicamente para algumas atividades processuais, como no caso da mediação e conciliação<sup>20</sup>, por exemplo, e de existir no mercado verdadeiras firmas de advogados que advogam apenas nos atos de instrução judicial como correspondentes, não se cogita desse arranjo em relação à produção da prova oral nesta pesquisa. Excluída a opção de produção da prova oral por instituições ou "firmas" especializadas nesta atividade, restam as outras duas alternativas: realizá-la no Judiciário (internamente), ou fora dele, pontualmente, por meio da customização do processo por convenção das partes (extrajudicialmente).

Como anota Diogo de Almeida "as inúmeras atividades atribuídas ao juiz pelo modelo social deixam-no com pouco tempo para se debruçar sobre o que realmente importa: encontrar uma solução para o conflito"<sup>21</sup>.

18. COASE, Ronald Harry. *The nature of the firm*. Artigo compilado na obra *The nature of the firm: origins, evolution and development* editada por Oliver Williamson e Sidney Winter. New York: Oxford University Press, 1993.

19. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 7.

20. As atividades de mediação e conciliação, segundo os artigos 167 e 168 do NCPC, podem ser realizadas por profissionais ou mesmo por firmas (câmaras privadas) quando as partes assim desejarem.

21. ALMEIDA, Diogo Rezende Assumpção de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 76.

Há um princípio na economia segundo o qual o gasto de uma pessoa é a renda de outra<sup>22</sup>. Neste modelo, a produção extrajudicial voluntária da prova oral pelas partes dá maior tempo para os juízes se dedicarem a outros atos processuais. Não que o tempo dos advogados e das partes não seja igualmente escasso. Todavia, diferente dos juízes, a escassez do tempo dos advogados para desempenhar atividades processuais pode ser melhor resolvida, por meio do mercado e do sistema de preços. A atividade judicial, contrariamente, não – exceto por meio de aumento de custas iniciais ou das despesas de sucumbência, o que, em tese, diminuem a demanda e puxam o ponto de equilíbrio para mais próximo do nível de oferta.

O ponto a ser decidido racionalmente pelas partes, que tem a opção de ajustar o procedimento e determinadas situações processuais à sua vontade, se circunscreve à análise dos custos de transação, envolvidos como resposta ao seguinte questionamento: se há a alternativa de se realizar algo extrajudicialmente, de forma melhor ou com custos de transação menores do que se realizada judicialmente determinada atividade, por que insistir na alternativa mais desvantajosa?

### 3.2. Os custos de transação nos negócios jurídicos

Como sustenta Oliver Williamson, a razão determinante para escolher uma forma de realizar determinada atividade em detrimento de outra, é a comparação dos custos de transação<sup>23</sup>. Questiona-se, então, o que são estes custos de transação.

Os custos de transação são todas aquelas desvantagens ou ônus inerentes ao negócio (à transação)<sup>24</sup>. Qualquer tipo de fator que dificulta uma troca, atividade ou negócio, é um custo de transação.

São custos de transação, também, as oportunidades perdidas em razão da escolha ou do negócio. Ocorre que quando se opta por uma alternativa, perde-se os benefícios da outra (custo de oportunidade), razão pela qual a análise econômica sugere a comparação entre as vantagens e desvantagens, entre a via eleita comparada com aquela renunciada (*trade-off* entre os custos e benefícios)<sup>25</sup>.

22. KRUGMAN, Paul. WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 11-16.

23. Oliver Williamson foi aluno de Ronald Coase que continuou a pesquisa de seu mestre. Recebeu igualmente o prêmio Nobel de Economia em 2009 pelo trabalho sobre governança econômica no âmbito das firmas. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 1-2; 407-408.

24. KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Coordenado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 71.

25. KRUGMAN, Paul. WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 6-17.

Segundo Williamson, os custos podem ser anteriores e posteriores ao negócio. Os anteriores são relacionados à seleção da proposta, negociação das condições e elaboração do documento, que regulará a atividade e protegerá os interesses das partes. Os custos posteriores à transação decorrem de efeitos de inadimplemento total ou parcial pela equivocada compreensão ou execução do contrato, o risco de alteração do contexto ante a incerteza do futuro, pedidos para alteração do contrato, em razão de sua elaboração não atenderem plenamente as expectativas das partes, os custos normais de execução e monitoramento do negócio, dentre outros<sup>26</sup>.

Quanto aos custos anteriores ao negócio, usualmente eles são menores à medida em que o objeto da transação for comum, simples, habitual ou já experimentado pelas partes. Exemplo: convencionar a eleição de foro tem um custo de transação menor do que negociar a distribuição de ônus processual.

Uma cláusula de eleição de foro em contrato entre empresas, por exemplo, representa um custo de transação relativamente baixo. As empresas estão acostumadas a este padrão, e a barganha se limita normalmente a escolher qual a comarca previamente eleita para apreciar demandas originárias daquela relação comercial. A habitualidade que propicia o conhecimento e conforto sobre a cláusula de eleição de foro, não induz as partes em custos, comumente, de verificar a tabela de custas judiciais em determinado Estado em comparação com de outro, ou se a jurisprudência sobre determinado tema que interessa ao contrato é diferente daquela consolidada por outro Tribunal. Já uma cláusula convencionando a distribuição do ônus da prova, é mais complexa, pois envolve prever contingências, os tipos de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, e negociar a realocação do risco. Não por acaso, as convenções processuais sobre ônus da prova já eram permitidas desde o CPC de 1973, e raramente utilizadas.

Os custos de transação quanto à barganha das condições contratuais e a elaboração da convenção processual tendem a ser maiores em questões complexas quando comparadas às mais simples.

Tome-se a convenção de arbitragem como analogia para a análise econômica da desjudicialização de atividade processual e das convenções processuais. Bruno Salama, ao analisar economicamente a opção das partes pela desjudicialização da resolução do conflito por meio da arbitragem, conclui que esta escolha é pautada por duas razões determinantes: "em primeiro lugar, à busca pela redução dos custos de transação especificamente associados à resolução das disputas. Em segundo lugar, à busca pela melhoria do ambiente jurídico em que prospectivamente se dará a relação contratual"<sup>27</sup>.

26. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 20-21.

27. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Análise econômica da arbitragem*. *Direito e economia no Brasil*. 2ª edição. Organizada por Luciano Timm. São Paulo: Atlas, 2014. p. 382.

A arbitragem é opção eficiente para reduzir diversos custos de transação, relacionados à necessidade de resolução do conflito, quando comparado aos custos incorridos se a causa for submetida ao Poder Judiciário. Quando a relação aponta benefícios maiores do que os custos de transação, negociar este ponto é uma opção racionalmente eficiente. Agilidade, infraestrutura dinâmica, menor duração do processo, especialização do julgador (e redução de erros de julgamento de questões preponderantemente especializadas ou técnicas), imparcialidade e sigilo, são fatores que reduzem os custos de transação do próprio negócio jurídico principal, e fazem sentido no exame comparativo das vantagens e desvantagens entre os meios judicial e arbitral de resolução de controvérsia<sup>28</sup>.

Todavia, a cláusula de eleição de arbitragem nem sempre é uma escolha eficiente: as vantagens da arbitragem têm um preço. Normalmente, os custos e despesas financeiras para contar com um serviço de excelência são superiores às custas judiciais, o que pode refletir num custo de transação exagerado para os negócios cujo valor envolvido são de menor monta<sup>29</sup>. Além disso, nem sempre há câmaras arbitrais com credibilidade nos locais em que se encontram estabelecidos os contratantes, capazes de gerar a confiança necessária para elas. O desconhecimento e a falta de experiência em relação a um procedimento arbitral também influenciam na tomada da decisão e constituem um custo de transação em razão da assimetria de informação. Negociar a eleição de uma câmara de arbitragem conhecida é diferente de escolher uma de um país ou local distante e cujo funcionamento é desconhecido. A eleição do meio arbitral para a resolução de uma controvérsia depende, portanto, do contexto do negócio jurídico e das circunstâncias do ponto objeto do conflito entre as partes.

Robert Cooter e Thomas Ulen elencam uma série de fatores que puxam para baixo os custos de transação em um negócio jurídico. Serviço padronizado, direitos claros e simples, poucas partes envolvidas, bom relacionamento (partes amistosas e que se conhecem), bom senso, intercâmbio instantâneo, poucas contingências, baixos custos de monitoramento e penalidades brandas, ajudam a reduzir os custos e estimulam as partes a cooperar e a celebrar um negócio<sup>30</sup>.

28. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Análise econômica da arbitragem. Direito e economia no Brasil*. 2ª edição. Organizada por Luciano Timm. São Paulo: Atlas, 2014. p. 383-385.

29. Bruno Salama elenca como desvantagens da arbitragem em relação ao meio judicial de resolução de controvérsias a limitação das causas (nem todas podem ser submetidas àquele meio alternativo), os custos financeiros, muitas vezes proibitivos, e a necessidade de consenso entre as partes para definir a arbitragem e escolher os árbitros. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Análise econômica da arbitragem. Direito e economia no Brasil*. 2ª edição. Organizada por Luciano Timm. São Paulo: Atlas, 2014. p. 385.

30. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 107.

Inversamente, serviços únicos e não padronizados, direitos incertos ou complexos, muitas partes envolvidas, relacionamento precário (partes hostis ou que não se conhecem), comportamentos insensatos, falta de agilidade na troca de informações, excesso de contingências, custo elevado de fiscalização do contrato e necessidade de penalidades severas, aumentam os custos de transação e dificultam a formação de negócios<sup>31</sup>.

Na análise econômica, estas vantagens são interpretadas como incentivos para a tomada de decisão e escolha racional. Contudo, as vantagens são ponderadas e examinadas comparativamente aos custos (desvantagens), de modo que a decisão eficiente é aquela que melhor se identifica com o resultado desta equação (*trade off* entre os benefícios e custos). Quando os benefícios agregados são maiores do que os custos respectivos, a opção por determinado meio é racionalmente eficiente.

Ronald Coase demonstrou que vários custos de transação, como aqueles para se informar adequadamente a respeito da proposta da outra parte, seus interesses, e mesmo sobre o objeto da possível avença, decorrem da incerteza e assimetria de informações que cada parte dispõe<sup>32</sup>. A falta de informações completas e os custos para prever todas as contingências possíveis originam usualmente contratos incompletos<sup>33</sup>.

Não obstante, Mitchell Polinsky afirma que, apesar de contrato completo ser a opção racional eficiente para evitar complicações na execução do contrato, os custos de transação para prever, negociar e redigir a respeito de todas as possíveis contingências, costumam levar as partes a ignorar a maior parte delas<sup>34</sup>.

Além destas variáveis, há outras que dizem respeito às informações e expectativas existentes no momento em que se negocia a desjudicialização de atividade processual em geral, e da produção da prova oral em particular.

Envolver-se na produção privada da prova oral toma tempo e recursos que vão da negociação de suas bases à sua execução. Os benefícios e os custos devem ser racionalmente ponderados, pois a decisão implica na obtenção de vantagens e ônus.

31. COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 107.

32. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 96-114.

33. Steven Shavell anota que os contratos são previsivelmente incompletos não só em razão do custo pelo esforço de prever, negociar e redigir a respeito de possíveis contingências, várias delas estatisticamente improváveis. Condições de menor relevância ou impacto na execução de um negócio ou aquelas que resultam em custos elevados para as partes na hipótese de uma potencial discussão judicial são igualmente determinantes para a formulação consciente de um contrato incompleto. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 299-301.

34. POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 4ª edição. New York: Wolters Kluwer, 2011. p. 33.

Como se dá a escolha, nos negócios processuais, pela desjudicialização da produção da prova oral, considerando as informações e interesses ao tempo de sua celebração? Negociar a produção extrajudicial da prova antes ou durante o processo apresenta custos de transação semelhantes? Convencionar a produção atípica desta prova antes de surgir o conflito tem o mesmo custo de transação quando o conflito já existe (mas o processo não)? As informações e estratégias das partes, considerando estes cenários, alteram os custos de transação? Quando a opção de celebrar negócio com este objeto é eficiente?

As respostas exigem um aprofundamento na análise econômica dos custos de transação, decorrentes da assimetria de informações e da racionalidade limitada das partes, assim como de comportamento oportunista na formação e execução do negócio processual, temas tratados nos próximos tópicos.

### 3.3. A assimetria de informações: confiança, racionalidade limitada e oportunismo

Além daqueles custos de transação apontados, Oliver Williamson se destacou na ciência econômica, ao apontar outros custos de transação que igualmente repercutem e influenciam a decisão em fazer ou deixar de fazer, ou de escolherem uma opção "A" em detrimento da opção "B". Estes fatores apontados por Williamson e geradores de custos são a (i) racionalidade limitada, (ii) a complexidade, (iii) o oportunismo e a (iv) especificidade do ativo objeto da transação ou escolha<sup>35</sup>.

O ser humano, apesar de racional, tem limitações neurofisiológicas, cognitivas e de linguagem, que reduzem sua capacidade em avaliar um determinado cenário e escolher uma determinada opção. Esta limitação da racionalidade<sup>36</sup> resulta da incapacidade de dominar todas as informações e prever todas as contingências possíveis no processo de escolha ou de tomada de decisão. Da racionalidade limitada, se origina o custo de transação da assimetria de informações.

A extensão ou grau de conhecimento que uma pessoa tem a respeito da pessoa com quem está se relacionando economicamente, do objeto do negócio e da

35. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 30-46.

36. A racionalidade limitada foi originalmente abordada por Herbert Simon. Para o autor, apesar da intenção do agente estar pautada em uma racionalidade que ele entende completa, ela – a racionalidade – é meramente limitada em razão da impossibilidade de cognição plena sobre a totalidade de variáveis existentes e que em tese podem por probabilidade repercutir na escolha tomada. SIMON, Herbert. *Administrative behaviour: a study of decision making processes in administrative organization*. New York: Macmillan, 1947.

amplitude de contingências futuras que podem surgir na execução de uma transação, é assimétrica e racionalmente limitada. A capacidade intelectual, cognitiva e de processamento de memória individual de cada um, são diferentes. A própria "capacidade humana de acumular e processar informações" e de compreender e/ou se comunicar através da linguagem, são limitadas<sup>37</sup>.

Richard Posner destaca que a limitação da racionalidade não prejudica a análise econômica. É que a racionalidade, no campo da economia, é analisada como a tendência ou predisposição, consciente ou inconsciente, para uma escolha, decisão ou ação. Esta tendência, segundo o autor, é a de maximizar interesses próprios, segundo o contexto e informações (limitadas e assimétricas) que se tem<sup>38</sup>.

A constatação de que as partes possuem informações incompletas ou insuficientes para celebrar um negócio processual, limita a racionalidade<sup>39</sup>. A complexidade é outro fator que afeta diretamente os custos de transação. Quanto mais complexo for o tema, maiores serão os custos e mais difíceis serão as trocas<sup>40</sup>. O oposto da complexidade é a simplicidade. Quanto mais simples for uma opção, um negócio ou variáveis de uma escolha ou decisão, menores serão os custos de transação.

O mesmo se diga em relação ao processo e ao negócio jurídico processual: quanto mais complexa for a legislação processual, maiores serão os custos de transação para se atuar nele, e para todas as relações econômicas que de alguma forma do processo civil dependam como meio para eliminação de controvérsias; quanto mais simples for a situação a ser negociada, mais fácil será o caminho para a celebração de uma convenção processual.

Apesar da singela do raciocínio em favor da simplicidade, os mecanismos que nos levam a tornar complexo o que deveria ser simples, aumentando irracionalmente os custos de transação e sociais, é algo ainda não explicado. Jeremias Bentham apresenta um interessante diagnóstico, feito ainda no início do século XIX, ao comparar a ciência jurídica das demais ciências: "La historia de esta jurisprudencia es lo contrario de la historia de las demas ciencias: en las ciencias se camina siempre simplificando los procedimientos de los predecesores; en la jurisprudencia se va siempre complicando mas. Las artes se perfeccionan produciendo mas efectos por

37. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 86-88.

38. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª edição. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 17.

39. DAVIS, Kevin e HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *Negócios Processuais*. Coordenação de Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 147.

40. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 88-89.

medios mas faciles; la jurisprudencia se ha deteriorado multiplicando los medios y disminuyendo los efectos<sup>41</sup>”.

Uma face do comportamento humano, não de todas as pessoas, mas de boa parte delas, é o interesse em se aproveitar de brechas ou de interpretações, em benefício próprio, que pode decorrer da astúcia ou mesmo da má-fé<sup>42</sup>. O terceiro custo de transação, apresentado por Williamson, e que se soma aos demais, é o oportunismo<sup>43</sup>. A maximização dos interesses próprios leva a condutas oportunistas, retratadas nas armadilhas e “pegadinhas” contratuais inseridas maliciosamente, com o intuito de buscar vantagem ou no aproveitamento de situações, para a obtenção de ganhos com violação à boa-fé. A assimetria de conhecimento, a racionalidade limitada ou complexidade do tema, podem levar uma das partes a se aproveitar oportunamente da informação de que a outra não dispõe, para obter alguma vantagem<sup>44</sup>.

Segundo Mackaay e Rousseau, “uma parte contratante age de maneira oportunista quando procura, por trapaça ou mediante força, coerção, modificar em seu proveito e em detrimento da outra, a repartição dos ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão<sup>45</sup>”.

O comportamento contrário à intenção contratual, a falta de transparência na formação, conclusão e desenvolvimento do contrato, são indícios de conduta oportunista.

Comportamentos oportunistas são tolerados em alguns países e repugnados culturalmente em outros. Naqueles em que há tolerância ao oportunismo, o custo de transação será maior do que naqueles que não assimilam tais comportamentos

- 
41. BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Traduzida por C.M.V. t. I. Paris: BossangeFrères, 1825. p. 12.
42. Mackaay e Rousseau anotam que “o oportunismo se torna possível pelas assimetrias informacionais entre as partes. As assimetrias decorrem de revelação incompleta, deformada ou falsificada da informação. Interfere nas capacidades, preferências ou intenções das partes”. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 521.
43. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The FreePress, 1985. p. 47-49; 64-67.
44. Como anota Marcia Ribeiro, a pessoa lesada por uma informação que não detinha “é exemplo da limitação de racionalidade que pode atingir os agentes econômicos. (...) A mente humana é um recurso escasso, já que o indivíduo não tem condições de buscar todas as informações possíveis sobre as decisões tomadas em seu dia a dia”. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Racionalidade limitada. O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Coordenada Por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 66.
45. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 223.

como um padrão aceitável. O custo está embutido na desconfiança e na predição do comportamento malicioso, exigindo maior esforço do sujeito na fase pré e pós-negocial. A desconfiança gerada pela previsão de comportamento oportunista exige maior barganha, melhores informações, detalhamento preditivo nos contratos e controles eficazes de sua execução, todos os custos de transação.

Os efeitos do oportunismo quanto aos custos de transação<sup>46</sup> são regulados não só pelo negócio jurídico, mas também normativamente. Além de ilícitos penais, o ordenamento jurídico expressamente protege a boa-fé objetiva no direito material e processual, estimulando comportamento cooperativo e regulando a função social dos negócios jurídicos. Tais medidas inibem, mas não evitam por completo o oportunismo negativo vazado em atos de má-fé.

Na ótica de Richard Posner, ao julgar questões sobre direito contratual, os juízes devem completar eventuais cláusulas ou condições omitidas, ou decidir conflitos, tendo como objetivo eliminar condutas oportunistas, que constituem defeitos de mercado<sup>47</sup>.

Outro custo de transação, citado por Williamson, diz respeito à especificidade do ativo, que deve ser compreendido a partir da verificação, naquele "mercado", do número de agentes predispostos a participar de uma transação. Quanto mais restrito este número, maior será o custo de transação ante a dificuldade de realizar o negócio com outras pessoas. Negociar a venda de um bem de consumo, por exemplo, tem um leque de potenciais agentes dispostos a fechar a transação muito maior do que convencionar a respeito de uma situação processual, cujo objeto é restrito às partes. Além disso, e como explica Ronaldo Fiani, "a presença de concorrentes potenciais é suficiente para coibir atitudes oportunistas"<sup>48</sup>. Nos negócios envolvendo ativos específicos que interessam a apenas a uma ou poucas pessoas, como nas convenções processuais, o comportamento oportunista encontra, em tese, maior espaço, e as trocas são mais restritas, em razão da limitação dos interessados.

46. É importante advertir, como o faz Ronaldo Fiani, que o oportunismo de que trata a economia não é aquela habilidade positiva, antevendo o futuro, aproveitar da situação para conseguir vantagens. O oportunismo econômico, como custo de transação, é a "exploração maliciosa das informações que se possui (e que a outra parte ignora) para a obtenção de vantagem na transação. Mais especificamente por oportunismo entende-se a transmissão de informação seletiva, distorcida ou realização de falsas promessas sobre o comportamento futuro do próprio agente". FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 90.

47. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª edição. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 96.

48. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 91-92.

A intensidade, de todos estes custos, é mitigada por algumas variáveis, tais como a frequência de transações anteriores similares (e a confiança que surge com a continuidade do trato entre as pessoas), o grau de incerteza em relação à escolha (pela assimetria de informações e racionalidade limitada), e a importância do bem objeto do negócio (quanto mais específico e importante o bem objeto do negócio, maior será o custo de transação)<sup>49</sup>.

Como os interesses contratados devem ser maximizados e os interesses oportunistas restringidos, a correta identificação do propósito das contratantes em um negócio jurídico é importante. Através da manifestação do propósito, as partes externam o que gostariam de maximizar. Daí a relevância da utilização da técnica de redação, que destaca o propósito ou os interesses nos "considerandos". A maximização dos interesses das partes em um negócio jurídico, além de um vetor econômico, é também um critério jurídico de interpretação dos negócios jurídicos (CC, art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem).

Por consequência disso, a convenção processual para a produção extrajudicial da prova, em detrimento de sua realização em juízo, depende da verificação dos custos de transação a cada caso concreto e segundo o nível de informação e racionalidade dos agentes. Muitas vezes, os custos de transação são a tal ponto elevados que impedem o negócio, tal como quando a parte tem prévio conhecimento de que o adversário é um oportunista ou simplesmente ela ou seu advogado não detém o conhecimento técnico a respeito do assunto<sup>50</sup>. A técnica das convenções processuais, seus limites e regime de validade, e a própria possibilidade de produção extrajudicial da prova oral é, aos olhos de quem não conhece o processo civil, um tema complexo e muitas vezes até inexecutável. A desjudicialização da atividade probatória também. A complexidade de algo, como custo de transação, pode ser a razão determinante para não celebrar um negócio processual.

A assimetria de informação em relação às contingências possíveis, aos potenciais comportamentos oportunistas, ou quanto à complexidade do objeto do negócio, é mitigada quando as partes estabelecem uma relação de confiança.

A confiança subjetiva, como crença na boa-fé, lealdade e probidade em alguém, diminui a necessidade de precauções e os custos de transação decorrentes da precariedade de informações em relação ao interlocutor (sua honestidade,

49. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 20-42. PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de transação. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Coordenado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 82-84.

50. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 231.

confiabilidade e competência), e em relação ao objeto do negócio jurídico (como se desenvolverá quando executado)<sup>51</sup>. A confiança é um atalho para o negócio, cuja racionalidade está na previsibilidade. A confiança se traduz em um "sentimento de segurança na sinceridade ou na competência de alguém; crença de que alguma coisa se sucederá bem"<sup>52</sup>.

Mackaay e Rousseau esclarecem que "a confiança permite economizar precauções que seríamos levados a adotar se ela não existisse (...) enquanto os agentes econômicos confiam reciprocamente uns nos outros, mais contratos serão concluídos e mais ganhos recíprocos resultarão entre desconhecidos do que se assim não fosse. O bem-estar coletivo aumenta se há melhora da confiança recíproca"<sup>53</sup>.

Apresentadas as premissas, segue-se com a análise dos custos do negócio processual para a produção extrajudicial da prova oral.

#### 3.4. Os custos de transação na convenção processual para a produção desjudicializada da prova oral: quando é eficiente para as partes cooperar e produzir a prova extrajudicialmente?

Negociar a produção extrajudicial da prova oral tem custos. Dependendo deles, a escolha pela manutenção do *status quo* para que a prova seja produzida judicialmente em audiência de instrução, pode ser mais vantajosa do que a opção na qual as partes executarão aquela atividade diretamente, de forma desjudicializada.

Seja qual for a opção das partes, há custos sociais e privados que devem ser avaliados por elas, segundo o critério da eficiência, de modo a maximizar seus interesses ou a própria utilidade da prova oral.

No campo da análise econômica, os custos de transação determinam a escolha, ainda que pautada numa racionalidade limitada, do meio eficiente para a realização de uma determinada atividade. Isto significa, quanto à hipótese investigada nesta pesquisa, avaliar se é eficiente ou não negociar uma convenção para a produção extrajudicial da prova oral, ou simplesmente manter a via judicial.

É por meio do cotejo dos custos de transação e o resultado decorrente da avaliação das vantagens e desvantagens que se pode afirmar que um negócio processual de produção desjudicializada da prova será um meio eficiente ou não, comparativamente à opção judicial.

51. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 430-431.
52. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro, 2004. p. 187.
53. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 430.

Isso significa que, se os custos de transação para celebrar o negócio, que possibilitará a produção desjudicializada da prova, forem menores do que aqueles que as partes experimentariam com a permanência na situação em que se encontram, devem elas optar pela primeira em detrimento da segunda. Todavia, se forem maiores, como é o caso da dificuldade na própria celebração do negócio ou sua execução, é preferível que a prova oral seja produzida em juízo, mesmo diante de algumas desvantagens.

Nos capítulos anteriores uma série de custos que influenciam as escolhas foi destacada. Um resumo delas pode ser verificado no quadro abaixo:

<b>Custos de transação reduzidos que facilitam o negócio processual</b>	<b>Custos de transação elevados que dificultam o negócio processual</b>
Liberdade Processual	Monopólio e Intervencionismo Estatal
Vantagens Relevantes	Vantagens de Menor Relevância
Confiança	Desconfiança
Comportamento Cooperativo	Comportamento Competitivo
Simetria de Informações	Assimetria de Informações
Conhecimento Processual Adequado	Conhecimento Insuficiente
Racionalidade	Irracionalidade
Transparência	Malícia
Boa-fé	Oportunismo Negativo
Bilateralidade de Partes	Multiplicidade de Partes
Negociador Habitual	Negociador Eventual
Experiência Anterior Positiva	Desconhecimento
Agilidade e Dinamismo	Lentidão e Falta de Dinamismo
Previsibilidade	Imprevisibilidade
Simplicidade da Convenção	Complexidade da Convenção
Tipicidade do seu Objeto	Atipicidade do seu Objeto
Recursos Envolvidos Razoáveis	Recursos Envolvidos Elevados
Contingências Escassas	Contingências Elevadas
Possibilidade de Repetição	Impossibilidade de Repetição

A possibilidade de convencionar validamente sobre a produção atípica de prova oral é um custo de transação determinante. A simples previsão de uma cláusula

sula geral de autorregramento processual, como a prevista no art. 190 do NCPC, tende a estimular os agentes econômicos a maximizar seus interesses, por meio da customização do procedimento. No entanto, a mera previsão desta possibilidade não é o suficiente. Como as hipóteses de invalidação apresentam termos indeterminados (nulidade, violação à ordem pública, vulnerabilidade etc.), a expectativa de o negócio processual vir a ser recusado ou invalidado desestimula as partes. Ninguém gosta de empregar seus esforços em atividade que não será aproveitada, pelo menos no sentido econômico.

A instrução oral perante o juiz, nos moldes do procedimento comum, previstos no NCPC, apresenta diversas desvantagens. Dentre elas, podem ser citadas a demora em sua realização, em razão da escassez de tempo dos juizes, e a própria qualidade de seu resultado, o que decorre também da falta de tempo para uma preparação adequada e para o próprio trabalho de aprofundamento na investigação dos fatos na audiência de instrução. Obstáculos para aferir a credibilidade dos testemunhos também uma desvantagem.

Já no que diz respeito às vantagens da produção judicial da prova, podem ser citadas a eficácia do controle do comportamento inadequado das partes ou testemunhas, em razão da direção da atividade pelo juiz (investido de poder), a credibilidade da prova produzida perante ele, e o próprio contato com as partes e testemunhas que, em tese, permitem uma melhor valoração e consideração da prova na tomada de decisão de mérito. Estas vantagens são sacrificadas em parte através da produção extrajudicial da prova oral. Além delas, devem ser considerados os custos relacionados ao gasto de tempo das partes e advogados, e os recursos envolvidos na negociação, execução e fiscalização da atividade fora do âmbito judicial.

A comparação sugere o exame dos benefícios da produção extrajudicial da prova oral. Contar com a possibilidade de redução da duração do tempo do processo, ou com mecanismos para refinar as expectativas sobre a causa, por meio de uma troca prévia de informações, que podem diminuir a assimetria de informações e viabilizar melhor conhecimento para eventual composição, são vantagens da convenção processual para a produção desjudicializada da prova, que devem ser devidamente avaliadas. O mesmo se diga quanto à possibilidade de aferir o quão confiáveis são os depoimentos das testemunhas, outra vantagem hipotética.

No caso de as partes não negociarem modificações no procedimento, produzindo a prova oral nos moldes do procedimento comum, o custo de transação envolvido abrange a perda da oportunidade de experimentar as vantagens da produção desjudicializada, em especial a diminuição do tempo do processo, o aprofundamento da investigação dos fatos, a redução de despesas judiciais e a possibilidade de solução da divergência por autocomposição antes mesmo do processo.

Quanto mais relevantes e evidentes forem as vantagens da produção extrajudicial da prova, como aquelas relativas à potencial diminuição do tempo do processo

e aumento da qualidade das informações obtida na instrução privada, maiores as chances de as partes procurarem este meio alternativo para a realização daquela atividade. Órgãos judiciais em que os processos são céleres e a instrução bem realizada, tendem a diminuir as vantagens da convenção para a produção desjudicializada da prova.

Outro ponto importante que funciona como um atalho para a celebração dos negócios jurídicos em geral é a confiança. No campo da assimetria informacional, quanto maior a confiança no interlocutor com quem se negocia a produção extrajudicial da prova, menor será o custo de transação com precauções quanto à celebração da convenção e sua execução. Como afirmam Mackaay e Rousseau "o fenômeno da racionalidade limitada não terá consequências se as pessoas forem totalmente confiáveis"<sup>54</sup>. Daí porque convencionar a prova oral em negócios mantidos regularmente por pessoas com histórico de trocas encontram melhor aceitação, se comparado àquelas que transacionam pontualmente.

A partir das mesmas premissas, as convenções processuais firmadas antes do surgimento do conflito e do processo, através de cláusulas acessórias de uma transação principal, terão custo menor e viabilidade maior. Quando dois agentes econômicos estão se relacionando e promovendo uma troca econômica, o grau de confiança é inequivocamente superior àquele existente em uma situação de conflito ou lesão a direito. Além disso, estabelecer negócio processual para a produção desjudicializada da prova antes de surgir o conflito (ex ante facto) envolve um conjunto de informações sobre o outro, o negócio e o futuro que é diferente daquele quando as partes não mais se entendem e já interagem com outros interesses (ex post facto).

A desconfiança é um elevado custo de transação, o que dificulta significativamente os negócios. Os custos na formação do negócio e monitoramento de sua execução, em razão da desconfiança, podem ser tamanhos que as vantagens acabam sendo ofuscadas por estes custos transacionais.

O negócio processual está assentado em base cooperativa. Não que isto signifique a eliminação de comportamentos competitivos no processo. Eles permanecem quanto ao fundo da causa, mas podem coexistir com a cooperação, a boa-fé e o *fair play* processual. A adversariedade quanto aos interesses de mérito não deve se confundir quanto à cooperação em termos de processo, resguardadas, obviamente, posições estratégicas que possam prejudicar a parte. Cooperar processualmente é racionalmente mais eficiente do que competir.

Já se destacou que, de acordo com a teoria de Oliver Williamson, dentre as situações de assimetria de informação, está o grau de conhecimento de uma das partes comparado a da outra, a respeito de determinadas situações, o que inclui seus

54. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 521.

limites racionais e cognitivos<sup>55</sup>. Partes com conhecimento mais amplo, completo ou simétrico tendem a encontrar soluções eficientes, se comparadas àquelas cujas informações são assimétricas.

A assimetria de informações como custo de transação para o negócio processual que desjudicializa a atividade instrutória, não tem relação necessariamente com a causa de pedir da causa. Aliás, a redução da assimetria de informações quanto aos fatos litigiosos é um dos múltiplos propósitos da convenção processual para a produção da prova oral extrajudicial. O que se quer esclarecer é que a assimetria de informação que dificulta a convenção processual não é somente em relação ao litígio<sup>56</sup>, mas, neste caso, especialmente quanto ao conhecimento a respeito de meios probatórios atípicos, a finalidade do próprio negócio processual e seu funcionamento. Se ambas as partes (por si ou por seus advogados) conhecerem mais e melhor a respeito da possibilidade de customizar o processo, para maximizar seus interesses mútuos por meio de negócios processuais atípicos, menor será o custo de transação a impedir sua realização. Neste sentido, o problema do agente-principal, e eventual divergência entre os interesses das partes em relação aos dos advogados que a representam, também pode funcionar como um custo de transação.

Como lembram Mackaay e Rousseau, a “assimetria de informação se converte em problema quando a parte mais bem informada consegue se aproveitar dela para modificar, de forma significativa em seu favor – de maneira sub-reptícia – a repartição dos ganhos conjuntos que as partes tinham imaginado obter no momento da conclusão do contrato”<sup>57</sup>.

Essa conduta de tirar proveito retrata o comportamento oportunista (em sentido negativo), reconhecido no campo da economia como um custo de transação. A propósito, “a tutela geral da boa-fé contratual é ferramenta genérica para conter oportunismo”, como apropriadamente anotam Mackaay e Rousseau<sup>58</sup>. Como tra-

55. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 82.

56. Mesmo negócios jurídicos celebrados entre pessoas titulares de conhecimento desigual podem gerar ganhos recíprocos e apresentar um resultado eficiente ou ganho de Pareto. Não raramente é a própria desigualdade de informação a razão que leva alguém a contratar outra com o propósito de obter aquilo que seu conhecimento, técnica ou habilidade não pode realizar. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 411.

57. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 411.

58. Dentre as faces da boa-fé destacam os autores a “obrigação de negociar de boa-fé; obrigação de confidencialidade nas negociações pré-contratuais; obrigação de lealdade na execução do contrato; dever fiduciário dos administradores de empresas; obrigação de informação antes e durante o contrato; obrigação de cooperação e lealdade com a contraparte para a boa execução do contrato”. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane.

tado na primeira parte da pesquisa, o ordenamento jurídico brasileiro é receptivo à boa-fé, regulando-a objetivamente, tanto no CC (na parte alusiva aos vícios de vontade e nos negócios jurídicos), como nos artigos 6º e 7º do CPC, e nas regras que sancionam a má-fé. Quando não há ambiente regulado por comportamentos de boa-fé e transparência, os custos para a convenção são significativos.

Promover negócios entre duas pessoas é mais fácil do que promovê-los entre três ou quatro. A multiplicidade de partes envolvidas em uma causa dificulta o negócio processual.

Partes ou advogados que já tiveram experiência anterior com convenção processual, arbitragem ou produção extrajudicial de prova oral tendem a aceitar melhor proposta neste sentido. Negociadores habituais igualmente se encontram em idêntica condição, mas por razão diferente. Se os primeiros possuem a informação que lhes dá alguma segurança, os segundos normalmente são titulares de competência para criar soluções criativas e dinâmicas para a maximização de seus interesses. Ambos, portanto, sugerem que os custos nas transações processuais em que participam para a produção desjudicializada da prova serão menores, se comparados às partes ou advogados sem experiência anterior ou que não tenham desenvolvido competência negocial.

O conhecimento e experiência levam a outro custo de transação, que é a previsibilidade em relação às pessoas e em relação às situações negociadas. Quanto mais previsíveis forem os sujeitos ativos da convenção processual e a própria produção extrajudicial da prova oral, menores serão os custos de transação.

O simples é sempre melhor do que o complexo. Convenções processuais objetivas, diretas, claras e pontuais, apresentam custos de transação inferiores às convenções complexas, amplas, extremamente detalhistas e preocupadas com o maior número possível de contingências. Ademais, como relata Maria Paula Bertran ao tratar da teoria dos contratos incompletos, “não importa a grandeza do esforço para fazer previsíveis todas as situações que podem interferir no adimplemento adequado das obrigações: ela sempre será insuficiente para prever solução a todas as contingências que podem prejudicar a execução do contrato”<sup>59</sup>.

Há, é claro, um custo de transação inverso à simplicidade, que diz respeito ao momento posterior à avença. A previsibilidade de contingências e o tratamento dado a elas, de forma mais detalhada nos negócios, diminuem os custos de transação relacionados à sua execução. Neste sentido, quanto maior forem as prováveis contingências, maiores serão os custos de transação para negociar e tratar a respeito delas na convenção processual.

---

*Análise econômica do direito.* Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 424-425.

59. BERTRAN, Maria Paula. *Interpretação contratual e análise econômica do direito: o caso da revisão dos contratos de leasing.* São Paulo: Quartier Latin Editora, 2008. p. 60.

A convenção processual para desjudicializar a produção de prova oral tem outro relevante custo de transação, e que é próprio de todo negócio jurídico, que diz respeito à atipicidade. A atipicidade do objeto da avença apresenta custos às partes e seus advogados, de se informar e conhecer a respeito do objeto, negociar e prever algumas situações, e redigir cláusulas supostamente mais desafiadoras do que aquelas mais conhecidas e comuns, como a que escolhe um foro competente ou arbitral. Quanto mais complexo (por dificuldade de compreensão ou em razão das peculiaridades do caso) for o tema para as partes, maiores serão os custos para aquela opção, custos que diminuem, segundo a teoria econômica, com maior simetria de informações.

O custo da opção pela produção extrajudicial da prova oral não implica necessariamente na perda de oportunidade de produção da prova oral em juízo. Depende da própria convenção processual e da iniciativa instrutória do juiz. Inexistindo possibilidade de repetição do ato, por vedação no negócio jurídico ou por ausência de iniciativa judicial, a opção pela produção extrajudicial da prova oral resulta na perda da oportunidade de sua realização em juízo. Abre-se mão da participação do juiz no desenvolvimento daquela prova, para se obter as vantagens da produção extrajudicial pelas partes. A simples possibilidade de repetição da prova influencia os custos de transação para a convenção processual sobre produção extrajudicial da prova.

Outro fator relevante diz respeito aos recursos necessários para a execução das obrigações convencionadas. Depoimentos escritos representam um custo diferente daqueles gravados por meio audiovisual. A produção da prova extrajudicial perante um tabelião é mais custosa financeiramente do que aquela realizada apenas na presença dos advogados das partes, mas recompensada pela credibilidade. Ouvir privadamente testemunhas em um único local e em uma única oportunidade é mais econômico do que inquiri-las em diversos locais e em diferentes oportunidades. A razoabilidade dos recursos envolvidos, incluindo e não se limitando aos financeiros, operacionais e tecnológicos, constituem custos importantes de transação.

Elabora-se um cenário onde as partes têm prévio conhecimento de que: (i) as despesas judiciais são elevadas; (ii) a duração do tempo do processo é excessiva, em razão de forte demanda pelos serviços judiciários naquela localidade; (iii) a instrução realizada pelo juiz não costuma ser aprofundada; (iv) as partes têm facilidade para celebrar a convenção processual (conduzir a negociação, redigir o convenção e participar do seu cumprimento); (v) mesmo adversárias, as partes não vêem obstáculos para produzir cooperativamente a prova oral sem a participação do juiz; (vi) não há maiores riscos de oportunismo de uma das partes em razão de vínculo de confiança entre os advogados das partes. Nesta hipótese, a opção pela produção desjudicializada da prova é opção eficiente em relação ao modelo comum.

Tome-se uma imagem mental e outro panorama: (i) as despesas judiciais são razoáveis; (ii) os processos tramitam em tempo razoável; (iii) a instrução realizada pelo

juiz é adequada. Mesmo que as demais variáveis do exemplo anterior permaneçam as mesmas (as partes têm facilidade de celebrar convenções processuais e, mesmo adversárias, não veem obstáculos para produzir cooperativamente a prova oral sem a participação do juiz), os custos de transação envolvidos não apontam a produção desjudicializada da prova oral como meio eficiente. Aguardar e realizar a atividade instrutória perante o juiz é, racionalmente, melhor do que sua desjudicialização através de negócio processual, independente daquelas demais variáveis, exceto se o interesse das partes for o de realizar antes do processo, para aperfeiçoamento de suas expectativas quanto ao sucesso da causa, o que pode auxiliá-las em uma autocomposição.

A análise econômica do direito à produção da prova oral, portanto, sugere que as partes optem pela alternativa eficiente, considerando os custos em determinado contexto e realidade, que variam a cada caso e dependem de uma série de variáveis. Não é possível afirmar que o negócio processual para a produção extrajudicial da prova oral será sempre eficiente quando comparado ao modelo legal. Esta análise depende dos custos de transação envolvidos.

A convenção processual para promover a produção desjudicializada da prova oral somente faz sentido quando os custos de transação envolvidos são menores do que aqueles comparados ao da produção perante o juiz. De igual forma, aquele meio atípico será eficiente quando for incapaz de produzir externalidades negativas sérias, não normatizadas, compensadas ou toleradas. Ao não realizar a audiência de instrução, o juiz gozará de um incremento de seu tempo para tomar decisões em outros processos, externalidade positiva que traz benefício indireto para as partes que convencionaram e suportaram o ônus da produção privada da prova oral. Ademais, a flexibilidade e a profundidade que se pode buscar na produção da prova oral diretamente pelas partes, seja tanto em relação às questões de fato, quanto na apuração da credibilidade da testemunha e do seu testemunho, podem repercutir positivamente na descoberta da verdade, que é pressuposto da decisão de mérito justa. Ao tomar conhecimento do resultado da prova oral obtida pelas partes, poderá decidir se promove a repetição integral ou parcial do ato, ouvindo todas ou algumas das testemunhas, e na audiência, inquirindo a respeito de todos os fatos controversos ou somente sobre pontos que restaram obscuros ou contraditórios nos depoimentos já prestados, razão pela qual a solução importa em uma melhoria eficiente, segundo Pareto ou, quando produzida alguma repercussão negativa compensada ou tolerada, a de Kaldor-Hicks, maximizando os interesses mútuos em benefício dos sujeitos processuais. Os custos de transação, por fim, devem ser analisados a cada caso concreto.

### 3.5. Análise econômica da prova desjudicializada antecedente ao processo

Um litígio pode ser economicamente analisado de diferentes maneiras. Steven Shavell o esquadrinha em três fases distintas: (i) a primeira delas tem início na

constatação da perda ou da violação ao direito, na qual a parte lesada deve decidir racionalmente se é o caso de pretender algo em face de alguém ou simplesmente seguir adiante; (ii) na segunda fase, a parte deve examinar a conveniência de uma autocomposição com o adversário, o que envolve uma tomada de decisão racional sobre que bases negociar e quais os custos de transação, na hipótese de seguir com o litígio; (iii) a terceira fase é submeter a causa a um julgamento de mérito<sup>60</sup>.

Nem toda e qualquer perda, ameaça ou violação a direito recomenda, numa análise econômica, que a parte prejudicada dê início a um conflito. Existem custos de transação, vantagens e desvantagens, que devem ser examinadas caso a caso.

A parte prejudicada com a suposta violação ao direito ou ameaça deve se questionar: a perda é relevante a ponto de os benefícios serem superiores às desvantagens de um litígio, incluindo aí despesas judiciais, honorários do advogado, sucumbência, probabilidade de sucesso na causa, e o custo de oportunidade relativo ao tempo e energia que poderiam ser dedicados a outras situações? Que tipo de resistência o adversário apresentará quanto à pretensão? Ele costuma fazer acordos, ou prefere levar as causas a julgamento?

Nem todo e qualquer ilícito sugere que a parte lesada procure uma compensação ou a asseguuração do seu direito. Algumas situações são meros infortúnios. Outras implicam em custos ou riscos significativos a ponto de anular os potenciais benefícios individuais, que a busca pela tutela do direito poderia oportunizar.

A decisão em transformar aquele fato em uma pretensão concreta leva em consideração as informações que a parte lesada detém, e sua racionalidade para avaliar o *trade-off* ou o saldo resultante entre os custos existentes e potenciais benefícios, como já tratado nesta pesquisa.

Sendo o caso de transformar a perda, ameaça ou violação a direito em uma pretensão, deve a parte examinar quais os seus interesses, e fixar uma base para eventual autocomposição. O exame racional (e não passional) desta opção sugere analisar as alternativas existentes a um acordo negociado, e custos de transação semelhantes ao da fase anterior, mas agora, considerando a opção da autocomposição em relação ao julgamento.

Na análise econômica da decisão entre realizar uma composição com o adversário ou aguardar um julgamento, cabe questionar<sup>61</sup>: qual a opção racional a se tomar? Há alguma possibilidade de uma solução negociada que implique em ganhos mútuos? As expectativas das partes são adequadas e racionais quanto à pro-

60. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 389.

61. Sobre a análise econômica da opção entre a autocomposição ou o julgamento vide: SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 401-407.

babilidade de ganho ou perda no caso de julgamento? Quais os custos de transação de um litígio em comparação a um acordo? Elas têm informações suficientes para analisar qual a solução eficiente que possa estabelecer ganhos mútuos (Pareto)? Há possibilidade de um acordo eficiente, de modo que a solução possa melhorar a situação de uma das partes, mas piorando a do adversário mediante algum outro tipo de compensação ou incentivo (Kaldor-Hicks)? As partes conhecem os riscos da incerteza de uma decisão judicial? As partes têm aversão a riscos ou suportam bem eventuais perdas? Qual o incentivo que as partes têm para optar por uma solução negociada em detrimento do julgamento? Alguma delas pode estabelecer novos incentivos?

Boa parte das decisões em favor do julgamento e em prejuízo de uma solução negociada leva em conta fatores como custos judiciais subsidiados<sup>62</sup>, honorários de sucumbência inexpressivos, a ineficiência dos mecanismos de execução ou cumprimento de sentença, e a falta de previsibilidade do direito, especialmente em sistemas nos quais não há coerência, estabilidade e integridade da jurisprudência.

Tantos outros litígios prosseguem sem acordo, em razão da assimetria ou de informações incompletas das partes, quanto aos fatos jurídicos constitutivos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor. A rigor, cada parte conhece a sua versão e suas provas, e tem apenas uma expectativa a respeito da versão do adversário (quando não apresentada) e das provas que poderá produzir. No que diz respeito à prova oral, antes da produção, o que as partes têm são apenas expectativas quanto aos esclarecimentos que as testemunhas poderão apresentar. A incerteza é uma característica da prova oral antes dela ser produzida.

A decisão da parte em propor ou não uma ação, ou mesmo negociar uma solução alternativa, é tomada considerando as informações que detêm naquele momento.

Discorrendo sobre a obra de Steven Shavell, Eduardo Ferreira Jordão e Mateus Piva Adami enaltecem que a análise econômica da litigância pressupõe que o litigante, enquanto agente racional e que busca maximizar seu bem-estar, "promoverá atos processuais se e quando esperar que deles resulte benefício superior ao custo incorrido para promovê-los"<sup>63</sup>.

Quanto mais assimétrica for a informação, maiores as chances de litigância. Por isso, a precariedade, inexatidão ou incerteza a respeito do resultado da prova

62. As taxas judiciais representam apenas uma parcela dos gastos do Judiciário segundo o levantamento Justiça em Números. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros]. Acesso em: 21.10.2016.

63. JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Steven Shavell e o preço do processo: notas para uma análise econômica do direito processual. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Junior e Eduardo Ferreira Jordão (coordenadores). Salvador: JusPodivm, 2008, p. 204-205.

é um fator indutor do comportamento litigioso. Robert Cooter e Thomas Ulen sustentam, com base em experimentos empíricos, que "é mais provável que os negociadores cooperem quando seus direitos são claros e menos provável que cheguem a um acordo quando seus direitos são ambíguos"<sup>64</sup>.

A fase do *discovery pretrial* no sistema processual estadunidense, neste sentido, é um eficiente mecanismo para redução da assimetria de informação. A partir daquela técnica, as partes potencializam o seu conhecimento a respeito da causa, acessando informações que lhes faltavam ou cuja comprovação era incerta.

Um interessante estudo foi produzido por Kuo-Chang Huang, com o auxílio do Governo de Taiwan. O pesquisador procurou investigar se o procedimento do *discovery*, similar ao americano, introduzido na legislação processual daquele Estado, em 2000, proporcionou ou não incentivo para a realização de acordos ao invés de julgamentos. A base de pesquisa empírica avaliou 175.466 casos, concluídos entre 1996 e 2006 (antes e depois da reforma), e chegou à conclusão de que a introdução do *discovery* aumentou expressivamente o número de casos concluídos por acordo. O dado mais significativo: a curva de crescimento dos acordos, ano a ano, após a reforma, é ascendente e constante, demonstrando que o estímulo criado pela reforma processual tem sido eficiente para alterar o ambiente jurídico e os respectivos custos de transação naquele Estado<sup>65</sup>.

O resultado desta pesquisa comprova a tese de que as regras do procedimento (legais ou negociais) afetam os acordos judiciais, como entende Posner<sup>66</sup>. Comprova, também, que arranjos institucionais e jurídicos que propiciam a redução de assimetria de informações melhoram as expectativas e geram mais acordos.

Antes da troca de informações e da produção probatória, o nível de informação de cada uma das partes é incompleto, assimétrico e incerto, o que reflete em expectativas porosas ou de menor solidez. Elas conhecem suas versões dos fatos e têm nada mais do que uma expectativa quanto às suas provas e aquelas que potencialmente serão produzidas pelo adversário, e isto vale tanto para a hipótese de um processo ainda não iniciado quanto aquele que, apesar de existir, ainda não chegou na fase instrutória.

Robert Cooter e Thomas Ulen concluem que acordos muitas vezes não são feitos, e os processos seguem para julgamento "porque as partes têm expectativas

64. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 106.

65. HUANG, Kuo-Chang. *Does discovery promote settlement? – An empirical answer*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=995349]. Acesso em: 03.10.2016.

66. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª edição. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 571-573.

diferentes sobre o valor do julgamento: o autor da ação espera uma sentença maior no julgamento, enquanto o réu espera uma menor. Nestas circunstâncias as partes são relativamente otimistas. [...] O otimismo relativo quanto à sentença dificulta a realização de acordos judiciais [...] Quando as partes estão relativamente otimistas, pelo menos uma delas está mal informada”<sup>67</sup>.

O mesmo raciocínio é desenvolvido por Jean Carlos Dias, ao afirmar que:

“Quando as partes são incapazes de chegar a um acordo a respeito de uma situação litigiosa, o que ocorre é que elas não conseguem definir inicialmente a força relativa de suas posições; por isso, é conveniente transferir o resultado dessa avaliação para o órgão judiciário”<sup>68</sup>.

Na visão de Richard Posner, esse pessimismo ou otimismo não tem relação necessariamente com razões psicológicas. O pessimismo ou otimismo decorre objetivamente das informações privadas que cada parte tem, e que não são completas, por desconsiderarem as do adversário. Tal desigualdade de informações, somada à aversão ao risco e aos custos de litigação, influenciam no comportamento e são decisivos na escolha entre deixar as coisas como estão, celebrar um acordo, ou aguardar uma decisão judicial<sup>69</sup>.

São as informações conhecidas que influenciam as partes e moldam suas expectativas. Com elas, o autor pode avaliar as chances de seu sucesso e o réu, os riscos de perda. Como afirmam Cooter e Ulen, “o valor esperado da reivindicação judicial para as partes diverge por causa de informações privadas (ou assimétricas)”<sup>70</sup>.

A assimetria das informações privadas prejudica a análise racional a respeito da conveniência de instaurar um litígio, ou mesmo, a partir dele, optar por um julgamento em detrimento de uma autocomposição. Eventual acordo em situações de assimetria quanto aos fatos e provas, se dá mais por uma aversão ao risco ou conveniência estratégica do que pelo exame racional da probabilidade de sucesso ou de perda na causa<sup>71</sup>.

A assimetria de conhecimento da parte pode lhe tornar otimista ou pessimista em demasia, visão que influencia a expectativa pessoal quanto ao possível julga-

---

67. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 422-423.

68. DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 86-87.

69. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª edição. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 569-570.

70. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 423.

71. Richard Posner chama atenção que a maior parte das pessoas sente aversão a riscos na maior parte do tempo (“most people are risk averse most of the time”). POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6ª edição. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 11.

mento da causa. Se pessimista, a inclinação da parte será em realizar um acordo, a menos que não tenha condições para isso. O otimismo dificulta o acordo, em razão da parte, quando racional, não admitir maior barganha.

Dependendo da extensão das informações que se tem, comparativamente às que não possui, a racionalidade da parte é limitada ou até mesmo comprometida ante a expectativa otimista ou pessimista. O antídoto para esta limitação é melhorar o conhecimento, para proporcionar simetria das informações, o que torna as expectativas mais realistas, facilitando a negociação e uma composição eficiente no sentido de Pareto.

É possível esperar uma conduta previsivelmente irracional das partes em oferecer valores desproporcionais (para mais ou para menos) as chances de êxito ou de perda na causa, em razão de informações incompletas e expectativas equivocadas, gerando inclusive acordos que, do ponto de vista metajurídico, podem ser injustos, mas que, economicamente, são eficientes<sup>72</sup>.

Nas palavras de Jean Carlos Dias, "Quando uma das partes possui informação privada que, revelada, poderia corrigir as expectativas da outra parte, e por isso levar a um maior realismo quanto ao desfecho da demanda e, assim, estimular o acordo, há um ganho decorrente da diferença entre o que a parte mal-informada está disposta a oferecer e o que a bem-informada entende que certamente lhe será deferido"<sup>73</sup>.

Em outra obra, o referido autor, em coautoria com Rafael Machado, sugere que "quanto mais informadas as partes a respeito dos dados constitutivos dos elementos que referenciam a construção das expectativas recíprocas, maior é a tendência que as condições alcancem um patamar que reflita efetivamente a compensação devida aos danos sofridos"<sup>74</sup>.

72. Como assinalam Cooter e Ulen, "a correção do falso pessimismo diminui a probabilidade de que uma das partes realizará concessões desnecessárias durante o processo de barganha. Em geral, as partes tendem a descobrir informações que corrigem o seu pessimismo relativo, permitindo que exijam condições melhores para chegar a acordos extrajudiciais". COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 424.

73. DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 58.

74. Jean Carlos Dias e Rafael Machado anotam que o compartilhamento de informações no modelo adversarial americano é "um fator importante não tanto para uma análise da possibilidade de concretização de uma transação, mas para verificar o quanto esse mesmo ajuste se aproxima dos valores cogitados por ambas as partes envolvidas". MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo*. *Direito e economia no Brasil*. 2ª edição. Organizado por Luciano Timm. São Paulo: Atlas, 2014. p. 398.

O fato é que, quando o modelo legal não permite às partes uma maior interação e troca de informações para reduzir a assimetria<sup>75</sup>, as partes litigantes não encontram um cenário eficiente para analisar a viabilidade de uma composição, ou mesmo da manutenção ou não do litígio. No CPC de 2015, estas trocas podem ser realizadas cooperativamente, por meio dos negócios processuais atípicos, ou compulsoriamente, por meio do procedimento judicial de produção antecipada da prova.

A distinção entre utilizar o negócio processual para produzir atipicamente a prova, ou o procedimento para produção antecipada de prova, ultrapassa a questão da ponderação dos custos de transação em relação a cada uma daquelas opções, o que inclui e não se limita à opção da desjudicialização como meio eficiente.

Juiz, partes e advogados, e as duas últimas entre si, são sujeitos processuais e agentes econômicos autônomos, que atuam em uma relação de interdependência, com interesses próprios divergentes e conhecimento ou grau de informação assimétrico.

Ronaldo Fiani, valendo-se de estudo produzido pelo economista Ha-Joon Chang, indaga: "qual é o melhor modo de coordenar as atividades de agentes independentes, porém interdependentes, com interesses que divergem e conhecimento disperso?". Segundo o autor, a resposta para o bom funcionamento do sistema e promoção do desenvolvimento e bem-estar, está na cooperação<sup>76</sup>.

Quando os arranjos institucionais (regras e estruturas de governança de mercado, hierárquicas ou híbridas) não promovem ou incentivam a cooperação, os conflitos tendem a aumentar. Daí porque, segundo Ronaldo Fiani, a melhor opção, do ponto de vista institucional e econômico, é "constituir arranjos institucionais que reduzam o conflito e promovam a cooperação, minimizando desse modo os custos de transação"<sup>77</sup>.

Reduzir os custos de um julgamento e acessar informações importantes para refinar expectativas são incentivos relevantes para a troca voluntária de informações na produção extrajudicial da prova oral<sup>78</sup>.

75. DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 58 e 88.

76. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 57.

77. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 80.

78. Neste sentido Robert Cooter e Thomas Ulen indicam que a troca voluntária de informações é, por si só e independente de previsão legal, o meio eficiente para uma decisão racional em favor de uma autocomposição ou de um julgamento. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 421-425.

Os negócios processuais, especialmente aqueles celebrados antes do conflito, permitem a constituição de deveres e procedimentos para a troca negocial destas informações, como na produção extrajudicial da prova oral em maior extensão, cuja consequência é a diminuição da assimetria de informações, oportunizando um maior conhecimento a respeito dos fatos que potencialmente, segundo o modelo econômico, pode levar ao aumento da taxa de acordos, ou mesmo da não propositura da ação.

A convenção, cujo propósito é oferecer às partes melhores condições de se informar, tem fundamento na boa-fé e se insere no modelo cooperativo de processo, voltado para a eficiência e duração razoável dos litígios. Outro propósito é o de funcionar como meio para inclusive evitar o litígio.

A redução da falta de informação e da assimetria para avaliação dos riscos do processo é um incentivo relevante para as partes optarem racionalmente por convencionar a produção extrajudicial de prova, especialmente antes do processo. Segundo Steven Shavell, tanto o autor quanto o réu têm importantes vantagens para trocar informações antes do julgamento voluntariamente, independente de meios compulsórios. Uma análise racional, a partir de informações completas, leva as partes a uma avaliação mais precisa sobre os riscos da causa, oportunizando as partes encontrar uma solução eficiente para o conflito e melhor do que encontrariam após o julgamento<sup>79</sup>.

A produção extrajudicial da prova oral, nas potenciais causas em que este meio de prova for útil para o esclarecimento e comprovação de fatos, pode ser uma técnica importante e eficiente. Por meio dela, as partes podem avaliar a conveniência de uma solução, negociada para o conflito ou mesmo a conveniência ou não de levar adiante um processo judicial.

O aumento do percentual de decisões homologando transações para resolver os conflitos, como se vê, não depende apenas da existência de estímulo legal através da previsão de audiência de conciliação e mediação. Esta inovação é inequivocamente acertada e indispensável. Entretanto, a mediação ou conciliação é apenas parcialmente eficaz, para reduzir a assimetria de informações que possibilitam tornar realistas as expectativas das partes, condição importante para a tomada de decisão racional em favor de uma autocomposição economicamente eficiente.

A produção desjudicializada da prova, antecedente à propositura da ação, através de negócio celebrado antes do processo, atua especificamente de modo a aumentar o conhecimento e reduzir a assimetria de informação existente.

Como anota Jean Carlos Dias, "se as provas existentes são persuasivas no sentido de apontar a existência da responsabilidade de uma parte, sua conduta ra-

79. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 423-425.

cional será evitar o juízo, a não ser que a dilação temporal seja compensatória. Em sentido diverso, o ambiente de assimetria de informações estimula uma expectativa demandista das partes, uma vez que nenhuma delas tem, de antemão, condições concretas de avaliar corretamente a expectativa de resultado<sup>80</sup>.

Na leitura do autor, "o acionamento do aparelho judicial para resolver demandas que não existiriam se as partes estivessem devidamente informadas significa um desperdício de recursos"<sup>81</sup>. Nesse aspecto, espera-se do profissional jurídico que auxilia a parte, uma função que supera o papel representativo do *ad vocare*, em nome de seu constituinte. Na dinâmica da vida e dos negócios jurídicos, espera-se que o profissional possa lidar bem, tanto em relação ao direito, quanto ao uso eficiente de recursos escassos, trabalhando com incentivos e buscando diminuir custos de transação. A combinação da análise jurídica com a análise econômica, permite analisar o direito a partir de outra perspectiva, que não colide com outras formas de encarar o fenômeno jurídico (dogmática, filosofia, pragmatismo, entre outros). A atenção aos aspectos econômicos da aplicação do direito e um olhar nas consequências dá aos profissionais jurídicos uma compreensão complementar e, quem sabe, uma capacidade que o habilita a lidar com os conflitos e com a regulação do comportamento humano, a partir da compreensão das normas (legais ou convencionais) como indutoras de comportamentos, de modo a analisar e construir opções, como já sugerem Oliver Williamson<sup>82</sup>, Robert Cooter e Thomas Ullen<sup>83</sup>, na função de engenheiro jurídico de custos de transação.

### 3.6. As externalidades geradas pela produção extrajudicial da prova oral

As ações humanas, as atividades realizadas, as escolhas feitas e os negócios executados, podem atingir terceiros. Na economia, quando determinados atos geram consequências para outros indivíduos, diz-se haver uma externalidade<sup>84</sup>.

Diferente dos custos de transação, as externalidades são efeitos experimentados em razão de atos praticados por outras pessoas, dos quais não se teve participação. Como o próprio sentido semântico da palavra indica, externalidade está ligada a efeito externo, que vem de fora. Como conceitua Ronald Coase, "uma

80. DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 54.

81. DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 55.

82. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 395.

83. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. IX.

84. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 43.

externalidade é mais comumente definida como os efeitos da decisão de um indivíduo sobre alguém que não é uma parte daquela decisão<sup>85</sup>.

As externalidades podem ser causadas por qualquer tipo de ato jurídico. Decisões judiciais de Tribunais Superiores que suspendem processos até julgamento de um determinado tema, por exemplo, provocam efeitos em relação a terceiros que não diretamente participaram daquele processo ou daquela decisão. O julgamento de uma causa repetitiva produz externalidade.

Utilizando os referenciais econômicos para analisar o processo, William Rubenstein faz uma analogia, indicando a jurisdição estatal como um mercado, e os processos judiciais como uma transação neste mercado. O produto destas transações no mercado pode produzir acordos ou decisões. A escolha das partes em celebrar um acordo pode produzir uma externalidade diferente daquela decorrente de uma decisão. O autor toma como base de pesquisa uma ação coletiva. Tanto um acordo quanto uma decisão produzem externalidades em relação a terceiros, que poderão ser afetados por ela. Um acordo coletivo pode beneficiar terceiros que não participaram do processo. Uma decisão pode atingir diretamente terceiros quando forma um precedente<sup>86</sup>.

Nos negócios jurídicos, a externalidade é o efeito ou impacto, previsto ou não pelas partes, provocado pelo ato jurídico, e que acaba sendo suportado por terceiros. Além dos custos privados, os negócios jurídicos podem produzir, portanto, um custo social. Tais impactos podem ser positivos ou negativos, ou seja, podem apresentar-se como um benefício que produz uma melhoria ou uma desvantagem que produz um prejuízo<sup>87</sup>.

A análise econômica da produção extrajudicial da prova oral, por meio de negócio processual firmado pelas partes, suscita um questionamento a respeito das consequências ou dos impactos que esta atividade cooperativa produzirá em relação aos terceiros que não participaram da avença.

Quais as consequências da transação para a produção extrajudicial da prova em relação ao juiz? São impactos positivos ou negativos? Que tipo de efeitos sofrem os outros litigantes? E as testemunhas ou os advogados? Todas estas pessoas não participam diretamente do negócio processual, razão pela qual os impactos quanto a eles são externalidades?

85. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 25.

86. RUBENSTEIN, William B. *Why enable litigation? A positive externalities theory of the small claims class action*. Disponível em: [www.billrubenstein.com/writing.html]. Acesso em: 02.07.2016.

87. KRUGMAN, Paul. WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 387-391. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9-10.

Alguns autores, como Antônio do Passo Cabral, sustentam que "Não se pode permitir, portanto, que os acordos e contratos gerem externalidades, transferindo ao Judiciário ou a terceiros o impacto econômico da litigância. Assim, as disposições negociais sobre o processo são válidas se as partes internalizam apenas prejuízos que elas mesmas teriam que suportar"<sup>88</sup>.

É preciso fazer duas ressalvas quanto a este ponto: a primeira delas, para esclarecer que um negócio que produz uma externalidade não afeta sua validade. O negócio jurídico que produz externalidades, sejam ela positivas ou negativas, não é necessariamente inválido. A potencialidade de produzir uma externalidade não é uma causa de invalidação do negócio jurídico, mas sim, geradora de pedido de compensação.

A segunda ressalva é de natureza econômica. A existência de consequências a terceiros é analisada economicamente segundo o critério da eficiência, e não da validade, ilicitude ou correção daquela transação. Ocorre que, no campo da economia, a produção de externalidades negativas pode ser superada. Isto acontece em ao menos dois casos: (i) quando a externalidade negativa, por ser irrelevante ou de impacto reduzido, é suportada pelo terceiro sem maior irrisignação, ou seja, quando o terceiro consentir com o impacto causado; (ii) quando a externalidade, relevante e com algum impacto ao terceiro, é compensada por alguma outra vantagem<sup>89</sup>.

Do ponto de vista econômico, admite-se que a produção de externalidade negativa por uma transação pode ser, mesmo assim, uma solução eficiente. Isto se dá quando os prejuízos experimentados por terceiros são menores do que os benefícios que as partes registram com sua transação e mediante alguma compensação<sup>90</sup>.

Ronald Coase desenvolveu teoria, em artigo intitulado "o problema do custo social", no qual comprovou que, em um mundo ideal, todos os efeitos colaterais ou externalidades decorrentes de uma atividade ou opção podem ser solucionados mediante negociação, independente do que o regime jurídico dispuser a respeito<sup>91</sup>.

88. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 329.

89. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

90. Neste sentido Robert Clark: "The fact that a contracted for activity will have negative effects on third parties does not make the transactions economically inefficient per se; this inefficiency occurs only if the net third-party harms exceed the net benefits to the contracting parties". CLARK, Robert. *A law and economics look at contracts against public policy*. Boston: Harvard Law Review, 2006, p. 1.445-1.447.

91. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 95-156. Sobre o teorema vide também um objetivo resumo em: KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 391.

A teoria de Coase alinha-se com o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma solução é eficiente quando a pessoa prejudicada em razão da melhoria de outro aceita esta condição (com compensação formal ou tácita). Os impactos causados a terceiro podem ser resolvidos pelo consenso<sup>92</sup>. Kaldor-Hicks propõe, portanto, uma melhoria ao teorema de Pareto, de modo que é eficiente o meio que melhora a situação de alguém, desde que sem prejuízo aos outros, exceto quando houver aceitação ou compensação da perda, hipótese em que a opção será eficiente, mesmo tendo gerado uma externalidade<sup>93</sup>.

Havendo algum tipo de compensação consensual (que se transforma em custo de transação para as partes), ou sendo irrelevante ou de pequena extensão a consequência negativa, o negócio jurídico firmado continua sendo um meio eficiente.

Kevin Davis e Helen Hershkoff anotam, em posição mais precisa, que as transações privadas presumivelmente, são eficientes somente quando não há externalidades negativas, o que significa a inexistência de efeitos adversos para terceiros<sup>94</sup>.

A assertiva se aplica para o negócio processual de produção extrajudicial da prova oral. Não se está analisando a validade, mas sim, se a transação é eficiente no sentido de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

A análise econômica das consequências ou externalidades que afetam terceiros, originadas de negócio jurídico processual para a produção desjudicializada da prova oral, deve ser aferida individualmente, atendendo ao contexto e às peculiaridades daquela atividade e do terceiro.

Tome-se, por hipótese, a produção extrajudicial de prova testemunhal, onde as partes cooperativamente tomam os depoimentos por escrito ou em meio audiovisual de seis testemunhas (três para cada uma), apresentando-a, posteriormente, no processo.

Esta atividade produz uma externalidade em relação ao juiz? Sim, produz. Considerando que a prova oral foi produzida com credibilidade, mediante contraditório, atendendo regras estabelecidas na convenção das partes e, principalmente, fornecendo ao juiz os esclarecimentos pertinentes, necessários e adequados quanto aos fatos afirmados na fase postulatória, a externalidade ou o efeito em relação ao juízo como um todo, será positivo. A atividade, nesta hipótese, oportuniza benefício de economia processual de tempo e de recursos

92. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

93. MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 183.

94. DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure*. *Negócios Processuais*. Coordenação de Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 135.

públicos, em razão da desnecessidade da realização de audiência de instrução judicial<sup>95</sup>.

Mesmo na hipótese de considerar que a produção da prova oral extrajudicialmente é uma externalidade negativa, em razão da necessidade de análise do material produzido, a eficiência do meio restaria igualmente assegurada, em razão da compensação diretamente experimentada pelos mesmos benefícios citados, que pode simplesmente ser consentida.

Os demais litigantes, cujas causas tramitam perante o mesmo órgão judicial, também não experimentam um impacto negativo. Ao contrário, o benefício decorrerá da economia de tempo do juízo e abertura de espaço na agenda judicial, pela desnecessidade de realização daquela atividade, beneficiando o andamento de seus processos.

As testemunhas eventualmente podem experimentar um impacto negativo. A prova oral extrajudicial, realizada diretamente pelas partes e seus advogados, pode ser mais intensa e profunda, e eventualmente ocupar maior tempo das testemunhas, se comparada com a produção judicial.

Entretanto, o dever do terceiro em colaborar com a Justiça (e apesar de a prova ser produzida extrajudicialmente, ela não deixa de estar ligada no interesse da Justiça), comparecendo aos atos necessários para prestar esclarecimentos, neutraliza a compreensão daquele impacto como uma externalidade. A produção do efeito negativo é prevista e normatizada com o dever do terceiro em contribuir no processo. No arranjo institucional e jurídico, este dever não pode ser compreendido exatamente como uma externalidade. Se fosse, até mesmo o ato do juízo determinando a acareação ou a oitiva de alguém, ou um pedido de produção de prova unilateral ou conjunto, ensejaria igualmente externalidades. As testemunhas, nestes casos, sofrem os impactos não como uma externalidade decorrente de uma transação ou de um negócio processual, mas sim no cumprimento de dever social estabelecido em lei.

A convenção processual celebrada diretamente entre partes, sem a participação de advogados, para a produção da prova oral extrajudicialmente, pode, também em tese, produzir uma consequência negativa em relação aos advogados.

Todavia, a eficiência do meio, neste caso, é assegurada pelo próprio mercado. A externalidade negativa retratada na execução de uma atividade de instrução extrajudicial, em substituição ou em acréscimo à judicial, é solucionada pelo consenso, mediante pagamento de novos honorários, incorporação daquela atividade no contrato ou troca do profissional.

---

95. A análise do material (valoração da prova) não pode ser considerada, nesse cenário, uma externalidade. Valorar o material probatório é da essência da atividade do juiz.

Nesse aspecto, a troca de informações e provas por meio de produção extrajudicial da prova oral, produz externalidades positivas em relação ao Judiciário. Robert Cooter e Thomas Ulen apontam, com base em evidências do sistema processual em vigor nos Estados Unidos, que "o compartilhamento voluntário de informações normalmente reduz ambos os componentes dos custos sociais: custos administrativos e custos de erros"<sup>96</sup>.

Ocorre que as informações levantadas extrajudicialmente na fase do *discovery pretrial* permitem que as partes e o juízo concentrem foco naquilo que é relevante, simplificando os argumentos e a instrução, auxiliando inclusive na prevenção de erros judiciários, segundo os autores<sup>97</sup>.

Ultimando este tópico, é necessário reforçar que a análise econômica das externalidades não tem relação com a validade da transação ou da escolha realizada, mas sim com a eficiência. Vale dizer: é eficiente o meio que produz uma melhoria para alguém sem piorar a de outro, devendo, no caso da produção de algum prejuízo ao terceiro, este custo ser suportado por aqueles que obtiveram vantagem com a transação, exceto se suportado voluntariamente o impacto experimentado ou regulado pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao tema objeto desta pesquisa, significa afirmar que o negócio processual para a produção desjudicializada da prova oral é um meio eficiente, quando ela puder melhorar a situação de qualquer uma das partes ou de ambas, sem piorar a situação de qualquer uma delas ou de terceiros, devendo, no caso de piorar para alguém, o impacto negativo ser devidamente compensado, absorvido voluntariamente ou regulado pelo ordenamento jurídico.

### 3.7. A opção pela desjudicialização da atividade processual em relação à opção pelo procedimento comum: a previsível irracionalidade humana

Decisões podem ser tomadas nos mais variados contextos e apresentar diferentes qualidades. Decisão correta, errada, completa, incompleta, justa, injusta, racional ou irracional, dentre tantas outras. No campo do processo civil, as decisões não são tomadas apenas pelo juiz. Todos os seus sujeitos, a todo tempo, deliberam sobre temas relacionados ao processo.

As partes e seus advogados tomam inúmeras decisões ao longo do processo e antes dele: incluir ou não um argumento jurídico, pedido ou prova na sua petição; esforçar-se em participar e apresentar proposta para resolver um conflito através

96. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 427.

97. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 427-428.

de mediação ou conciliação, ou apostar na decisão de mérito; convencionar ou não uma modificação no procedimento; arrolar ou não determinada testemunha; formular ou não uma pergunta; interpor um recurso de uma decisão ou resignar-se com ela; cumprir uma decisão voluntariamente ou aguardar medidas coercitivas<sup>98</sup>.

Inúmeras destas deliberações são tomadas automaticamente, sem uma maior reflexão, especialmente em situações que já se repetiram ou que integram o cabedal e experiência daquele responsável pela tomada da decisão. Outras são gestadas por minutos, horas, dias e semanas, em processo mais profundo de análise dos riscos, vantagens e desvantagens, custos e benefícios.

Interessa, *prima facie*, à análise econômica, a decisão tomada racionalmente pelas pessoas, que como já se viu é limitada.

Etimologicamente, a decisão racional é aquela tomada conforme a razão, com bom senso e coerência lógica<sup>99</sup>.

No campo da economia, a decisão racional é relacionada à maximização do bem-estar, da felicidade, da utilidade. Daí se falar em decisão capaz de eleger um meio eficiente para um determinado propósito, dentro de um contexto.

Paul Krugman e Robin Wells lecionam que, na perspectiva da ciência econômica, as decisões racionais são tomadas pelas pessoas para maximizar o melhor resultado possível para elas. É racional, também, aquela decisão que, independente da utilidade ou bem-estar maximizado, se preocupa com a justiça ou equidade, com os riscos desconhecidos ou apontem para uma opção a partir de um conhecimento limitado disponível para o agente. Em outras palavras: a maximização da utilidade ou do bem-estar é tão racional quanto opções tomadas por influência de uma consciência de equidade ou justiça, de aversão ao risco ou de racionalidade limitada<sup>100</sup>.

Nem sempre a tomada de decisão em favor de uma opção e em detrimento de outra é racional ou tendente a maximizar a utilidade ou almejar eficiência. Não raras vezes, a decisão elegendo um meio para se alcançar determinado fim traduz uma escolha ineficiente, e cujos custos ou dificuldades são maiores do que se escolhida outra opção igualmente válida e possível. Boa parte das decisões são tomadas pelas pessoas intuitivamente, a partir de predileções que não passam por uma avaliação racional<sup>101</sup>.

- 
98. Sobre a análise e o processo de tomada de decisões pelos advogados vide a obra dos seguintes professores da Universidade de Harvard: KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Decision Analysis, game theory, and information*. New York: Foundation Press, 2004. p. 1-34.
99. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Mini dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 620 e 624.
100. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 224-225.
101. Neste sentido: RAIFFA, Howard. *Negotiation analysis: the science and art of collaborative decision making*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 33.

A informação é a base para a escolha racional. Toma-se racionalmente uma decisão a partir do conhecimento e informação disponível<sup>102</sup>. Difere, portanto, do padrão intuitivo, e não encontra exata correspondência com vieses cognitivos que levam alguém a escolher algo em razão de atalhos mentais. A informação disponível no momento da tomada da decisão, como visto, implica em juízo cuja racionalidade é limitada<sup>103</sup>.

Daniel Kahneman provou tese de que as decisões, em geral, são tomadas a partir de dois padrões distintos de pensar: (i) um rápido, intuitivo, emocional e automático, com pouco ou nenhum esforço cognitivo; (ii) outro mais devagar, laborioso, consciente e lógico<sup>104</sup>.

A escolha racional limitada compete, também, com uma previsível irracionalidade humana, pois nem sempre as pessoas e as partes do processo são racionais na tomada de decisão ou na escolha de uma dentre várias opções ou alternativas. Não se trata, portanto, apenas de uma questão de decidir pela opção eficiente em detrimento da ineficiente, e vice-versa. Mesmo uma análise supostamente tomada a partir de dados corretos e racionais, pode levar à escolha de uma opção ineficiente, em razão de armadilhas cognitivas. A falibilidade é uma característica dos atos de vontade. As decisões podem ser igualmente tomadas a partir da influência de diversos vieses cognitivos que desviam o foco do racional para o irracional<sup>105</sup>.

Ocupa-se dessa realidade uma parte da ciência econômica que estuda o comportamento do indivíduo, através do emprego interdisciplinar de conhecimentos de psicologia, de modo a prever como escolhas irracionais podem ser feitas. Trata-se da economia comportamental, ou *behavioral economics*<sup>106</sup>.

Não se pode desprezar que inúmeras escolhas no processo são feitas irracionalmente pelos sujeitos processuais, que, desprezando uma reflexão cognitiva adequada, a lógica, a coerência, o bom senso e a razão, deliberam em favor de

- 
102. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32.
103. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.
104. Daniel Kahneman é professor da Universidade de Princeton e foi laureado com o prêmio Nobel de Economia em 2002 por seu trabalho integrando noções de psicologia ao processo de tomada de decisões. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. p. 29.
105. Segundo Daniel Kahneman a racionalidade deve ser compreendida a partir da coerência lógica. O irracional, a seu turno, tem conotação de "impulsividade, emotividade e uma resistência obstinada ao argumento razoável". KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. p. 514.
106. VARIAN, Hal. R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução de Regina Célia Simille Macedo. 9ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016. p. 585.

uma opção de forma mais intuitiva, pelos mais diversos fatores, incluindo e não se limitando àqueles ilógicos, insensatos ou com completo desprezo da prudência, utilidade ou eficiência.

A título de exemplo, Lucio Delfino e Ziel Lopes Ferreira, compilando pesquisas e achados de diversos autores nacionais e estrangeiros, arrolam uma série de vieses que expressam tendências irracionais de comportamento judicial, tais como: (i) o juiz tem uma predisposição a confirmar na decisão final seu posicionamento manifestado em medidas liminares, sobrelevando provas e argumentos que confirmem sua posição e ignorando aquelas que a contrariem (*confirmation bias*); (ii) o juiz que participa da instrução tem tendência a deixar se contaminar por suas impressões pessoais sobre testemunhas, o que não é um método seguro e racional (*representativeness bias*); (iii) os juízes tem tendência em considerar como óbvias consequências conhecidas de situações do passado, quando em verdade estas consequências não eram tão óbvias e previsíveis ao tempo dos fatos (*hind-sight bias*); (iv) os juízes tem dificuldade de ignorar elementos de provas excluídas do processo por serem ilícitas (*anchoring-and-adjustment bias*); (v) o juiz tende a se influenciar pelo conhecimento de propostas de acordo apresentadas pelas partes (*anchoring-and-adjustment bias*); (vi) o juiz tem predisposição de supervalorizar laudos produzidos por peritos escolhidos por ele (*in group bias*)<sup>107</sup>.

Piero Calamandrei já sugeria, sem o auxílio de trabalhos científicos empíricos, inúmeras tendências irracionais dos juízes no cumprimento de seu mister, como, por exemplo, em reconhecer explicitamente os argumentos dos advogados. Escreveu o autor que “o advogado deve saber sugerir de forma muito discreta ao juiz os argumentos que lhe dêem razão, de tal modo que este fique convencido de os ter encontrado por conta própria”<sup>108</sup>.

Há uma natural tendência de as pessoas intuírem respostas, levando em consideração apenas uma parcela das informações disponíveis para tomar suas decisões, por meio de modelos mentais simplificados, que os especialistas denominam de heurística disponível<sup>109</sup>.

Dan Ariely defende que as pessoas são muito menos racionais em suas decisões do que a teoria econômica tradicional presume. Comportamentos irracionais e que desprezam a lógica, a sensatez e o bom senso, são tão sistemáticos e repetitivos,

107. DELFINO, Lucio. FERREIRA, Ziel Lopes. *Streck, Fonseca Costa, Khaneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo*. Revista de Processo. Volume 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 141-166.

108. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 41.

109. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 34-36.

segundo o autor, que chegam a ser previsíveis<sup>110</sup>. Tal posição reconhece a falibilidade e deficiência nos atos de vontade, e que elas se dão numa frequência muito maior do que se imagina, daí se falar em uma condição previsivelmente irracional na tomada de boa parte das decisões pelo ser humano.

Influências do contexto e do ambiente, as emoções, a força de hábitos e dogmas, as ideologias, aspectos culturais e normas sociais, a formação pessoal, o autocontrole, a excitação, o individualismo patrimonialista e possessivo, as expectativas, o caráter, entre tantos outros, são fatores que influenciam o comportamento e a tomada de decisões, e o afastam da racionalidade econômica de maximização do bem-estar, da utilidade, da felicidade ou eficiência<sup>111</sup>.

Preocupações emocionais e hostilidade, como nos conflitos entre pessoas em atrito, que tinham alguma relação mais próxima, como as decorrentes do casamento ou de sociedade empresarial, não raramente prejudicam a negociação e um acordo racional<sup>112</sup>. A ira, a vaidade, o egocentrismo, a paixão são outros sentimentos que repercutem na tomada decisão e dificultam a melhor escolha.

Normalmente, as decisões rápidas e intuitivas são lastreadas mais em vieses cognitivos do que na razão<sup>113</sup>. O raciocínio, nestes casos, é abreviado pela influência de vieses que funcionam como uma espécie de atalho. A tomada de decisão, neste aspecto, pode ser influenciada a partir de juízos instintivos, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições. Vieses como a ocorrência de eventos recentes na memória<sup>114</sup> de quem decide, similares àquele da decisão, a avaliação de descrições informativas genéricas e com desprezo a dados estatísticos, a busca por informações que confirmam um sentido previamente concebido, desprezando

110. Dan Ariely é professor de economia comportamental do MIT em Boston e forjou sua tese a respeito da previsibilidade de tomada de decisões irracionais a partir de dezenas de experiências empíricas. ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia a dia influenciam as nossas decisões*. Tradução de Jussara Simões. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 195.

111. ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia a dia influenciam as nossas decisões*. Tradução de Jussara Simões. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 198-199.

112. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 106.

113. Eduardo Fonseca da Costa descreve dezenas de vieses cognitivos que influenciam a tomada de decisão intuitiva e irracional. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016. p. 48-59.

114. Segundo Mackaay e Rousseau "o espírito humano simplifica o problema apelando para a heurística disponível, availability heuristic, que nos fará decidir em função do exemplo que ainda está fresco na memória". MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35.

as evidências contrárias, insistência quanto a estimativas pré-concebidas sem base real, excesso de confiança quanto à infalibilidade de seus julgamentos ou compreensões<sup>115</sup>. São vieses inconscientes, que funcionam como armadilhas cognitivas para a tomada de decisão racional.

As pessoas tomam decisões irracionais, na visão de Paul Krugman e Robin Wells, quando decidem influenciadas por seis tipos diferentes de vieses comportamentais: "(i) perder oportunidades; (ii) ter excesso de confiança; (iii) ter expectativas irreais sobre o futuro; (iv) calcular valores de maneira desigual; (v) ter aversão a perdas; e (vi) ter tendência para o *status quo*"<sup>116</sup>.

Várias delas são aplicáveis ao processo civil e as escolhas dos meios processuais, e foram abordadas no capítulo anterior.

As pessoas preferem manter as coisas como estão, ao invés de optar por mudanças que levem ao abandono da zona de conforto e do ócio, que possam apresentar riscos ou perdas. A sensação de perda de uma oportunidade e o excesso de confiança também levam a decisões sem uma análise mais aprofundada no campo da lógica, do bom senso ou da razão, apontando comportamentos previsivelmente irracionais em alguns contextos.

Isso não significa, obviamente, que decisões tomadas intuitivamente não possam apresentar coerência e uma lógica em seu resultado. Algumas vezes, como relatam Paul Krugman e Robin Wells, estes comportamentos supostamente irracionais, por serem intuitivos ou tomados a partir de vieses comportamentais, podem gerar um resultado tão coerente e racional como o seria num processo decisório mais refletido e objetivando a maximização do resultado<sup>117</sup>. Esta coincidência, contudo, é mais um achado factual.

Aliás, o fato de se concluir que o comportamento humano é, na maior parte das vezes, irracional ou racionalmente limitado, não significa anular os métodos de análise da microeconomia. Os achados dos economistas revelaram que, apesar de a tomada de decisão em fazer ou não fazer algo não se pautar regularmente por meio de um raciocínio racional, as escolhas ainda são feitas de modo sistemático e não aleatório, portanto previsível<sup>118</sup>.

115. Bazerman e Moore elencam mais de uma dezena de vieses heurísticos que induzem comportamentos sem uma prévia reflexão racional sobre a decisão tomada. BAZERMAN, Max H. MOORE, Don. *Processo decisório*. Tradução de Daniel Vieira. 7ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 23-57.

116. KRUGMAN, Paul. WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 225-227.

117. KRUGMAN, Paul. WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução de Helga Hoffman. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 224.

118. GICO JUNIOR, Ivo. *Introdução ao direito e economia. Direito e economia no Brasil*. 2ª edição. Organizada por Luciano Timm. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

Retomando, a tendência para o *status quo*, como um viés<sup>119</sup> que influencia a pessoa a tomar uma decisão mantendo a situação atual e desprezando os potenciais ganhos da opção remanescente, pode ser examinada no campo processual.

Optar por mudanças no procedimento probatório ou na extensão dos seus poderes para a produção extrajudicial de prova oral, em comunhão de vontade com o adversário, depende de uma decisão que não privilegia o *status quo*. A natural aversão ao abandono da zona de conforto e do ócio momentâneo, e a própria aversão ao risco de assumir a responsabilidade naquela atividade, são vieses cognitivos importantes para a tomada de decisão. Esta opção, no campo da economia comportamental e da teoria microeconômica, pode ser descrita como uma decisão previsivelmente irracional, por desconsiderar eventual maximização da utilidade e eficiência como critérios econômicos.

Traços culturais cujas raízes apontam para características históricas cuja composição social é formada por pessoas envolventes e guiadas, em grande parte, por aspectos emocionais, identificados no homem cordial de Sérgio Buarque de Holanda, mas que muito espera do Estado (providencialista), leva a um quadro no qual o "ócio importa mais que o negócio"<sup>120</sup>. Não se olvide que estes traços, mais marcantes em uns e menos em outros, igualmente influenciam irracionalmente na tomada de decisão das partes, impedindo, por exemplo, que as partes, voluntariamente, por convenção processual, assumam parcelas mais expressivas pelas atividades realizadas no processo, em extensão superior àquelas previstas em lei.

Não é desprezível a influência da ideologia do publicismo no processo, traço marcante no direito processual civil brasileiro. Não há ainda, entre nós, uma cultura verdadeiramente pragmática em favor do empoderamento das partes, da cooperação e de uma maior autonomia da vontade no campo processual. Os vieses cognitivos comportamentais da tendência ao *status quo* e da aversão aos riscos, tendem a dificultar uma guinada em favor de uma maior colaboração entre partes, para maximizar a utilidade dos meios processuais e dos interesses próprios comuns, que eventualmente podem coexistir.

Há, assim, uma tendência previsivelmente irracional de se optar por comportamento não cooperativo ou colaborativo, uma armadilha cognitiva inconsciente, que prejudica a racionalidade.

119. Este viés cognitivo comportamental também é tratado por Dan Ariely. Para o referido autor esta a decisão irracional tomada a partir da influência da tendência ao *status quo* pode apresentar consequências positivas também. Nesse sentido: ARIELY, Dan. *Positivamente irracional: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 246-247.

120. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 176.

A ausência de sanções para a inobservância do dever de cooperação, e a falta de estímulo legal para a conduta cooperativa, segundo o modelo econômico de incentivos, em tese, contribuirá para a manutenção de comportamentos individualistas e competitivos, em detrimento da cooperação que se espera a partir da nova legislação processual, ressalvada, por evidência, àquelas hipóteses mais detalhadamente normatizadas (como às relacionadas ao contraditório substancial).

Resta, portanto, estimular uma maior interação entre os sujeitos processuais, de modo que possam avaliar racionalmente se a opção cooperativa é melhor do que simplesmente competir, tema que será abordado mais adiante.

Apresentar postulações considerando o dever de cooperação; participar ativamente da mediação ou conciliação, objetivando a resolução da causa; sanear o processo em regime de colaboração com o adversário; escolher, de comum acordo, perito, ou convencionar sobre situações processuais ou modificações, para melhorar o procedimento, de forma a obter uma decisão justa em tempo razoável, são condutas que pressupõem um abandono da zona de conforto e do viés cognitivo do *status quo*.

Seguir o procedimento comum, aguardando o providencialismo e maior intervencionismo estatal, próprio da ideologia socialista, são comportamentos irracionais, previsíveis na perspectiva do viés de manutenção da situação preexistente.

Não obstante, a análise econômica comportamental permite que os sujeitos processuais, tomando conhecimento da possibilidade de uma conduta previsivelmente irracional, atuem de forma a eliminar ou reduzir os vieses comportamentais das partes, quando o contexto e seus interesses assim sugerirem. É dizer: a tomada de consciência permite-lhes fugir das armadilhas cognitivas que levam a escolhas previsivelmente irracionais na análise econômica.

Cabe à parte interessada na opção negocial, e que altera o *status quo*, conduzir a negociação de modo a informar o adverso quanto às alternativas existentes, induzir confiança e, eventualmente, oferecer incentivos processuais ou materiais para a adesão à sua proposta<sup>121</sup>.

Superadas as armadilhas inconscientes que conduzem a escolhas previsivelmente irracionais, podem as partes, seguindo o modelo cooperativo de processo, celebrar negócios processuais para maximizar seus interesses comuns no processo, elegendo meios eficientes e capazes de proporcionar ganhos recíprocos. A melhor solução será sempre aquela em que todos ganham no final.

---

121. Sobre procedimentos e técnicas para neutralização de vieses cognitivos que levam à tomada de decisão irracional, vide: BAZERMAN, Max H. MOORE, Don. *Processo decisório*. Tradução de Daniel Vieira. 7ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 265-266.

## CONCLUSÃO

A introdução de cláusula geral no sistema processual modifica o paradigma em torno da distribuição de atividades entre o juiz e as partes. A autonomia da vontade, somada à cooperação entre as partes, dá ao processo dinamismo, flexibilidade e capacidade de adaptação, permitindo-lhes criar soluções que atendam não só interesses mútuos, mas com potencialidade de evitar litígios, estimular a autocomposição ou mesmo aperfeiçoar o procedimento que se ultima com a prestação jurisdicional estatal.

A investigação ora realizada permitiu alcançar uma série de conclusões parciais que reforçam a confirmação das hipóteses específicas levantadas inicialmente, e comprovam a tese apresentada em torno da validade e eficiência da escolha das partes pela convenção processual para a produção extrajudicial da prova oral.

Inicialmente, verificou-se que nem todo ato de vontade das partes é um negócio jurídico. Ontologicamente, são negócios jurídicos os atos volitivos das partes que não dependem do acoplamento da vontade de outros sujeitos ou de previsão legal para produzir efeitos. Concluímos, assim, que há uma qualidade nessa manifestação de vontade que efetivamente distingue os negócios dos atos jurídicos. Trata-se do propósito negocial, ou seja, de uma vontade manifestada conscientemente no sentido de que se está produzindo um negócio jurídico capaz de regular, legalmente e por si só, determinadas situações, mesmo que de eficácia condicionada, diferente de outras manifestações de vontade no processo que apenas afirmam, declaram ou postulam.

A maior autonomia da vontade das partes no NCPC não é uma novidade na história processual. Do período da *ordo iudicium privatorum* ao processo como coisa das partes, a distribuição das atividades entre os sujeitos processuais pendeu em favor de uma expressiva participação do autor e réu no desenvolvimento do procedimento quando comparada a do juiz. A própria *litiscontestatio* foi uma espécie de embrião dos negócios processuais.

A partir do século XIX, por influência da obra de Oskar Von Büllow e do código austríaco de Franz Klein, a legislação processual civil nos países de tradição jurídica da *civil law* passaram a receber uma forte influência ideológica publicista e socialista, impulsionando uma participação mais expressiva do Estado-juiz no processo. Os reflexos dessa forma de participação do Estado correspondem ao modelo inquisitorial de processo.